

A FORÇA VINCULATIVA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS SOBRE O LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO

THE BINDING FORCE OF JUDICIAL PRECEDENTS ON THE FREE CONVICTION OF THE MAGISTRATE

Gustavo Henrique de Souza Ramos

Bacharelado em Direito pelo Grupo Ser Educacional – FJN
Estagiário da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – EBCT

RESUMO: Em que pese as várias passagens em legislações anteriores que induzem pela aplicação do *stare decisis* no sistema jurídico brasileiro, foi somente após a vigência do Código de Processo Civil de 2015 que a utilização da referida doutrina ganhou força legal, na medida em que foram lançadas novas previsões normativas a respeito da observância das decisões exaradas em instâncias superiores. Foi conferida verdadeira força vinculativa aos motivos determinantes das decisões judiciais que constituem precedentes judiciais. A necessidade de delinear linhas limítrofes sobre a atuação da força vinculante dos precedentes judiciais sobre o poder decisório do magistrado, passa pela indispensabilidade de seus próprios mecanismos de superação e aplicação. Nesse passo, tais instrumentos configuram essencial instrumento garantidor para a efetiva prestação da tutela jurisdicional.

Palavras-chave: Precedente judicial. Poder decisório. Força vinculativa.

ABSTRACT: Despite the various passages in previous legislation that induce the application of *stare decisis* in the Brazilian legal system, it was only after the validity of the Code of Civil Procedure of 2015 that the use of said doctrine gained legal force, as new Normative forecasts regarding compliance with decisions made in higher instances. A binding force has been conferred on the determining grounds for judicial decisions which are judicial precedents. The need to delineate boundary lines on the performance of the binding force of judicial precedents on the decision-making power of the magistrate, passes through the indispensability of its own mechanisms of

overcoming and application. In this step, these instruments constitute essential guarantee instrument for the effective provision of judicial protection.

Key words: Judicial precedente. Decision-making power. Binding force.

1. INTRODUÇÃO

O antigo Código de Processo Civil, datado do ano de 1973, apesar de possuir algumas diretrizes a respeito da aplicação da doutrina do *stare decisis*, tecnicamente insculpida na utilização do sistema de precedentes judiciais, não atribuía tamanha força vinculativa às decisões judiciais emanadas dos tribunais superiores, conquanto atribuída pelo Código de Processo Civil de 2015, Lei nº 13.105/15.

Como se já não bastasse a estrutura judiciária brasileira ser organizada de maneira hierarquizada, o que confere por si só o respeito às decisões advindas de instâncias superiores, o CPC/2015 passou a dispor, em capítulo próprio, normas de caráter cogente que correspondem à verdadeira obrigação conferida aos magistrados em observar os precedentes judiciais.

Isso quer dizer que, ao se debruçar sobre uma demanda judicial que possua determinada situação fática e de direito, o magistrado estará obrigado a observar as decisões anteriores, chamadas de “decisões paradigmas”, que tratavam de casos igualitários em matéria fática e de direito, devendo, à primeira vista, seguir o entendimento jurídico (*ratio decidendi*) já formado nessas decisões.

A doutrina majoritária entende que a utilização do sistema de precedentes judiciais proporciona maior agilidade à atividade jurisdicional, bem como uniformiza os variados entendimentos das Cortes Superiores, o que, conseqüentemente, garante a estabilidade jurídica característica de um Estado Democrático de Direito. Em que pese os pontos positivos, a outra parte da doutrina compreende que a aplicação do sistema de precedentes limita o poder decisório do magistrado, já que, ao apenas observar e repetir as decisões das instâncias superiores, não estaria exercendo sua atividade precípua, qual seja, a de julgar.

Diante dessa dicotomia de posições doutrinárias, surge a dúvida se existiria um limite que incidisse sobre essa força vinculativa decorrente do precedente judicial, e, acaso exista, qual seria esse limite. Analisar tal temática, a partir das inovações trazidas pelo CPC/2015, confere a possibilidade de analisar os novos mecanismos processuais que visam aprimorar a função do Poder Judiciário que é a de prover tutela jurisdicional condizente com os direitos debatidos no processo.

Mais do que isso, analisar a força vinculante que incide sobre o poder decisório do magistrado, é realçar a importância dos mecanismos processuais

enquanto instrumentos de alcance de efetivação e boa prestação da tutela jurisdicional.

Apontar um limite objetivo para a força vinculativa dos precedentes judiciais é imprescindível tanto para os magistrados, já que o dever de seguir as decisões judiciais que constituem precedentes recai sobre a formação de seu convencimento no exercício de sua função pública, quanto para os advogados militantes na busca constante pela justiça.

Desta forma, o presente trabalho apresenta as características do precedente judicial, evidenciando seus conceitos basilares e distingue os dois grandes sistemas jurídicos, quais sejam, a *common law* e a *civil law*. Expõe ainda, detalhadamente, a utilização da doutrina do *stare decisis* nos ordenamentos jurídicos brasileiros, seguindo uma linha crescente contada a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 até chegar no CPC/2015, Lei n. 13.105/2015.

Aborda, também, o princípio do livre convencimento motivado, apresentando os diversos sistemas de valoração da prova, mas dando maior ênfase no sistema da persuasão racional, o qual está intrinsecamente ligado ao princípio comentado. É abordada, outrossim, a discussão a respeito da manutenção do referido princípio no CPC/2015, reafirmando pela sua continuidade no diploma processual. Demonstra, ainda, o dever do magistrado de fundamentar suas decisões, expondo que tal obrigação se trata de uma garantia do jurisdicionado em poder supervisionar a atividade jurisdicional.

Por fim, explana sobre a força vinculativa atribuída pelo CPC/2015 aos precedentes judiciais, demonstrando pontos controvertidos entre os posicionamentos do STF e a essência da doutrina do *stare decisis*, destacando os mecanismos de aplicação e superação dos precedentes judiciais, instrumentos estes que se opõem à força vinculante. E, por fim, apresenta a necessidade de impor um limite ao poder vinculativo, evidenciando qual seria este limite.

2. PRECEDENTES JUDICIAIS: CONCEITO, SISTEMAS E PREVISÃO LEGAL

2.1. Conceituação do precedente judicial

Faz-se, inicialmente, imperioso trazer à baila posicionamentos doutrinários a fim de se conceituar e caracterizar os precedentes judiciais. Nesse sentido, ensinam Didier Jr., Braga e Oliveira (2011, p. 385) que “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”.

Nessas mesmas linhas, Tucci (2004, p.11-12) diz que “o precedente então nasce como uma regra de um caso e, em seguida, terá ou não o destino de tornar-se a regra de uma série de casos análogos”.

Já para Viveiros (2009, p. 139), precedente pode ser definido como “uma decisão judicial que servirá como parâmetros nos posteriores julgamentos de casos análogos sempre que tenha certa capacidade de adaptação ao futuro”.

A partir das palavras transcritas, já é possível desconstruir uma ideia errônea que existe sobre os precedentes: não é somente a primeira decisão acerca de determinada norma.

Isso porque, para se constituir um precedente, a decisão judicial deve seguir uma série de requisitos, além de que, quando se diz que a decisão judicial pode, futuramente, servir de regra para casos análogos, deve-se ter, em consciência, que os “casos análogos” não se referem propriamente à matéria fática do processo, mas, sim, à matéria de direito *sub judice*.

Não que a matéria fática esteja sendo menosprezada. Longe disso. Tal matéria é extremamente relevante para se saber se o precedente judicial será aplicado em determinado caso, conforme será posteriormente demonstrado¹. Entretanto, o instituto do precedente judicial visa atingir as matérias de direito, já que são essas as que possuem maior relevância para a pacificação das discussões nos tribunais superiores.

Nesse diapasão, são as palavras do professor Marinoni (2016, p. 158):

Portanto, uma decisão pode não ter os caracteres necessários à configuração de precedente, seja por não tratar de questão de direito ou não sustentar um fundamento por maioria, seja por se limitar a afirmar a letra da lei ou a reafirmar precedente. Outrossim, **um precedente requer a análise dos principais argumentos pertinentes à questão de direito**, além de poder necessitar de inúmeras decisões para ser definitivamente delineado. **Nesta dimensão, é possível dizer que o precedente é a primeira decisão que, ao menos por maioria, decide a questão de direito ou é a decisão que, igualmente ao menos por maioria, definitivamente a delinea, deixando-a cristalina.** (grifo nosso)

Disso, pode-se afirmar que, para a caracterização de um precedente judicial, é necessário que os seguintes requisitos sejam observados:

1. A decisão judicial tenha enfrentado todos os principais argumentos relacionados à questão de direito *sub judice*;
2. Que esta decisão judicial seja a primeira que combata os principais argumentos levantados ou que seja suficiente para delineá-los;

¹ - Vide capítulo 4.2 infra.

3. Que tal decisão seja seguida por maioria dos membros do órgão colegiado do Tribunal.

Sobre o último requisito, deve-se salientar que o que importa para a caracterização do precedente judicial não é apenas o resultado do recurso, o qual está mais relacionado ao (im) provimento do recurso apresentado perante o Tribunal. O que realmente importa é que a maioria dos membros do órgão colegiado siga o mesmo fundamento jurídico.

Para facilitar o entendimento desse requisito, tome-se, como exemplo, a seguinte situação: por meio de recurso, é levado ao Tribunal um pedido de declaração de nulidade plena do negócio jurídico. Nas razões do recurso, consta a tese jurídica X e a tese jurídica Y. O Tribunal declara a nulidade plena do negócio jurídico (provimento do recurso/ resultado) por cinco votos a quatro, mas, nos fundamentos (matéria de direito), diverge por seis a três votos sobre qual tese a ser aceita.

Sendo, por exemplo, a tese X aceita pela maioria dos membros do órgão colegiado, e por ela ter sido o negócio jurídico declarado nulo de pleno direito, desde que o argumento Y também tenha sido enfrentado, tem-se, então, a constituição de um precedente judicial.

Foram aí seguidos todos os requisitos para sua caracterização: enfrentamento de todas as teses levadas à apreciação, delimitação dos argumentos e concordância por maioria dos membros do órgão colegiado do Tribunal.

No sistema da *common law*, os precedentes constituem a principal fonte de direito, possuindo, em regra, força vinculante perante as futuras decisões dos magistrados. Essa força vinculante advém da teoria do *stare decisis*, que significa “mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido”.

A teoria do *stare decisis* detém dois aspectos basilares: a força vinculante atribuída aos precedentes judiciais e a posição hierárquica que exerce sobre a aplicação dos precedentes judiciais.

A força vinculante pode ser exercida tanto dentro dos próprios Tribunais que constituíram os precedentes, vinculando seus órgãos colegiados, quanto aos hierarquicamente inferiores a estes, vinculando Tribunais *a quo* e varas judiciárias. No primeiro caso, a vinculação será chamada de “horizontal”, enquanto que, no segundo caso, a vinculação será denominada de “vertical”.

Para esta teoria, as decisões que constituem precedentes judiciais são de utilização obrigatória, formando o que se tem por “*binding precedent*”. Dessa forma, quando o juiz, no momento do julgamento de mérito, verificar a existência de precedentes sobre o caso em apreço, deverá se utilizar destes para fundamentar sua decisão. Acerca dessa temática, vejamos o que diz Tucci

(2004, p. 12-13):

O fundamento desta teoria impõe aos juízes o dever funcional de seguir, nos casos sucessivos, os julgados já proferidos em situações análogas. Não é suficiente que o órgão jurisdicional encarregado de proferir a decisão examine os *precedentes* como subsídio persuasivo relevante, a considerar no momento de construir a sentença. Estes *precedentes*, na verdade, são vinculantes, mesmo que exista apenas um único pronunciamento pertinente (*precedent in point*) de uma corte de hierarquia superior.

Desta feita, o fundamento da decisão que constitui precedente e que passa a ser aplicável em casos futuros recebe o nome técnico de “*ratio decidendi*” que significa “razão de decidir”.

Para melhor entender o conceito da *ratio decidendi*, tome-se, por exemplo, a situação trazida por Didier Jr., Braga e Oliveira (2011, p. 386):

O art. 1.102-A do CPC permite o ajuizamento de ação monitória a quem disponha de ‘prova escrita’ que não tenha eficácia de título executivo. ‘Prova escrita’ é termo vago. O STJ decidiu que ‘cheque prescrito’ (n. 299 da súmula do STJ) e ‘contrato de abertura de conta-corrente acompanhado de extrato bancário’ (n. 247 da súmula do STJ) são exemplos de prova escrita. A partir de casos concretos, criou ‘duas normas gerais’ à luz do Direito positivo, que podem ser aplicadas em diversas outras situações, tanto que se transformaram em enunciado da súmula daquele Tribunal Superior. Note que a formulação desses enunciados sumulados não possui qualquer conceito vago, não dando margem a muitas dúvidas quanto à sua incidência.

Como se percebe, à luz de uma situação concreta, o magistrado termina por criar uma norma jurídica que consubstancia a tese jurídica a ser adotada naquele caso – por exemplo, ‘cheque prescrito’ se enquadra no conceito de ‘prova escrita’ de que fala o art. 1.102-A do CPC. Essa tese jurídica é o que chamamos de *ratio decidendi*.

Juntamente com a *ratio decidendi*, tese jurídica que se encontra no cerne da decisão judicial, existem, também, alegações periféricas que não possuem força vinculante para os julgamentos futuros; estas alegações recebem o nome técnico de “*obter dictum*”.

O *obter dictum* se resume a tudo aquilo que, apesar de se encontrar na fundamentação da decisão, orbita ao redor da *ratio decidendi*. Nas palavras de Didier Jr., Braga e Oliveira (2011, p. 387-388):

O *obter dictum* (*obter dicta*, no plural), ou simplesmente *dictum*, **consiste nos argumentos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão, consubstanciando juízos acessórios, provisórios, secundários, impressões ou qualquer outro elemento que não tenha influência relevante e substancial para a decisão.** (grifo nosso)

A título exemplificativo, imagine-se que, no acórdão proferido pelo tribunal, o relator tece comentários que não se faziam essenciais para a decisão proferida ou que poderiam ser retirados sem alterar sua decisão. Estes comentários, apesar de integrarem a decisão judicial, não constituem a *ratio decidendi*, orbitando ao seu redor, constituindo, assim, um *obter dictum*.

Em que pese o *obter dictum* ficar em segundo plano, sua existência não é de toda inútil. O voto vencido que, apesar de integrar a decisão, não integra o fundamento chave (*ratio decidendi*), pode servir para a elaboração de um recurso ou sinalizar uma futura superação de precedente (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, 2011, p. 388).

Nesse sentido, também ensina Tucci (2004, p. 17), ao afirmar que o *obter dictum* “não se presta para ser invocado como precedente vinculante em caso análogo, mas pode perfeitamente ser referido como argumento de persuasão”.

Visto isso, tem-se que precedente judicial é a decisão judicial tomada pela maioria dos membros do órgão colegiado que analisa o mérito de determinada demanda judicial enfrentando seus principais aspectos, clareando ou delimitando sua matéria e estabelecendo uma regra geral (*ratio decidendi*) que deverá ser aplicada em futuros casos análogos.

2.2. Estruturas jurídicas: *common law* e *civil law*

Atualmente, em grande maioria, os países adotam como sistema jurídico a *common law* ou a *civil law*. Desta forma, indispensável trazer alguns comentários acerca da diferenciação dessas duas grandes estruturas jurídicas; porém, antes disso, necessário também se faz deixar clara a diferença entre a *common law* e a teoria do *stare decisis*.

Como dito alhures, a teoria do precedente judicial, *stare decisis*, é uma ferramenta que está intrinsecamente ligada ao sistema da *common law*, devendo a evolução histórica de ambos ser observada conjuntamente. Entretanto, no que concerne à conceituação destes, não se confundem.

Quando se fala em *common law*, está a se falar de um sistema jurídico o qual tem como principal característica a utilização do costume como fonte primária do Direito. Já quando se fala em precedente judicial, está a se falar

a despeito da teoria do *stare decisis*, o mecanismo utilizado na prática pela *common law*. (OLIVEIRA, 2014, p.49)

Imagine-se que a *common law* é uma indústria e que, para obter resultados, utiliza-se da teoria do *stare decisis* como forma de organização, enquanto que este se formaliza por meio dos precedentes judiciais.

Dessa forma, fica claro que, apesar de andarem historicamente juntos, o sistema da *common law* e a teoria do *stare decisis* não se confundem, pois, enquanto o primeiro se trata de um sistema que utiliza os costumes como fonte de Direito, o outro serve para que este sistema consiga funcionar.

Restando clara essa diferença, deve-se, agora, apontar algumas diferenças entre os dois grandes sistemas jurídicos: *common law* e *civil law*.

A título de primeira diferença, tem-se a origem dos dois sistemas. A *civil law* teve seu nascimento nos países de origem romano-germânica, enquanto que a *common law* teve seu nascimento nos países de origem anglo-saxônica.

A *civil law* é utilizada na Itália, na França, na Alemanha, na Espanha e em Portugal, assim como em toda América Latina colonizada por portugueses e espanhóis (GRECO, 2010, p.1).

Nesse sistema, *civil law*, a fonte primária de Direito é a lei. As jurisdições dos países que adotam a *civil law* são organizadas por meio das leis. Nestes casos, o juiz é considerado como sendo “boca da lei”, sendo apenas mero locutor da vontade da lei.

Já no sistema da *common law*, no qual se aplica, como fonte primária aquilo que já foi comumente decidido e não o direito legalizado como na *civil law*, prepondera a figura do juiz enquanto pacificador.

Em resumo, pode-se diferenciar os dois sistemas nos seguintes aspectos:

a) Quanto à origem: a *civil law* teve origem e aplicação nos países de origem romano-germânica. A *common law* teve origem e tem aplicação nos países de origem *anglo-saxônica*;

b) Quanto à fonte: no sistema da *civil law*, a fonte primária do Direito é a norma estabelecida pelo Estado em suas leis. Já na *common law*, a fonte primária do Direito originalmente eram os costumes, mais atualmente foi adotado o termo “direito costumeiro” para ficar nítido que os “costumes” a que se referem a *common law*, são aquelas decisões judiciais já decididas anteriormente, ou seja, aquilo que já é de costume ser decidido daquela forma.

c) Quanto à liberdade do juiz: na estrutura jurídica da *civil law*, o juiz está subordinado à vontade da lei. Isso quer dizer que o poder decisório está adstrito aos limites impostos pela lei. Já na *common law*, o juiz tem maior liberdade para decidir sobre o caso a ele apresentado, independentemente se

foi à luz da lei ou de outro preceito, o que, na verdade, importa é que a decisão seja adequada aos litigantes.

2.3. Teoria do *stare decisis* perante o ordenamento jurídico brasileiro

Antes de adentrar na atual sistemática dos precedentes judiciais no Código de Processo Civil vigente, Lei n. 13.105/2015, necessário se faz tecer alguns comentários a respeito de como a doutrina do *stare decisis* foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro.

Seguindo uma linha crescente, contada a partir do Código de Processo Civil de 1973, tem-se, como primeira lei especial a tratar sobre a obrigatoriedade da observância das decisões judiciais anteriores, a Lei n. 8.038/1990, a qual previa, em seu art. 38, que:

Art. 38 O Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou, improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal. (BRASIL, 1990)

Em que pese o referido artigo ter sido revogado pelo CPC vigente, não se exclui o fato de que a Lei n. 8.038/1990 foi a primeira a tratar sobre o tema da obrigatoriedade da observância dos precedentes.

Seguidamente, a Emenda Constitucional n° 3/1993 acrescentou o §2° ao art. 102 da CFRB/88 para que as decisões definitivas proferidas pelo STF nas ADC's contra lei ou ato normativo federal tivessem eficácia perante todos e vinculassem os órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo (BRASIL, 1993).

Anos depois, foi promulgada a Emenda Constitucional n° 45/2004, emenda esta que foi responsável por fazer grandes alterações nos moldes constitucionais do Poder Judiciário.

Com a EC 45/2004, foi conferida nova redação ao §2° do art. 102 da CFRB/88, para que as decisões definitivas do STF nas ADC's de lei ou ato normativo federal passassem a vincular especificamente os órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta nas esferas federal, estadual e municipal (BRASIL, 2004).

Também foi incluído o §3° no art. 102 da CFRB/88, passando a ser exigida a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no recurso extraordinário como requisito de admissibilidade recursal (BRASIL,

2004). A repercussão geral também é tratada em diversos artigos do CPC vigente, porém, no que pertence a este tema, a doutrina do *stare decisis* toma maiores contornos na norma do art. 1.035, §3º, I, o qual determina que haverá repercussão geral quando o recurso extraordinário atacar acórdão que contrarie súmula ou jurisprudência dominante do STF.

Neste caso, fica nítido que, para haver a repercussão geral nos moldes do dispositivo legal supracitado, devem ser, obrigatoriamente, observados os precedentes judiciais anteriores no sentido de encontrar contrariedade entre a jurisprudência dominante e o acórdão que se pretende reformar por meio do recurso extraordinário.

No que se refere ao antigo CPC, Lei n. 5.869/1973, é possível verificar que diversas previsões emanavam a doutrina do *stare decisis*.

O art. 285-A, do já revogado CPC/73, tratava da possibilidade de dispensa da citação e imediata prolação de sentença, quando a matéria controvertida fosse unicamente de direito e que já houvesse sido proferida sentença de total improcedência em casos idênticos (BRASIL, 1973).

No art. 475, artigo este que tratava do reexame necessário, o §3.º afirmava que não seriam casos do duplo grau de jurisdição obrigatório os casos em que a sentença estivesse fundada em jurisprudência do plenário do STF ou em súmula do respectivo Tribunal ou de Tribunal Superior (BRASIL, 1973).

Já em seu art. 481, parágrafo único, o CPC/73 firmava a tese de que as arguições de constitucionalidade não seriam submetidas ao plenário ou a órgão especial quando já se houvesse pronunciamento destes ou do plenário do STF sobre a questão (BRASIL, 1973).

De acordo com o art. 518, §1.º, era possível o não recebimento do recurso de apelação quando a sentença estivesse em conformidade com súmula do STJ ou do STF. Mais adiante, no art. 557, do CPC/73, era conferido ao relator o poder de negar seguimento ao recurso que confrontasse súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF ou de Tribunal Superior (BRASIL, 1973).

Observando estes dispositivos legais provenientes do CPC/73, é possível concluir que, ao decorrer dos anos, a doutrina do *stare decisis* sempre esteve presente em nosso ordenamento jurídico, de tal forma que veio a ganhar maiores contornos no CPC vigente, Lei n. 13.605/2015.

O antigo art. 285-A passou a corresponder com o art. 332 do CPC/2015 (DIDIER JR. e PEIXOTO, 2015, p. 171), bem como passou a prever demais possibilidades de improcedência liminar do pedido:

Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.
(BRASIL, 2015, grifo nosso)

Analisando o dispositivo legal acima transcrito, infere-se que todas as hipóteses de improcedência liminar do pedido se dão pela observância ao que foi anteriormente decidido, em plena consonância com os fundamentos da doutrina do *stare decisis*.

O §3º do art. 475 do CPC/73, o qual tratava das hipóteses de não aplicação do reexame necessário, corresponde ao §4º do art. 496 do CPC/2015 (DIDIER JR. e PEIXOTO, 2015, p. 232-233). Nesse artigo, a lei processual vigente determina que não haverá reexame necessário quando a sentença estiver fundada em súmula de tribunal superior, acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ, entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência, ou ainda quando estiver fundada em entendimento coincidente com orientação vinculante firmada em âmbito administrativo pelo próprio tribunal.

Já o art. 557 do CPC/73 encontra correspondência no art. 932 do CPC/2015 (DIDIER JR. e PEIXOTO, 2015, p. 395). Com os ditames introduzidos pela nova lei processual, é incumbido ao relator o dever de negar provimento ao recurso que for contrário à súmula do STF, do STJ ou do próprio Tribunal, que for contra acórdão proferido pelo STF e pelo STJ e, entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. Pode, também, o relator dar provimento ao recurso interposto, quando a sentença for contrária aos mesmos casos acima descritos.

Ademais, o CPC/2015 teve o cuidado de dar contornos legais às determinações de observância das decisões proferidas pelos tribunais, suas súmulas e à jurisprudência dominante, conforme se depreende dos art. 926 e 927:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º-Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º-Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. (BRASIL, 2015, grifo nosso)

No mais, no *caput* do art. 985, artigo este que versa sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o CPC/2015 afirma que:

Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

II – aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986. (BRASIL, 2015).

A “tese jurídica” a que se refere o *caput* do art. 985 é exatamente a *ratio decidendi*. Essa deve ser aplicada nos casos dos incisos I e II acima transcritos.

Além disso, o mesmo diploma legal passou a prever, em seu art. 988, inciso IV - artigo este que não encontra correspondência no código processual anterior (DIDIER JR. e PEIXOTO, 2015, p. 421) -, que é possível apresentar reclamação constitucional para “garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência”.

Isso quer dizer que, caso a instância inferior não observe a tese jurídica (*ratio decidendi*) firmada em sede de recurso repetitivo, pode o jurisdicionado

ou o Ministério Público apresentar a reclamação constitucional para que possa ser observado o precedente judicial.

Dessa comparação entre os dispositivos do antigo CPC e do novo CPC, verifica-se a latente preocupação do legislador em contemplar os fundamentos da doutrina do *stare decisis*, uma vez que existe a enorme preocupação em uniformizar os entendimentos advindos dos Tribunais Superiores, no sentido de garantir maior estabilidade jurídica, encontrando-se, por conseguinte, nos precedentes judiciais a possibilidade de alcançar a legítima homogeneidade daqueles casos levados ao Poder Judiciário e que possuem semelhança fática e, principalmente, de direito.

3. O PRÍNCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

3.1. Os sistemas processuais de valoração das provas

Antes de se falar, especificamente, sobre o princípio do livre convencimento motivado, deve-se ter a ideia de que ele encontra aplicação prática em um dos vários sistemas de valoração das provas. O exercício de valoração das provas é “a atividade de percepção por parte do juiz dos resultados da atividade probatória que se realiza em um processo” (NIEVA FENOLL, 2010, p. 34 *apud* BUSTAMANTE, 2013, p. 415).

Entender os sistemas de valorização das provas perfaz-se ser essencial à continuidade do presente estudo, haja vista sua intrínseca relação no que pertine ao poder decisório do magistrado.

A doutrina afirma existir três sistemas que regem a apreciação das provas: sistema do livre convencimento imotivado ou da íntima convicção do juiz, sistema da verdade legal ou tarifado e sistema do livre convencimento ou da persuasão racional.

O primeiro sistema, sistema do livre convencimento imotivado ou da íntima convicção do juiz, consiste na análise das provas feita pelo magistrado, utilizando seu caráter racional, levando em consideração as provas constantes nos autos e seu conhecimento empírico, sem que precise fundamentar suas decisões.

O sistema do livre convencimento imotivado já não é mais utilizado, porém, ainda é possível encontrar resquícios de sua utilização no sistema jurídico brasileiro, mais precisamente no ordenamento penal, a exemplo disso é o sistema de valoração das provas, utilizado no Tribunal do Júri, no qual os jurados - aqueles que exercem a atividade judicante -, valoram as provas sem qualquer conhecimento jurídico ou técnico, levando em conta apenas suas experiências de vida, decidindo se o réu é inocente ou culpado, sem sequer precisarem motivar seus votos.

O segundo sistema, sistema da verdade legal ou tarifado, predominou sobre ordenamentos jurídicos de diversos países até meados de XVII, sendo, posteriormente, substituído pelo sistema do livre convencimento motivado, entretanto, é ainda utilizado em países como Espanha e Itália. Tal sistema implica a valoração das provas pré-estabelecidas pelo ordenamento jurídico, conforme diz Bustamante (2013, p. 416):

Neste sistema, somente certas provas de valor legal previamente estabelecido serviam para determinar a verdade dos fatos alegados. Assim, a cada uma das provas legais lhes era atribuído um valor, de modo que o juiz não necessitava realizar nenhuma ponderação ou juízo de valor, bastando apenas somar os valores para chegar a um resultado segundo o qual ditaria a sentença final.

A utilização do sistema de valoração das provas tarifado visa se contrapor àquilo que preconiza o sistema do livre convencimento imotivado, ou seja, visa afastar o caráter pessoal que tinha o magistrado para valorar as provas, bem como coibir a falta de motivação, já que ela seria pré-existente na norma legal.

No ordenamento jurídico brasileiro, é possível ainda encontrar resquícios desse sistema de valoração das provas, tendo, como exemplo, a Súmula 149/STJ:

Súmula 149/STJ - 08/03/2017. Seguridade social. Trabalhador rural. Rurícola. Atividade rurícola. Prova exclusivamente testemunhal. CF/88, art. 202. Lei Compl. 16/73. Lei 8.213/1991, art. 55, § 3º. Dec. 83.080/79, art. 57, § 5º.

A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade de rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário. (BRASIL, 1995, grifo original)

Após a utilização do sistema tarifado de valoração das provas, passou-se a ser utilizado o sistema da persuasão racional, ou sistema do livre convencimento. É exatamente, neste sistema, que o princípio do livre convencimento motivado encontra guarida.

Como cediço, falar de princípios do direito é o mesmo que falar sobre as diversas essências que nutrem as normas jurídicas insculpidas no texto legal. A título de trabalho analítico da norma, deve-se acolher o preceito legal e verificar qual princípio jurídico rege seu mandamento. Dessa forma, sem despender grande esforço hermenêutico, verifica-se, a partir da parte inicial

do inciso do IX do art. 93 da CFRB/88, a nítida presença do princípio do livre convencimento motivado:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, **observados os seguintes princípios:**

(...)

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (BRASIL, 1998, grifo nosso)

É graças a essa previsão constitucional que o sistema da persuasão racional de apreciação das provas foi adotado pelo ordenamento processualista pátrio.

Baseia-se o referido sistema na impossibilidade de hierarquizar absolutamente as provas, devendo o magistrado julgar baseando-se em qualquer uma das provas de acordo com sua própria convicção, sem qualquer pré-existência normativa de valores das provas, devendo necessariamente apresentar os motivos que o levaram àquela decisão.

Nesse diapasão, pertinentes se fazem as palavras de Nery Jr. (2004, p.519):

“O juiz é soberano na análise das provas produzidas nos autos. Deve decidir de acordo com o seu convencimento. Cumpre ao magistrado dar as razões de seu convencimento. Decisão sem fundamentação é nula pleno jure (CF 93 IX). Não pode utilizar-se de fórmulas genéricas que nada dizem. Não basta que o juiz, ao decidir, afirme que defere ou indefere o pedido por falta de amparo legal; é preciso que diga qual o dispositivo de lei que veda a pretensão da parte ou interessado e porque é aplicável no caso concreto.” (grifo nosso)

Em suma, o princípio do livre convencimento motivado, aplicado ao sistema da persuasão racional, implica uma liberdade conferida ao magistrado no trabalho de valoração das provas.

Diferente do que ocorre no sistema tarifado, no caso, em tela, a lei não pré-estabelece os valores das provas, cabendo ao magistrado valorar, de acordo com sua razão, quais provas são suficientemente relevantes para seu convencimento. Diferentemente também do que acontece no sistema do livre convencimento imotivado, nesse caso, se mostra obrigatória a necessidade de fundamentar as decisões judiciais.

Deve-se registrar que, apesar de não existirem regras que estabeleçam os valores das provas, tem-se que a liberdade do magistrado não é absoluta, haja vista que é limitada pelas regras jurídicas e pelo desenvolvimento racional advindo do chaveamento lógico das provas. Nesse sentido, Ferrer Beltrán (2007, p.45 *apud* BUSTAMANTE, 2013, p. 418) afirma que a liberdade do magistrado “é livre somente no sentido de que não está sujeita a normas jurídicas que predeterminem o resultado desta valoração”.

O que, na verdade, se infere como objetivo do princípio do livre convencimento motivado e, conseqüentemente, do sistema da persuasão racional, é que seja conferido ao magistrado um poder discricionário para valorar as provas, criando, assim, seu convencimento a partir delas, determinando quais provas são mais relevantes para seu convencimento, sendo seu poder discricionário limitado pelas provas dos autos, as regras jurídicas de legalidade das provas ou qualquer outra norma jurídica que cinja-se sobre matéria probatória e ao dever de fundamentação.

Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 116.153 MS, de relatoria da Min. Cármen Lúcia, atual presidente do STF:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR. IMPUTAÇÃO DA INFRAÇÃO DO ART. 290, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL MILITAR. ALEGAÇÃO DE NÃO COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVAS. **SISTEMA DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO**. 1. Decidir de forma diversa do que assentado nas instâncias antecedentes demandaria afastar a idoneidade dos peritos que produziram o laudo de exame de constatação e concluir pela insuficiência das demais provas que o corroboraram, o que demandaria o reexame dos fatos e das provas dos autos, ao que não se presta o habeas corpus. **2. Não há hierarquia entre as provas, podendo o magistrado valorá-las segundo o seu livre convencimento, de forma motivada, como se tem na espécie vertente. Sistema do livre convencimento motivado**. 3. Ordem denegada. (BRASIL, 2013, grifo nosso)

Esse sistema também podia ser encontrado no art. 131 do CPC/73, que dizia que “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”. Entretanto, com a vigência do CPC/105, surgiu uma discussão acerca da permanência do princípio do livre convencimento motivado no texto da lei processual. Tal discussão será tratada em momento oportuno².

2 - Vide capítulo 3.2 *infra*.

Agora, uma vez explanados os sistemas de valoração das provas e verificado em qual deles o princípio do livre convencimento motivado se encaixa, passa-se à conceituação doutrinária e sua existência perante o Código de Processo Civil de 2015.

3.2. A (in)existência do princípio do livre convencimento motivado no CPC/2015

Como dito no item anterior, o princípio, em comento, é o adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro em razão da previsão contida na norma do art. 93, IX da CFRB/88, que se refere à atividade de valoração das provas processuais realizada pelos magistrados na fase de instrução do processo.

Além da previsão constitucional, existia na norma do art. 131, do revogado CPC/73, hipótese normativa da qual emanava o princípio do livre convencimento motivado, conforme dito no item anterior.

A título de conhecimento, o também revogado Código de Processo Civil de 1939 estabelecia em seu art. 118 que:

Art. 118. Na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela parte. Mas, quando a lei considerar determinada forma como da substância do ato, o juiz não admitirá a prova por outro meio.

Parágrafo único: **O juiz indicará na sentença ou despacho os fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento.** (BRASIL, 1939, grifo nosso)

Pois bem. Percebe-se que, tanto no CPC de 1939 quanto no CPC de 1973, existia a expressão “livremente”, no sentido de que o magistrado estaria livre para formar seu convencimento, desde que respeitados os limites legais e lógicos, conforme dito no item anterior.

Com a edição do texto e posterior vigência do CPC/2015, o art. 131 do CPC/73 passou a corresponder ao art. 371. (DIDIER JR. e PEIXOTO, 2015, p. 189). Com a nova redação que lhe foi dada, a expressão “livremente” foi excluída do texto legal.

Tal fato fez criar uma discussão doutrinária acerca do fim do princípio do livre convencimento motivado.

O art. 371 do CPC/2015 diz que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões de formação de seu convencimento.” (BRASIL, 2015).

O principal argumento utilizado pela doutrina favorável à expulsão do princípio do livre convencimento motivado do ordenamento jurídico brasileiro, é o de que os magistrados valoram as provas e as julgam a seu bel-prazer, mesmo que motivadamente, utilizando o princípio do livre convencimento motivado como um mero artifício para esconder seus votos pessoais.

Para afirmarem que estão com a razão, Delfino e Lopes (2015) aduzem que:

A verdade é que o ‘princípio’ do livre convencimento motivado não se sustenta em um sistema normativo como o novo CPC, que aposta suas fichas no contraditório como garantia de influência e não surpresa e, por isso, alimenta esforços para se ajustar ao paradigma da intersubjetividade, em que o processo é encarado como um *locus* normativamente condutor de uma comunidade de trabalho na qual todos os sujeitos processuais atuam em viés interdependente e auxiliar, com responsabilidade na construção e efetivação dos provimentos judiciais.

Em um ponto, os ilustres autores têm razão: o CPC/2015 trouxe nova dinâmica na relação processual. Ao juiz não cabe mais somente ter o papel de conduzir o andamento processual, recebendo as provas e definindo seus valores; cabe a ele, outrossim, o interesse de ver findar a contenda, sendo respeitado o princípio da imparcialidade, obviamente, de maneira que passa o magistrado também participar da formação do contraditório. Conforme Dinamarco e Lopes (2016, p. 65):

O que a garantia constitucional do contraditório lhe exige é que saia de uma postura de indiferença e, percebendo a possibilidade de alguma prova relevante e pertinente que as partes não hajam requerido, tome a iniciativa que elas não tomaram e mande que se produze. Exige-lhe também, para a efetividade da isonomia processual, que diligencie o que a parte pobre não soube ou não pôde diligenciar (até porque muitas vezes patrocinada por advogados dativos, nem sempre empenhados em sua efetiva defesa). O processo civil moderno repudia a ideia do *juiz Pilatos*, que, em face de uma instrução mal feita, resigna-se a fazer injustiça, ‘lavando as mãos’ e atribuindo a falha aos litigantes.

Entretanto, *permissa vênia*, não se pode creditar votos à doutrina que ensina pela extinção do livre convencimento motivado. Isso porque, conforme diz Gajardoni (2015), “o fato de não haver mais no sistema uma norma expressa indicativa de ser livre o juiz para, mediante fundamentação idônea, apreciar a prova, não significa que o princípio secular do direito brasileiro deixou de existir.”

A verdade é que, como mencionado em tópico anterior, o sistema de valoração das provas pelo livre convencimento motivado surgiu para se contrapor aos sistemas do livre convencimento imotivado e o da prova tarifada. O que se quer dizer, aqui, é que tal sistema/princípio “jamais foi concebido como método de (não) aplicação da lei; como alforria para o juiz julgar o processo como bem entendesse; como se o ordenamento jurídico não fosse o limite.” (GAJARDONI, 2015).

Não é somente porque a expressão “livremente” foi retirada do art. 371 do CPC/2015 que o princípio deixou de existir. Em tópico anterior, foi dito que um dos limites impostos à liberdade do magistrado, na atividade de valorar as provas, era, exatamente, o limite imposto pelas próprias provas constantes nos autos, as regras de legalidade das provas e as demais normas que versassem sobre matéria probatória e o dever de motivar suas decisões.

Como se isso não bastasse, o art. 372, do mesmo diploma legal, diz o seguinte: “o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, **atribuindo-lhe o valor que considerar adequado**, observado o contraditório.” (BRASIL, 2015, grifo nosso).

Da análise do referido artigo, é possível enxergar perfeitamente a junção entre a nova dinâmica instaurada pelo CPC/2015 e o princípio do livre convencimento motivado.

Dentro da ideia de “contraditório dinâmico”, tem-se que as provas serão colocadas à prova do contraditório perante as partes e que, a partir da apresentação das manifestações das partes, o magistrado, limitado pelas provas dos autos, regras de legalidade das provas e seu dever de motivar, atribuirá o valor que considerar adequado. Nesse sentido, são as palavras de Dinamarco e Lopes (2016, p. 72):

No estado de direito, em que o poder se autolimita e seu exercício só se considera legítimo quando fiel aos valores da nação e a certas regras procedimentais adequadas, é natural que à liberdade de forma livremente seu convencimento no processo corresponda para o juiz o dever de motivar suas decisões. Daí a regra do *livre convencimento motivado*, inerente ao contexto de legalidade contido na cláusula *due process of law* (Const., art. 5º, inc. LIV) e manifestado na fórmula de equilíbrio fornecida pelo art. 371 do Código de Processo Civil – o juiz formará livremente seu convencimento mas necessariamente mediante apreciação da prova constante dos autos.

Dessa forma, diante dos motivos abordados, pode-se chegar à conclusão de que, apesar de não haver mais a previsão legal do termo “livremente” no art. 371 do CPC/2015, o princípio do livre convencimento

motivado do magistrado não foi expurgado do ordenamento jurídico brasileiro, perfazendo-se, inclusive, princípio extremamente importante para a atividade jurisdicional.

3.3. O dever do magistrado de fundamentar a sentença

Após apresentados os sistemas de valoração das provas e expostos os argumentos pelos quais se acredita pela presença do princípio do livre convencimento motivado do magistrado no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente, no CPC/2015, não se pode deixar de tecer comentários sobre um terceiro tema que está bastante ligado à atividade de apreciação das provas: o dever do magistrado de motivar sua decisão.

Conforme dito alhures, o magistrado deve apreciar as provas de acordo com seu livre convencimento de maneira **motivada**. Isso quer dizer que, no momento em que for proferida a decisão judicial, o magistrado deve apresentar os motivos que o levaram a valorar as provas daquela maneira.

Para se chegar a essa conclusão, basta apenas a simples leitura do art. 93, IX da CFRB/88 e da parte final do art. 371 do CPC/2015 que diz que o juiz “indicará na decisão as razões de formação de seu convencimento.”

O dever do magistrado de motivar as decisões judiciais, previsto na CFRB/88 e no CPC/2015, serve como verdadeira garantia da sociedade, no sentido de ser a ela garantido o conhecimento dos motivos que levaram o magistrado a chegar àquela conclusão, e, conseqüentemente, ter a garantia do poder de supervisionar a atividade jurisdicional.

Cediço é que a atividade jurisdicional, materializada no processo, possui três escopos: social, política e jurídica. O primeiro escopo, o social, que é o principal entre os três, corresponde à eliminação dos conflitos entre as pessoas de forma justa. O segundo escopo, o político, confere à atividade jurisdicional o poder de resguardar a estabilidade das instituições jurídicas. Já o terceiro escopo, o jurídico, é materializado, no processo, em virtude da vontade concreta do direito. (DINAMARCO e LOPES, 2016, p. 20).

Nesse sentido, haja vista a imensa importância da atividade jurisdicional, o Estado que se diz Democrático de Direito, assim como é o Brasil, deve conferir poderes à sua sociedade para que ela possa supervisioná-lo. Com isso,

A fundamentação da sentença é sem dúvida uma grande garantia de justiça, quando consegue reproduzir exatamente, como um levantamento topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu, para chegar à sua conclusão, pois, se esta é errada, pode facilmente encontrar-se, através dos fundamentos,

em que altura do caminho o magistrado desorientou (CALAMANDREI, 1971, p. 143).

Nesse mesmo sentido, são as palavras de Nojiri (1999, p.68):

O dever de fundamentar as decisões, ao mesmo tempo em que é um consectário de um Estado Democrático de Direito, é também uma garantia. Quando o jurisdicionado suspeitar que o magistrado decidiu contra a lei, desrespeitando direitos fundamentais ou extrapolando suas funções institucionais, deverá buscar na fundamentação desta decisão subsídios para aferir a qualidade da atividade jurisdicional prestada.

O dever de fundamentar as decisões judiciais é regido por um princípio específico, o princípio da motivação das decisões, o qual também encontrava previsão no CPC/73, mais precisamente nos art. 165 e 458.

Conforme Didier Jr. e Peixoto (2015, p.477), o art. 165 do antigo CPC não encontra correspondência no CPC/2015. Já o art. 458 do CPC/73 passou a ser o art. 489 do CPC/2015 (DIDIER JR. e PEIXOTO, 2015, p. 228).

O art. 489 do CPC/2015 versa sobre os elementos da sentença:

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. (BRASIL, 2015, grifo nosso)

As decisões judiciais devem ser obrigatoriamente motivadas, seja pelo mandamento constitucional insculpido no art. 93, inc. IX, seja pelo ditame legal contido no CPC/2015 acima citado.

Além disso, a decisão judicial, como ato de comunicação privativo do juiz, deve seguir os caminhos lógicos de um discurso racional bem produzido, de maneira que “passa a exercer função persuasiva sobre os participantes da ação. As razões apresentadas na fundamentação servem, assim, para demonstrar e induzir o destinatário da norma a crer que a atitude tomada pelo juiz é a mais correta (...)” (NOJIRI, 1999, p. 103).

Tendo em vista a grande importância da decisão judicial, uma vez verificada a inexistência de elementos motivacionais, a consequência não poderia ser outra, senão, a nulidade da decisão judicial. Nesse diapasão, são as palavras de Nery Jr. (1997, p. 177):

Interessante observar que a Constituição Federal não contém norma sancionadora, sendo simplesmente descritiva e principiológica, afirmando direitos e impondo deveres. Mas a falta de motivação é vício de tamanha gravidade que o legislador constituinte abandonando a técnica de elaboração da Constituição, cominou no próprio texto constitucional a pena de nulidade.

Entretanto, em que pese a gravidade do erro do magistrado “(...) pode-se afirmar que uma decisão judicial, pertencente ao ordenamento jurídico, é válida, quando emanada de um órgão competente previsto no sistema, ainda que com vícios de forma ou conteúdo” (NOJIRI, 1999, p.107).

É possível verificar a seguinte situação, no exemplo em que a decisão judicial é proferida, eivada pela inexistência de fundamentação, e as partes não recorrem no prazo. Decorrido o prazo recursal e não apresentado o recurso cabível, a decisão judicial faz coisa julgada, não podendo ser mais modificada.

O art. 494, do CPC/2015, confirma esse entendimento, ao passo que aduz que a sentença só pode ser alterada a requerimento da parte ou de ofício, no caso de inexatidões materiais ou erros de cálculo, e por meio de embargos de declaração (BRASIL, 2015).

Saliente-se que uma decisão judicial com fundamentação inexistente é diferente de uma fundamentação sucinta. Essa, apesar de básica, não encontra nenhuma mácula. É existente. Apresenta elementos motivacionais suficientes para cumprir o dever de fundamentar a decisão.

Além disso, o CPC/2015 inovou e passou a prever um rol, meramente exemplificativo, de possibilidades de decisões judiciais não fundamentadas:

Art. 489

(...)

§ 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. (BRASIL, 2015, grifo nosso)

A preocupação do legislador em elencar tais situações pode ser creditada na evolução e consolidação do Poder Judiciário como principal personagem na efetivação dos objetivos democráticos de direito.

O processo, enquanto meio de resolução dos conflitos sociais, deve ser dotado de legalidade, no intuito de interceder de maneira correta na vida dos jurisdicionados. De forma que, sabendo dos motivos que levaram o juiz a decidir de determinada maneira, o autor da demanda processual obterá concessão de tutela jurisdicional aplicada de uma melhor maneira. Nesse passo, seguem os dizeres de Dinamarco e Lopes (2016, p. 22):

Não basta o belo enunciado de uma sentença bem estruturada e portadora de afirmações inteiramente favoráveis ao sujeito quando o que ela dispõe não se projetar utilmente na vida deste, eliminando a insatisfação que o levou a litigar ou a resistir a uma pretensão de outro sujeito e propiciando-lhe sensações felizes pela obtenção da coisa ou da situação postulada. Na medida do que for praticamente possível, o processo deve propiciar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter, sob pena de carecer de utilidade e portanto, de legitimidade social.

Por conseguinte, infere-se que a fundamentação da decisão judicial, elemento indispensável de qualquer decisão judicial, apresenta-se como uma poderosa ferramenta para a efetivação do Estado Democrático de Direito, haja vista que, uma vez inexistindo fundamentação, estaria sendo desrespeitada norma constitucional e norma infraconstitucional, causando, assim, a nulidade do ato processual, devendo esta ser arguida de ofício pelo próprio magistrado ou pelo agente, passivo ou ativo, do processo em que foi proferida a decisão.

4. O PODER VINCULATIVO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS PERANTE O PODER DECISÓRIO DO MAGISTRADO

4.1. O poder vinculativo atribuído pelo Código de Processo Civil

Após visto o surgimento e a caracterização do precedente judicial, bem como também visto o princípio do livre convencimento do magistrado e sua importância na formulação das decisões judiciais, convém estimar o poder da força vinculativa dos precedentes judiciais sobre a atividade de julgar

(poder decisório) dos magistrados. Então, o que se pretende, neste momento, é discutir o que passa a ser vinculativo após a vigência do CPC/2015.

Deve-se, inicialmente, verificar que, constitucionalmente falando, a organização judiciária brasileira é estruturada de maneira hierárquica, ou seja, há uma verdadeira gradação de órgãos dentro do Poder Judiciário.

De baixo para cima, começa com a figura do juiz de primeira instância, seguidamente o tribunal *a quo* e, posteriormente, o tribunal *ad quem*, exemplificativamente: Juiz da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco, seguidamente o Tribunal Regional Federal da 5ª Região e, posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça. Tal estruturação é seguida, também, na justiça comum estadual (na qual o tribunal *ad quem* também é o STJ), justiça do trabalho, militar e eleitoral.

Acima de todos os tribunais superiores das diversas justiças especializadas, encontra-se o STF, guardião da constituição, conforme preconiza a norma do art. 102, *caput* da CFRB/88, ocupando o mais alto patamar do Poder Judiciário brasileiro.

Em razão dessa estruturação verticalizada, “as instâncias inferiores devem, como regra, aplicar a lei tal como interpretada pelas cortes superiores” (GAJARDONI, 2015). Ou seja, é da própria essência da estruturação judiciária brasileira o respeito aos julgados advindos dos tribunais superiores, haja vista a importância hierárquica desses.

Se isso não fosse suficiente para creditar força vinculante às decisões emanadas dos tribunais superiores, o CPC/2015 passou a ter a previsão expressa sobre a observância das decisões proferidas por esses tribunais, creditando mais força à teoria do *stare decisis*, que se manifesta pelo instituto do precedente judicial, conforme dito no Capítulo 2.

Como visto, em momento anterior, em razão da utilização do precedente judicial, a *ratio decidendi* – o fundamento (razão) da decisão que constitui precedente – passa a ter poder vinculativo, diferente das razões *obiter dicta*, que não possuem nenhum efeito vinculante.

A vinculação *erga omnes* dos fundamentos (*ratio decidendi*) da decisão judicial é defendida pela Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes. Nesse particular, o STF entende que a eficácia vinculante, em controle concentrado de constitucionalidade, abrange somente a parte dispositiva da decisão judicial, ou seja, a parte da decisão que faz coisa julgada material, sem alcançar a tese jurídica (*ratio decidendi*), que foi utilizada para se chegar à conclusão da decisão. Nesse sentido, podem ser mencionadas a Rcl 4.454 AgR/RS, Rcl 18.788/SP AgR, Rcl 9.778-AgR/RJ, Rcl 9.294-AgR/RN, Rcl 6.319-AgR/SC, Rcl 5.703-AgR/SP, Rcl 3.014/SP.

Entretanto, há registro de que o STF entendia pela aplicação da transcendência dos motivos determinantes, conforme trecho da Rcl nº 2.986 de relatoria Min. Celso de Mello, abaixo transcrita:

(...) Não se desconhece que há aqueles que sustentam a possibilidade de invocar-se, para fins de reclamação, o denominado efeito transcendente da fundamentação que deu suporte ao julgamento proferido em sede de fiscalização abstrata (RTJ 193/513, Rel. Min. GILMAR MENDES – Rcl 1.987/DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, v.g.), 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, 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.

(...)

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 à decisão que esta Corte proferiu nos autos do julgamento invocado como padrão de confronto. Sendo assim, e em face das razões expostas e acolhendo, ainda, o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, nego seguimento à presente reclamação, tornando sem efeito o provimento cautelar anteriormente deferido. Comunique-se, com urgência, transmitindo-se cópia da presente decisão ao Juízo da 5ª Vara do Trabalho de Aracaju/SE (BRASIL, 2014, grifo nosso).

Seguindo a antiga linha de raciocínio do STF, o Min. Gilmar Mendes ensina pela aplicação da Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes:

(...) Com o efeito vinculante pretendeu-se conferir eficácia adicional à decisão do STF, outorgando-lhe amplitude transcendente ao caso concreto. Os órgãos estatais abrangidos pelo efeito vinculante devem observar, pois, não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas a norma abstrata que dela se extrai (...) (MENDES e BRANCO, 2012, p. 1.403)

De fato, com a vigência do CPC/2015, a discussão sobre o que vem a ser vinculante em um precedente judicial volta à tona. Isso porque, conforme demonstrado no Cap. 2, o CPC vigente trouxe inovações no que se refere à utilização dos precedentes judiciais.

O maior destaque se encontra no *caput* do art. 927, o qual prevê que os juízes e os tribunais observarão as decisões emanadas de tribunais superiores, nos termos dos incisos I, II, III, IV e V. Registre-se que a expressão “observarão” deve ser entendida como “se vincularão”. O Enunciado 170 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis corrobora esse entendimento ao dizer que “as decisões e precedentes previstos nos incisos do *caput* do art. 927 **são vinculantes** aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos.” (2015, grifo nosso).

Em grande maioria, a doutrina tem aduzido que a vinculação conferida pelo art. 927 alcançaria os motivos determinantes (*ratio decidendi*) da decisão judicial, não se limitando somente à parte dispositiva:

Ao dispor sobre a produção jurisprudencial a ser observada pelos juízes e pelos tribunais, o CPC/2015 arrolou, no artigo 927, *caput*, figuras bastante díspares entre si. Há algo que as une, a nosso ver, e que consiste naquilo que, realmente, deve ser ‘observado’ pelo julgador, ao proferir a decisão em respeito a precedente, súmula e jurisprudência dominante, e que (...) reunimos sob a expressão *ratio decidendi*, que vem a ser, como afirmamos em outro estudo, os argumentos principais sem os quais a decisão não teria o mesmo resultado, ou seja, os argumentos que podem ser considerados imprescindíveis. (MEDINA, 2016, p. 1325)

Nesse diapasão, o professor Alexandre Câmara (2016, p.442-444) afirma que a força vinculante aferida pelo CPC/2015 alcançaria, também, “os fundamentos determinantes da decisão”.

Já Mello (2015, p. 48), aduz que a atual tese defendida pelo STF – a não aplicação da Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes -, vai de encontro com o que preconiza o CPC/2015:

(...) Na elaboração das súmulas vinculantes, o Supremo habitualmente produz verbetes que sintetizam a razão de decidir comum a diversos julgados sobre uma mesma matéria, aos quais é atribuída força normativa. Além disso, a adoção de precedentes normativos em matéria constitucional, tal como pretendida pelo novo código, passa necessariamente pelo reconhecimento de efeitos normativos à tese de direito que serve de base para a decisão. Esta é a única maneira de gerar um precedente normativo em sede de controle difuso da constitucionalidade, e o novo CPC determinou expressamente que

também as decisões proferidas em recursos extraordinários repetitivos produzirão efeitos normativos e possibilitarão a propositura de reclamação. (...) Nesse contexto, é incoerente reconhecer a eficácia normativa da *ratio decidendi* na elaboração de súmulas vinculantes e nos precedentes proferidos no controle difuso e rejeitar a mesma eficácia à *ratio decidendi* em sede concentrada.

É certo que o entendimento do STF, negando aplicação à Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes, encontra óbice na utilização dos precedentes judiciais.

Como dito, incansavelmente no Cap. 2, a essência do precedente judicial é a sua *ratio decidendi*, sendo exatamente ela o que passa a ter poder vinculante.

Na medida em que o STF confere esse poder somente ao dispositivo da decisão judicial, afasta a principal característica do precedente judicial e nega a aplicação aos mandamentos do CPC/2015.

Argumento importante para a não mudança de entendimento do STF sobre a referida teoria, é que o CPC entrou em vigência em 18 de março de 2016 e que não passou tempo suficiente para a matéria ser levada para nova análise do Pretório Excelso.

A verdade é que o STF se encontrará em um impasse que ele mesmo se colocou: ou passa a adotar a Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes e, conseqüentemente, passa a reconhecer a vinculação da *ratio decidendi*, ou continua a passar por cima da essência do instituto do precedente judicial, instrumento este tão estimado pelo CPC/2015, negando poder vinculante aos fundamentos das decisões.

Por simetria, como também em razão da estrutura hierarquizada do Poder Judiciário brasileiro, uma vez havendo posição do STF no sentido de aplicação da referida teoria, os demais tribunais devem utilizá-la também, já que os precedentes judiciais são de observância e vinculação à todos do Poder Judiciário.

4.2. Mecanismos de aplicação e superação dos precedentes judiciais

Em toda demanda processual, existem, basicamente, duas matérias: fática e jurídica. A primeira diz respeito aos fatos ensejadores da prestação da tutela jurisdicional, enquanto que a segunda diz respeito às razões de direito que garantem concessão da tutela requerida.

Aos precedentes judiciais, conforme dito no Cap. 2.4, importa, majoritariamente, a matéria de direito, já que, a partir dela, o juízo formará a

tese jurídica que embasará sua decisão (*ratio decidendi*). Entretanto, a matéria fática não é de toda dispensável; muito pelo contrário, as razões fáticas são imprescindíveis para os mecanismos de aplicação e superação do precedente judicial.

O juiz, no exercício da atividade judicante, não pode utilizar os precedentes judiciais de qualquer maneira. Dizer que “todo caso é um caso” é uma boa justificativa para tal afirmativa. Isso porque, a imensidão de situações fáticas diferentes que são levadas ao Poder Judiciário necessita de uma observação apurada a fim de que a determinado caso não seja aplicada teoria jurídica diversa da que necessitava.

Para tanto, é necessário que o magistrado observe as particularidades de cada caso e, assim, verificar se tal situação é ou não a mesma (ou semelhante) à de determinado precedente judicial. Em resumo, é necessário que haja um confronto entre a demanda apresentada e o precedente judicial para que este seja aplicado.

Sobre esse processo de análise realizado pelo magistrado, Didier Jr., Braga e Oliveira (2011, p. 402) trazem, detalhadamente, sua formulação:

Nas hipóteses em que o magistrado está vinculado a precedentes judiciais, a sua primeira atitude é verificar se o caso em julgamento guarda alguma semelhança com o(s) precedente(s). Para tanto, deve valer-se de um método de comparação: à luz de um caso concreto, o magistrado deve analisar os elementos objetivos da demanda, confrontando-os com os elementos caracterizadores de demandas anteriores. Se houver aproximação, deve então dar um segundo passo, analisando a *ratio decidendi* (tese jurídica) firmada nas decisões proferidas nessas demandas anteriores.

Segundo Tucci (2004, p. 174), essa comparação feita entre determinada demanda e o precedente judicial, “pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma” é chamado de *distinguish*.

O *distinguish* significa “distinção” e é o método de aplicação utilizado pelos magistrados para afirmar que o caso *sub judice* não encontra ligação com a *ratio decidendi* de um caso paradigma (leia-se aqui precedente judicial).

O dever do magistrado de fazer a distinção entre o caso paradigma e a nova situação *sub judice* encontra guarida no art. 489, §1º do CPC/2015:

§1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

(...)

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 àqueles fundamentos. (grifo nosso)

Como visto no Cap. 3.3, o magistrado tem verdadeiro dever de fundamentar todas as suas decisões, estando incluso, nesse caos, a justificativa que o levou a não aplicar o precedente judicial em determinado caso, conforme a letra de lei acima transcrita.

Corroborando esse entendimento, tome-se, por exemplo, o despacho proferido nos autos do Processo n. 0000079-95.2015.5.06.0313, que tramita perante a Justiça do Trabalho, exarado pelo Excelentíssimo Desembargador Presidente do TRT da 6ª Região, Valdir José Silva de Carvalho, o qual determina que o acórdão prolatado em sede de recurso ordinário seja readequado à *ratio decidendi* firmada em Incidente de Uniformização de Jurisprudência:

Acerca da necessidade de readequação do acórdão regional à tese prevalecente adotada no julgamento de incidente de uniformização de jurisprudência, entendo importante fazer algumas considerações.
(...)

Com essas considerações, encaminho os autos à Desembargadora Relatora para que submeta a questão ao órgão fracionário que proferiu o acórdão ora recorrido, juiz natural do recurso ordinário, **para adequar a decisão à tese prevalecente adotada pelo Tribunal Pleno, no julgamento do IUJ em face do qual estava este feito sobrestado, ou, se for o caso, para fundamentar a decisão de manutenção do acórdão divergente, demonstrando a existência de distinção, com a demonstração de que a situação de fato ou de direito tratada neste caso é distinta das existentes no IUJ julgado.**

Disso, percebe-se que, da análise minuciosa das peculiaridades das demandas judiciais, o magistrado se deparará com situações em que aplicará ou não a tese jurídica advinda do precedente judicial.

Destarte, haverá situações mais complicadas de se atuar; por exemplo, quando a *ratio decidendi* do caso paradigma for aplicada de maneira extensiva no novo caso em julgamento. Nesse caso, dá-se o nome de *ampliative distinguish* ou *extending*. Também haverá casos em que a *ratio decidendi* a ser aplicada sofrerá restrições em sua interpretação e, nessa hipótese, dá-se o nome de *restrictive distinguish* ou *narrowing* (ROSITO, 2012, p. 303).

No que tange ao processo de superação do precedente judicial, ou melhor dizendo, processo de mudança de *ratio decidendi*, isso porque o que

é superado é o fundamento jurídico que embasou o precedente, os métodos aplicados são o *overruling* e o *overriding*.

Conforme Didier Jr., Braga e Oliveira (2011, p. 405), “*overruling* é a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por um outro precedente.”

Essa substituição pode se dar de maneira expressa ou de maneira tácita. No primeiro caso, o tribunal passa a adotar expressamente nova orientação jurídica; já no segundo caso, o tribunal adota nova orientação em confronto com a antiga sem que haja, necessariamente, a substituição (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, 2011, p. 405).

Nesses dizeres, é possível afirmar que o *overruling* é um método de superação integral do precedente judicial, ou seja, modifica por inteiro o entendimento firmado no caso paradigma.

Já o *overriding* é o mecanismo que “apenas limita o âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal” (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, 2011, p. 406). Ou seja, diferentemente do *overruling*, o *overriding* é um método de superação parcial do precedente judicial. Em outros termos para melhor entendimento, é como se esse fosse uma derrogação (revogação parcial) e aquele, uma ab-rogação (revogação total).

Os dois mecanismos de superação do precedente judicial, aqui ditos, requerem uma grande carga de fundamentação do magistrado, já que ele deverá demonstrar argumentos que, antes, não foram analisados e justificar, de maneira convincente, a necessidade de mudança da *ratio decidendi* (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, 2011, p.406).

Cediço é que o sistema de precedentes judiciais é um verdadeiro mecanismo de estabilização da jurisprudência, o que garante a segurança jurídica aos jurisdicionados. Entretanto, o universo jurídico não pode ser estável ao ponto de deixar um mesmo entendimento jurídico se prolongar por tempo demais. A sociedade é dinâmica e é dever do Direito acompanhar as alterações que ali surgiram. Nesse particular, é que os mecanismos de superação do precedente judicial se mostram extremamente importantes, já que são a partir deles e em respeito a eles que os Tribunais acompanharam as mudanças da comunidade civil.

4.3. O limite da força vinculativa do precedente judicial

Após comentado sobre o que passa a ser vinculativo com a vigência do CPC/2015 e, conseqüentemente, a efetiva aplicação da doutrina do *stare*

decisis, é preciso saber quais são seus limites perante o poder decisório do magistrado.

Uma vez estabelecido o dever do magistrado de observar determinadas decisões judiciais, elas passam a exercer peso sobre seu poder decisório. A necessidade de que se imponha um limite, com vista a se evitar excessos, mostra-se indispensável para a garantia da boa prestação jurisdicional.

Parte da doutrina afirma que a utilização do sistema de precedentes acarreta em uma diminuição do poder de decidir do magistrado, já que ele apenas realizaria uma análise do caso *sub judice* e observaria se existiria decisões paradigmas sobre o tema discutido. Se houvesse, apenas seguiria o entendimento já firmado pelo tribunal, sem, necessariamente, exercer seu poder decisório.

É por demais comum observar, em sentenças e acórdãos das mais diversas justiças especializadas, a ocasião em que o magistrado deixa de decidir segundo entendimento pessoal sobre a matéria e segue os entendimentos já firmados pelos tribunais superiores.

Tome-se, por exemplo, o acórdão proferido em sede de recurso ordinário na Justiça do Trabalho, no Processo n. 0001327-54.2014.5.06.0015 de relatoria da Excelentíssima Senhora Juíza Ana Maria Soares Ribeiro de Barros, no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região:

Primeiramente, necessário esclarecer que a questão posta ao exame desta instância ad quem, versa, essencialmente, a respeito de pleito de diferenças de horas extras com base em conflito de norma coletiva com normal legal, quanto à base de cálculos do referido título, passível de integrar o objeto de reclamação trabalhista ajuizada perante o primeiro grau desta Justiça Especializada, não havendo motivo para se falar em impropriedade da via eleita ou incompetência absoluta.

Pois bem.

Nada obstante possuir posicionamento pessoal diverso, adoto o entendimento dominante no TST e no Regional acerca da matéria versada no apelo. (grifo nosso)

Percebe-se disso que, apesar de ter formado entendimento contrário acerca de determinada matéria jurídica, os magistrados observam as decisões já emanadas pelo tribunal, de forma que sua decisão não seja conflitante com a tese jurídica dominante naquele tribunal.

Tal situação deve ser analisada com o devido cuidado. Explica-se o porquê.

Cediço é que o sistema de precedentes judiciais é uma ferramenta que fomenta a estabilização da jurisprudência, ou seja, promove a perpetuação no tempo do mesmo entendimento jurídico de forma a garantir segurança jurídica.

A segurança jurídica é um dos pilares de um Estado de Direito, tratando-se de verdadeira garantia do jurisdicionado de que sua demanda judicial será decidida conforme moldes pré-estabelecidos. Corroborando esse entendimento:

Convém recordar que o Estado de Direito é a consagração jurídica de um projeto político. Nele se estratifica o objetivo de garantir o cidadão contra intemperanças do Poder Público, mediante prévia subordinação do poder e de seus exercentes a um quadro normativo geral e abstrato cuja função precípua é conformar efetivamente a conduta estatal a certos parâmetros antecipadamente estabelecidos como forma de defesa dos indivíduos (MELLO, 1983, p. 1).

Entretanto, não se pode esquecer de que o magistrado está investido do múnus público apto a exercer a atividade jurisdicional de forma autônoma. Inegável é que a função precípua de um magistrado é a de julgar.

Nesse íterim, para que se possa vincular o poder decisório do magistrado à tese jurídica firmada anteriormente é preciso que também lhe conceda a possibilidade de decidir contrariamente a elas. O que de fato é possível, conforme ficou demonstrado anteriormente, quando analisados os mecanismos de superação³.

Os mecanismos de superação expõem o limite objetivo existente à vinculação da *ratio decidendi* contida em um precedente judicial. Os próprios magistrados encontram os limites objetivos no momento do *distinguish* e do *overruling*.

É que, ao realizar os processos de distinção e superação do precedente judicial, o magistrado verifica se existe algum óbice objetivo que o impeça de aplicar a *ratio decidendi* do caso X no caso Y. Esse óbice objetivo se trata, exatamente, das peculiaridades que toda demanda judicial apresenta.

Como dito no Cap. 4.2, a matéria fática é extremamente importante para os mecanismos de superação do precedente judicial. É a partir dela que o magistrado formará seu convencimento a respeito da aplicabilidade do precedente judicial naquele caso ou não.

É possível asseverar que a existência desses óbices resulta em uma imposição de limite à força vinculativa dos precedentes judiciais perante o convencimento do magistrado.

3 - Vide capítulo 4.2 infra.

A existência desse limite se mostra importante já que o dinamismo do universo jurídico requer a superação, quando necessário e possível, dos entendimentos jurídicos indutores do processo de estabilização (engessamento) da jurisprudência.

Enquanto Poder responsável pela apreciação das demandas sociais, ao Judiciário é imposto o dever de prestar efetiva tutela jurisdicional àqueles que o procuram. A cada jurisdicionado é condicionada situação diferente que deve ser analisada, de caso a caso, no intuito de ser oferecida a melhor solução possível; nesse sentido são as normas do art. 4º, VII e art. 5º, XXXV e LXXXVIII da CFRB/88.

A tutela jurisdicional efetiva “deve propiciar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter, sob pena de carecer de utilidade e portanto, de legitimidade social.” (DINAMARCO e LOPES, 2016, p.22). Em virtude disso, os institutos jurídicos, existentes no ordenamento pátrio, devem ser utilizados com sabedoria e proporcionalidade.

CONCLUSÕES

Pode-se afirmar que a doutrina do *stare decisis* começou a ter previsão, no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 e previsões contidas no Código de Processo Civil de 1973, passando, cada vez mais, a ocupar espaço significativo no universo jurídico, sendo alvo de debates doutrinários a respeito de sua aplicação em um país de sistema jurídico *civil law* como é o Brasil, até ganhar escopo legal no Código de Processo Civil de 2015.

Por si só, a estrutura dos órgãos do Poder Judiciário brasileiro confere aos magistrados de primeira instância e desembargadores dos tribunais *a quo*, o dever de observar e respeitar as decisões emanadas dos Cortes Superiores.

Não bastasse isso, ao passo que o CPC/2015 deu contornos legais à aplicação da doutrina do *stare decisis*, conferiu aos precedentes judiciais força poderosa sobre o convencimento do magistrado, quando do exercício da sua função precípua, qual seja, a de julgar.

Em que pese um lado da doutrina se inclinar pela existência de uma limitação imposta pelos precedentes judiciais sobre o poder decisório do magistrado, convém ressaltar os ensinamentos da doutrina, que entende pela inexistência dos limites vinculativos impostos ao magistrado.

Sobre o primeiro argumento, deve-se ter em mente que a existência de uma força vinculativa entre um caso paradigma X e um novo caso Y de situação fática e de mérito semelhante não quer dizer que o magistrado ficará

impedido de julgar a demanda a ele apresentada e passará a ser apenas um repetidor das decisões proferidas pelos tribunais superiores.

O instituto do precedente judicial nunca se prestou para limitar o poder decisório do magistrado, muito pelo contrário. Diferentemente dessa ficção doutrinária, a doutrina do *stare decisis* ensina, tão somente, pela manutenção e continuidade das teses jurídicas perante as diversas instâncias dentro do Poder Judiciário.

O principal objetivo dos precedentes é o de uniformizar os entendimentos jurídicos, de forma a garantir uma estabilidade jurídica advinda dos Tribunais Superiores.

Ademais, a doutrina do *stare decisis* concede mecanismos próprios de aplicação e superação dos precedentes judiciais, quais sejam, o *distinguish*, o *overruling* e o *overriding*. Além disso, também existem mecanismos legais de superação dos entendimentos firmados pelos tribunais superiores, como é o caso da possibilidade de revisão de súmula vinculante e possibilidade de superação da tese firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas no âmbito do STJ.

Tais mecanismos são os verdadeiros freios existentes que se opõem perante a força vinculante que emana das teses jurídicas firmadas em precedentes judiciais.

Isso porque o limite objetivo que existe sobre a força vinculante de um precedente judicial se trata exatamente das peculiaridades do caso a caso. Uma vez existindo peculiaridade que obste a vinculação do convencimento do magistrado com a *ratio decidendi* do precedente judicial, ele não deve ser aplicado ao caso sob exame.

Percebe-se, então, que a *ratio decidendi* tanto vincula como também se auto limita perante a atividade de convencimento do magistrado.

A existência desse limite objetivo imposto à vinculação dos precedentes judiciais é de extrema importância já que o dinamismo da sociedade civil é constante. A possibilidade de revisar as teses jurídicas firmadas em sede de precedentes judiciais se coaduna com a máxima “nenhuma verdade é absoluta”. A tese que, hoje, é aceita pelos tribunais, amanhã, pode não ser mais aplicada em decorrência da aplicação de tese totalmente diferente.

Ademais, enquanto Poder receptor dos litígios sociais, o Poder Judiciário recebe, diariamente, uma enxurrada de demandas das mais variadas naturezas jurídicas, e, dentro de cada natureza jurídica, comporta ainda outra enxurrada de casos indiferentes entre si. Dessa forma, perfaz-se necessário que o magistrado, no exercício da atividade jurisdicional, disponha de mecanismos capazes de suportar a quantidade exorbitante de casos peculiares.

As inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 a respeito da aplicação da doutrina do *stare decisis* proporcionará não apenas uma solução mais rápida dos litígios apresentados ao Poder Judiciário, como também garantirá maior igualdade nas decisões proferidas pelos tribunais e previsibilidade das relações jurídicas, o que, conseqüentemente, assegurará maior segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 3**, de 17 de março de 1993. Diário Oficial da União. Poder Legislativo, Brasília, DF, 18 mar. 1993. Seção 1, p. 3209. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc03.htm>. Acesso em: 13 de maio 2017.

_____. **Constituição (1998). Emenda Constitucional nº 45**, de 30 de novembro de 2004. Diário Oficial da União. Poder Legislativo, Brasília, DF, 30 de dez. 2004. Seção 1, p. 9. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 13 de maio 2017.

_____. **Decreto-Lei 1.608**, de 18 de setembro de 1939. Coleção de Leis do Brasil – vol. 006. Poder Legislativo. Brasília, DF, 18 de dez. 1929, p. 311, col. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 13 de maio 2017.

_____. **Lei n.º 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Diário Oficial da União. Poder Legislativo, Brasília, DF, 17 de jan. 1973, Seção 1, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 13 de maio 2017.

_____. **Lei n.º 8.038**, de 28 de maio de 1990. Diário Oficial da União. Poder Legislativo, Brasília, DF, 29 de mai. 1990. Seção 1, p. 10159. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm>. Acesso em: 13 de maio 2017.

_____. **Lei n.º 13.105**, de 16 de março de 2015. Diário Oficial da União. Poder Legislativo. Brasília, DF, 17 de mar. 2015, Seção 1, p.1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 13 de maio 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 149**. Brasília, DF, 18 de dez. 1995. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc>>.

jsp?livre=S%FAMula+149&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true#-DOC2>. Acesso em: 16 de maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC: 116153 MS**, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, Brasília, DF, 06 de jun. 2013. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23352294/habeas-corpus-hc-116153-ms-stf/inteiro-teor-111688908>>. Acesso em: 16 de maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Rcl. 2986 SE**, Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 17 de mar. 2014. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24987020/reclamacao-rcl-2986-se-stf>>. Acesso em: 16 de maio 2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. **Processo TRT nº 0001327-54.2016.5.06.0015 (RO)**, Relator: Juíza Convocada Ana Maria Soares Ribeiro de Barros. Recife, PE, 13 de set. 2016. Disponível em: <<https://trt-6.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/418271258/recurso-ordinario-ro-13275420145060015/inteiro-teor-418271268?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 22 de maio 2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. **Processo TRT nº 0000079-95.2015.5.06.0313 (RO)**, Relator: Desembargadora Maria das Graças de Arruda França. Recife, PE, 15 de mar. 2017. Disponível em: <https://pje.trt6.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_id=xUh6U6qIf2w%3D&p_completo=0&p_tamanho=0&cid=29929>. Acesso em: 30 de maio 2017.

BUSTAMANTE, Evanilda Nascimento de Godoi. A valoração racional das provas no processo judicial: uma aproximação ao tema. In: XXII Encontro Nacional do CONPEDI/UNINOVE, 2013, São Paulo. **Anais eletrônicos**. São Paulo: CONPEDI, 2013. p. 407-428. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=531d29a813ef9471>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. Tradução dos Santos. 4 ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1971.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. A expulsão do livre convencimento motivado do Novo CPC e os motivos pelos quais a razão está com os hermenutas. **Justificando**: mentes inquietas pensam Direito. 13 abr. 2015. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/04/13/a-expulsao-do-livre-convencimento-motivado-do-novo-cpc-e-os-motivos-pelos-quais-a-razao-esta-com-os-hermeneutas/>>. Acesso em: 05 de maio 2017.

DIDIER JR.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 6 ed. Salvador: Editora JusPODVIM, 2011.

DIDIER JR., Fredie; PEIXOTO, Ravi. **Novo código de processo civil**: comparativo com o código de 1973. Salvador: Editora JusPODVIM, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC. **JOTA**. 06 abr. 2015. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/novo-cpc/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc-06042015>>. Acesso em: 04 de maio 2017.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**, vol.I. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

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

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado com remissões e notas comparativas ao CPC/1973**. São Paulo: RT, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Controle judicial dos atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**: São Paulo, 1983. Abr.-jun. p. 152: 1-15.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo e os precedentes constitucionais. Como fica a sua eficácia após o Novo Código de Processo Civil? **Universitas JUS**. vol. 26, n. 2, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos**. 4 ed. São Paulo: RT, 1997.

NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Ana Carolina Borges de. Diferenças e semelhanças entre os sistemas da civil law e da common law. **Constituição, Economia e Desenvolvi-**

mento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2014, vol. 6, n. 10, Jan.-Jun. p. 43-68.

ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais:** racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

V Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – V FPPC, 2015, Vitória. **Carta de Vitória:** enunciados do fórum permanente de processualistas cíveis. Vitória: 2015. Disponível em:< <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em: 22 de abr. 2017.

VIVEIROS, Mauro. O Precedente no Controle de Constitucionalidade Brasileiro: visita ao modelo Norte Americano. **Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso**, Cuiabá, ano 4, n. 6, p. 135-151, jan./jun. 2009