

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
CAMPUS AVANÇADO DE NATAL
CURSO DE DIREITO

EDNALDO GONÇALVES DE MENESES

O PRECEDENTE JUDICIAL COMO GARANTIA DE CELERIDADE E
SEGURANÇA JURÍDICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

NATAL
2016

EDNALDO GONÇALVES DE MENESES

O PRECEDENTE JUDICIAL COMO GARANTIA DE CELERIDADE E
SEGURANÇA JURÍDICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Monografia apresentada à Universidade do
Estado do Rio Grande do Norte – UERN –
como requisito obrigatório para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professora Especialista Flavianne
Fagundes da Costa Pontes

NATAL
2016

EDNALDO GONÇALVES DE MENESES

O PRECEDENTE JUDICIAL COMO GARANTIA DE CELERIDADE E
SEGURANÇA JURÍDICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Monografia apresentada à Universidade do
Estado do Rio Grande do Norte – UERN –
como requisito obrigatório para obtenção do
título de Bacharel em Direito.
Orientador: Professora Especialista Flavianne
Pontes

Aprovado em: 25 de novembro de 2016

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Esp. FLAVIANNE FAGUNDES DA COSTA PONTES (orientadora)

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

Prof^a. Ms^a. DÉBORAH LEITE DA SILVA

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

Prof^a. Ms^a. CLÁUDIA VECHI TORRES

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE

À minha mãe Maria Oliveira de Meneses por ter sempre acreditado que eu conseguiria concluir meus estudos, apesar de todas as dificuldades.

À minha esposa e aos meus filhos, com amor,
por terem sido o combustível essencial para
que eu não desistisse dessa luta.

AGRADECIMENTOS

Aos professores da UERN com quem eu tive oportunidade de conviver, pois com cada um eu aprendi mais do que conhecimentos jurídicos, aprendi sobre a vida, o mundo.

O correr da vida embrulha tudo.
A vida é assim: esquenta e esfria,
aperta e daí afrouxa,
sossega e depois desinquieta.
O que ela quer da gente é coragem
(Guimarães Rosa)

RESUMO

Este trabalho teve o objetivo de descobrir como a aplicação dos precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil pode contribuir para evitar que ocorram tantas decisões díspares nas ações judiciais brasileiras, mesmo quando tratam de situações fáticas idênticas, ferindo gravemente o princípio da segurança jurídica, o que atualmente tem se denominado de “justiça lotérica”. E também tentar entender o que leva o judiciário brasileiro, mesmo quando trata de ações cuja tutela jurisdicional pretendida já tem teses jurídicas firmadas em instâncias superiores, decidir nos juízos inferiores de forma diferente dessas teses, provocando uma enxurrada de recursos, tornando, dessa forma, o trâmite dessas ações excessivamente lento, ferindo gravemente outro princípio, o da celeridade processual.

Palavras-chave: Precedentes; Segurança jurídica; Celeridade; Princípios; Interpretação;

ABSTRACT

This paper aimed to find out how the application of judicial precedents in the new Civil Procedure Code can contribute to avoiding so many disparate decisions in Brazilian judicial actions, even when dealing with identical factual situations, seriously damaging the principle of legal certainty, Which has now been called the "lottery justice". And also try to understand what leads the Brazilian judiciary, even when it deals with actions whose intended judicial protection already has legal theses signed in higher instances, to decide in the inferior judgments differently from these theses, causing a flood of resources, The process of these actions is excessively slow, seriously damaging another principle, that of procedural celerity.

Keywords: Precedents; Legal security; Celeridade; Principles; Interpretation;

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A TEORIA DOS PRECEDENTES	14
2.1 Breve histórico dos precedentes	17
2.2 Os precedentes no novo Código de processo Civil	21
3 PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM OS PRECEDENTES	25
3.1 Princípio da Segurança Jurídica	26
3.2 Princípio da Celeridade processual.....	28
3.3 Princípio da Isonomia.....	30
3.4 Princípio da autonomia do Juiz	31
3.5 Princípio do livre convencimento motivado do julgador	33
4 DA DIVERGÊNCIA SOBRE A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES	36
4.1 Das críticas a favor e contra a aplicação dos precedentes	37
4.2 da proporcionalidade e ponderação	41
4.3 Da aplicação da teoria dos pesos de Alexy.....	43
5 CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS	50

INTRODUÇÃO

Este trabalho é sobre os “Precedentes Judiciais”, assunto tão discutido atualmente pelos doutrinadores e pelos operadores do Direito. Tendo em vista a expectativa existente entre todos sobre se sua aplicação trará resultados benéficos para o nosso sistema jurídico e para a sociedade ou se, pelo contrário, promoverá um retrocesso na aplicação do direito processual brasileiro, mitigando princípios como a autonomia do juiz e do seu livre convencimento motivado, tornando-se esse, um mero cumpridor de decisões dos tribunais superiores.

Atualmente tem ocorrido em diversos países, uma necessidade de adaptação de seus sistemas jurídicos – tendo em vista que devido à influência de fatores como a globalização das comunicações, através do uso da internet, onde todos sabem tudo que ocorre no mundo com uma incrível velocidade –, as pessoas têm sido mais exigentes com o desempenho do judiciário, tendo em vista a elevação de suas consciências jurídicas. Nessas adaptações, algumas dessas nações que adotavam o *civil Law*, passaram a adotar alguns parâmetros do *common Law*, e vice-versa.

No Brasil o povo tem sofrido muito quando precisa judicializar alguma demanda no nosso judiciário. Seja pela lentidão na tramitação do processo, seja pela insegurança jurídica das nossas decisões, seja pela não satisfação adequada da sua tutela jurídica.

O que mais causa insatisfação aos jurisdicionados é o que alguns passaram a chamar de “justiça lotérica”. Ou seja, as inúmeras decisões diferentes que juízes de um mesmo juízo ou turmas de um mesmo tribunal têm dado a casos idênticos. Isso quando não é o mesmo juiz prolator da decisão que muda de entendimento num curto espaço de tempo, levando o judicante a depender da sorte para que seu processo seja dirigido a esta ou aquele juiz que tenha um entendimento favorável a sua tese apresentada naquele momento, gerando uma completa insegurança jurídica e contribuindo também para morosidade processual, já que as partes envolvidas passam a recorrer de todas as decisões, com a esperança de que, contando com a sorte, tenham o seu recurso julgado procedente em alguma turma dos tribunais superiores.

Uma das razões que levam o Judiciário brasileiro a prolatar tantas decisões desiguais para situações fáticas e de direito iguais, é que os juízes se apropriam dos princípios do livre convencimento motivado do julgador e da autonomia jurídica – que são dois princípios com grande importância no sistema jurídico brasileiro – para decidir de acordo com a sua interpretação, acabando, dessa forma, por consentir tratamentos desiguais para casos semelhantes, a depender da interpretação de cada um.

É nessa conjuntura que a cultura de aplicação dos precedentes entra no sistema jurídico brasileiro, através do novo CPC, para evitar que o mesmo caso concreto, enfrentado por jurisdicionados diferentes, receba decisões diferentes, sendo a vinculação aos precedentes necessária para se fazer cumprir o princípio da igualdade.

Dessa forma, quanto mais uniformizada a jurisprudência mais se fortalece a segurança jurídica, garantindo ao jurisdicionado um modelo seguro de conduta jurídica, induzindo confiança, possibilitando que ele decida se vale ou não a pena recorrer ao Poder Judiciário em busca do reconhecimento de determinado direito.

No entanto, isso não quer dizer que os juízes inferiores vão ficar submissos as jurisprudências criadas nos tribunais e aplicá-las em qualquer situação semelhante. Já que os precedentes estão vinculados ao contexto que surgiram. Nesse sentido, para que possa ser utilizado, o contexto fático deve ser idêntico àquele onde surgiu o paradigma. A partir daí, o precedente passa a ser uma norma geral, e não uma norma jurídica individualizada.

Segundo o novo CPC, não basta que o julgador invoque o precedente. É necessário que ele identifique os fundamentos determinantes que o levaram a seguir o precedente. Ou seja, cabe ao magistrado, ao fundamentar sua decisão, explicitar os motivos pelos quais está aplicando a orientação consolidada ao caso concreto. De outra forma, caso o juiz entenda que não deve seguir o enunciado de um precedente ou jurisprudência, deverá também fundamentar, demonstrando que há distinção entre os entendimentos e a situação concreta apresentada, seja porque não há coincidência entre o caso concreto e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à tese jurídica constante no precedente, seja porque, mesmo existindo uma

aproximação entre eles, algumas peculiaridades no caso em julgamento afastam a aplicação do precedente. Essa técnica é conhecida como *distinguishing*.

Logo, pode-se ver que as alterações trazidas pelo novo CPC, no que se refere à implantação de um sistema de vinculação aos precedentes são possíveis, sem que isso signifique a violação da autonomia do juiz, já que este sistema trará formas de modificação dos precedentes, embora que essas formas sejam mais rígidas. Desse modo, a vinculação obrigatória dos precedentes, dará maior estabilidade e coerência às decisões. Fazendo com que o Judiciário apresente uma só resposta para as questões sociais relevantes e que causam grandes controvérsias na atualidade. E, também, dará uma resposta mais rápida à sociedade diante dos litígios que vierem a surgir, já que a aplicação dos precedentes ocorrerá no próprio controle difuso, conferindo maior celeridade e efetividade ao Judiciário brasileiro.

Diante dessas constatações iniciais, vê-se que é importante estudar esse tema. Principalmente por se tratar de uma inovação trazida ao nosso sistema jurídico através do Novo Código de Processo Civil. Tentando através desse trabalho de pesquisa, com base, principalmente na análise das teorias dos princípios que têm influência direta pela aplicação dos precedentes, e as discussões doutrinárias pertinentes, buscar respostas e, dessa forma explicar quais os resultados práticos econômicos e sociais que a aplicação de precedentes pode trazer para o nosso sistema jurídico.

Dessa forma, para descobrir como a aplicação dos precedentes pode ajudar o sistema jurídico brasileiro na prolação de decisões mais céleres e equânimes, analisou-se a bibliografia em Processo Civil sobre precedentes judiciais. Em seguida fez-se uma análise dos princípios constitucionais e processuais que sofrem diretamente a influência destes. Em seguida se confrontou as ideias de alguns doutrinadores e críticos sobre a recepção positiva ou negativa quanto a sua aplicação ao sistema jurídico brasileiro. Após, a partir da teoria de Alexi, buscou-se fazer uma ponderação entre os princípios já citados, com o intuito de entender em que medida a aplicação ou não dos precedentes judiciais pode trazer maiores benefícios para os jurisdicionados.

Para alcançar este fim fez-se uma investigação bibliográfica pelo levantamento e fichamento de livros, artigos, revistas especializadas e matérias

jornalísticas da mídia escrita e televisiva. Propondo-se a definir os conceitos sobre as teorias, expor os pressupostos e analisar os discursos.

O método dedutivo foi o utilizado para pesquisa. E a técnica caracteriza-se como descritiva, explicativa e qualitativa, tendo em vista a exposição com exatidão dos fatos e dos fenômenos pesquisados, explicativa devido ao aprofundamento do conhecimento da realidade, explicitando-se as razões objetivas e subjetivas do objeto de estudo além de identificar os fatores que determinam ou contribuem para a ocorrência dos fenômenos. E qualitativa porque trabalha predominantemente com dados qualitativos, isto é, informação coletada pelo pesquisador, não expressa em números, e os números e as conclusões sobre eles são menos importantes. E também o método fenomenológico tendo em vista que procura-se entender as causas da morosidade da desigualdade no sistema jurídico brasileiro e o que os doutrinadores pensam sobre essas causas e as alterações que poderiam sofrer com a aplicação dos precedentes.

Os principais autores escolhidos para se confrontarem as teorias foram Luiz Guilherme Marinoni, Fredie Didier Júnior, Francisco Glauber Pessoa Alves, Lenio Streck, Humberto Theodoro Júnior, Marcelo Lima Guerra e Theodore F. T. Plucknett, entre outros não menos importantes que contribuíram para o fortalecimento da tese defendida.

A divisão dos capítulos para melhor coerência e a compreensão do trabalho será feita tratando no segundo capítulo sobre a origem e o histórico dos precedentes desde o seu surgimento no sistema *common Law* Até a sua chegada ao Brasil. Em seguida, no capítulo três será trazido para o bojo deste trabalho a definição de alguns princípios, essencialmente aqueles que sofreram uma influência direta quando da aplicação dos precedentes. Já no quarto capítulo será tratado das divergências doutrinárias sobre a aplicação dos precedentes, apresentando as críticas favoráveis e as contra a sua aplicação, e, levando em consideração a teoria dos pesos na aplicação dos princípios criada por Alexy, tentará se fazer uma ponderação sobre quais princípios merecem ser privilegiados com a aplicação dos precedentes.

Terminados esses passos, concluiu-se o trabalho com o entendimento a que chegamos sobre a importância da aplicação dos precedentes no sistema jurídico brasileiro.

2 A TEORIA DOS PRECEDENTES

Os precedentes judiciais são decisões tomadas em um determinado caso que servirão para serem aplicadas em casos idênticos que venham a surgir. A constante repetição de um precedente em decisões leva a formação das chamadas jurisprudências. E, dessas decisões são feitos resumos que servem para orientar juízes e desembargadores em outros julgamentos. Esses resumos são chamados de súmulas.

DIDIER (2013), diz que o precedente isoladamente não é muito valorizado no civil *Law*. Aqui no Brasil, por exemplo, se valoriza mais o precedente reiteradamente reproduzido em decisões dadas em casos futuros e que constitui, pois, jurisprudência. Segundo ele, no civil *Law* se segue a seguinte evolução: precedente, jurisprudência e súmula.

Já MARINONI (2015) diz que, o termo jurisprudência era utilizado para designar um conjunto de reiteradas decisões no mesmo sentido de quaisquer Tribunais. E esse significado foi criado porque se entendia que a atividade interpretativa era meramente declaratória e descritiva e que seu resultado era sempre unívoco. Mas, depois de algum tempo se entendeu que o resultado da interpretação admitia mais de uma resposta possível. Daí passou-se a chamar de jurisprudência dominante.

MARINONI (2015) diz ainda que a jurisprudência evidencia as possíveis interpretações a partir do julgamento de casos concretos contribuindo dessa forma para a unidade do Direito. Ou seja, a jurisprudência revela as tendências interpretativas, e é produto de trabalho das Cortes de Justiça, isto é, dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais. A função dessas Cortes não é formar precedentes é prolatar decisões justas. Essas Cortes são Cortes de controle e de jurisprudência: Interpretam e aplicam o Direito, controlando o trabalho realizado pelos juízes de primeiro grau.

Já os precedentes, segundo MARINONI (2015), não se confundem com jurisprudência, assim como as Cortes Supremas não se confundem com as Cortes de Justiça. Os precedentes constituem razões generalizáveis que podem ser extraídas dos julgamentos realizados pelas Cortes Supremas – razões que

deverão ser aplicadas em casos semelhantes futuros. Logo, segundo ele, As Cortes Supremas existem para interpretar o direito constitucional (STF) e o direito federal (STJ), outorgando adequado sentido aos textos, e para orientar as interpretações dos demais órgãos do poder judiciário e da sociedade civil. Portanto são Cortes de interpretação e de precedentes.

No *common Law* os precedentes são sempre respeitados pelos julgadores, que na hora de decidirem, primeiro pesquisam para saber se já existem decisões semelhantes aos casos que estão sendo julgados no momento, e, caso haja, invariavelmente são aplicados os mesmos fundamentos da decisão mais antiga para o caso em baila.

Embora possuam muita força persuasiva no direito comum, os precedentes podem deixar de ser aplicados. Algumas vezes, o magistrado, ao analisar casos análogos, pode constatar que existem pormenores que diferenciam o caso em julgamento do que foi aplicado o precedente. Logo, nesses casos, o juiz pode julgar de forma diferente, fugindo da aplicação dos precedentes, desde que fundamente apresentando as razões pelas quais chegou àquela decisão. Essa técnica de diferenciação entre os casos é chamada no *common Law* de *distinguish*. DIDIER (2013, p. 454)

Consoante ensinamento de DIDIER (2013):

(...) Pode-se utilizar o termo 'distinguish' em duas acepções: (i) para designar o método de comparação entre o caso concreto e o paradigma (*distinguish-método*); (ii) e para designar o resultado desse confronto, nos casos em que se conclui haver entre eles alguma diferença (*distinguish-resultado*). (DIDIER, 2013, p.454)

Outra forma da não obrigação de aplicação dos precedentes, segundo DIDIER (2013, p.454), é quando o julgador entende que determinado precedente não se aplica mais aquele caso, pois já se tornou obsoleto, devido à evolução social, política ou econômica de uma determinada sociedade. Isto se chama, também no *common Law*, de *overruling*, superação do precedente. Embora seja importante frisar que no caso de superação dos precedentes é preciso que a decisão seja dada por um órgão colegiado, e não individualmente por um juiz. Ou seja, essa superação dos precedentes só pode ser aplicada pelos tribunais superiores. Neste sentido diz Fredie Didier: "*overruling* é a técnica através da

qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente”. (Didier Jr., 2013, p.454)

Outra importante observação a se fazer quando da superação dos precedentes é sobre os efeitos da decisão que os superou. Haja vista que, provavelmente, muitas ações devam ter sido julgadas e outras estejam por julgar na época que se prolatou tal decisão. Em alguns casos tais decisões podem ter efeitos *ex tunc*, atingindo julgamentos anteriores, ou *ex nunc*, atingindo apenas os casos que forem julgados dali por diante. Como bem explica Volpe Camargo:

(...) Essa superação do precedente judicial pode ocorrer com eficácia *extunc* (*retrospectiveoverruling*), quando o jurisdicionado é julgado com base na regra nova, mesmo que inexistente no momento do fato que deu ensejo à demanda, ou com eficácia *ex nunc* (*prospectiveoverruling*), quando a nova orientação valerá da data da decisão em diante (CAMARGO, 2012, p. 563)

Ao usar os precedentes é preciso levar em consideração o fato que originou a lide e o princípio ou a tese que fundamentou a decisão, como bem coloca CRUZ E TUCCI:

Todo precedente é composto de duas partes distintas: a) as circunstâncias fato que embasam a controvérsia; b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório. Logo, o que realmente se deve ter como obrigatório na aplicação do precedente. (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 175)

A *ratio decidendi* são os fundamentos jurídicos que embasam uma decisão, como diz (Cruz e Tucci, p. 175) “A *ratio decidendi* (...) constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of Law*).”

É importante observar, como bem coloca DIDIER (2013) que A *ratio decidendi* (elemento vinculante) é o que pode servir para o caso futuro, pois existe também o que no *common Law* chamam de *obiter dictum*: que consiste nos discursos que se manifestam nos pronunciamentos judiciais. Ou seja, apenas as considerações que representam indispensavelmente o nexu estrito de causalidade jurídica entre o fato e a decisão integram a *ratio decidendi*, qualquer outro aspecto relevante, qualquer outra observação, qualquer outra advertência que não tem aquela relação de causalidade, é um *obter dictum*.

Para NUNES (2011) formar o precedente no *common Law*, o Tribunal Superior sempre leva em consideração todo o histórico de aplicação da tese,

sendo inviável que o magistrado decida desconsiderando o passado de decisões acerca da temática. E mesmo que seja uma hipótese de superação do precedente (*overruling*) o magistrado deverá indicar que razões o levaram à quebra do posicionamento acerca da temática.

E continua NUNES (2011), o Tribunal também é vinculado às suas próprias decisões: como o precedente deve se formar com uma discussão próxima da exaustão, o padrão passa a ser vinculante para os Ministros do Tribunal que o formou. É impensável que a qualquer momento um ministro tente promover um entendimento particular (subjetivo) acerca de uma temática, a não ser que se trate de um caso diferente (*distinguish*) ou de superação (*overruling*). Mas nestas hipóteses sua fundamentação deve ser idônea ao convencimento da situação de aplicação.

NUNES (2011) entende também que na tradição da *common Law*, para suscitar um precedente como fundamento, o juiz deve mostrar que o caso, inclusive em alguns casos, no plano fático, é idêntico ao precedente do Tribunal Superior, ou seja, não há uma repetição mecânica, mas uma demonstração discursiva da identidade dos casos.

A ideia de padronizar entendimentos é muito importante, tendo em vista que se torna um modo eficiente e rápido de julgar casos, e isso gera um grande crescimento nos números de julgamentos, nestes termos, a cada precedente formado devem ser criados modos idôneos de demonstrar que o caso em que se aplicaria um precedente é diferente daquele padrão, mesmo que aparentemente seja semelhante, e de proceder à superação de seu conteúdo pela inexorável mudança social – como ordinariamente ocorre em países de *common Law*.

Segundo Didier, “existem métodos de identificação do precedente (em seu conteúdo), criados e desenvolvidos por autores norte-americanos.”

Um primeiro método, que se difundiu no final do século XIX, intitulado “teste de Wambaugh” – por ser de autoria do norte americano Eugene Wambaugh-, pauta-se de uma técnica de inversão, segundo a qual se constata que dado enunciado é razão de decidir quando, invertido implicar uma mudança da conclusão final (do julgamento, a norma concreta). Ou em outras palavras, a *ratio decidendi* é aquela razão jurídica sem a qual o julgamento final do caso seria diferente. Entretanto, se a inversão ou a exclusão do enunciado não afetar o comando decisório final, não se estará diante da *ratio decidendi*, mas sim, de “*obter dictum*”. (DIDIER, 2013, p. 434)

O segundo método seria:

O método de Goodhart, que dá grande ênfase e atenção aos fatos subjacentes a causa. Sustenta que a definição da *ratio decidendi* pressupõe que se identifiquem e se separem os fatos materiais ou fundamentais, bem assim a decisão neles embasada.

Assim a *ratio decidendi* (ou “*principle of a case*, nas suas palavras), não se encontra nas razões ou opinião do julgador, mas na análise dos fatos destacados e considerados como importantes na causa e na decisão que neles se funda. (DIDIER, 2013. p. 435)

Logo, se conclui que para identificar um precedente segundo os métodos apresentados por Didier, é importante analisar a decisão como um todo e verificar quais enunciados fundamentos realmente levaram aquela conclusão. Tendo em vista que existem elementos que apenas colaboram com a fundamentação do julgador na hora de decidir, mas que se forem retirados do texto, não terá influência nenhuma no dispositivo final. Assim, esses elementos não formam a *ratio decidendi*. Mas, também é necessário analisar as situações fáticas que estão sendo comparadas, já que para aplicar os precedentes tais situações precisam ser idênticas. Caso ocorra alguma dessas situações em que não se aplica o precedente, o julgador deverá fundamentar explicitando as diferenças identificadas e julgar de maneira distinta da decisão que criou tal precedente, aplicando a técnica do *distinguish*.

2.1 BREVE HISTÓRICO DOS PRECEDENTES

Segundo FRAGA (2012), o *common Law* teve origem na tradição dos anglo-saxões, onde o direito era baseado nos costumes e não em leis. Ou seja, tinha como base em regras não codificadas, que com o decorrer do tempo foram documentadas por juízes ingleses.

O direito comum inglês surgiu após 1066, quando os ingleses conquistaram a Normandia. A partir desse momento, os ingleses impuseram a cada tribo que habitava a ilha, as leis aplicadas pelos Tribunais Reais da Justiça, os Tribunais de Westminster que tinha como jurisdição toda Inglaterra. Ou seja, os Ingleses forçaram todas as tribos a seguirem o costume comum Inglês.

A partir daí, segundo FRAGA (2012), os ingleses passaram a usar um sistema jurídico baseado em leis escritas e não escritas originárias dos costumes antigos. O direito baseado nestes costumes era relativo tanto a costumes gerais,

como a costumes restritos a determinadas regiões, ou às vezes aplicados apenas em determinados tribunais.

E diz mais, daí surgiram os precedentes, já que os juízes se valiam de uma decisão anterior baseada nos costumes antigos para declarar o direito naquele caso que estava julgando, ou seja, o juiz estava apenas declarando um direito que já era conhecido.

Entretanto, diz FRAGA (2012), em alguns casos, o juiz tinha que revogar o precedente, pois descobria alguma irregularidade. Logo para alterar a aplicação desse precedente, ele teria que prolatar uma decisão diferente da que se vinha declarando sobre aqueles casos, e, naquele momento ele estava deixando de declarar, passando a legislar, pois a partir daí se criaria uma nova norma. Ou seja, nesse sistema jurídico inglês, o costume controlava a própria lei.

Portanto, embora já tenha ocorrido em outras culturas o hábito de julgar levando-se em consideração os costumes, foi na corte inglesa que estas decisões passaram definitivamente a ter força de lei. Surgindo assim, os precedentes judiciais, que como diz DIDIER (2008, p. 347) são decisões que levam em consideração decisões anteriores que foram aplicadas a casos idênticos aos que estão sendo julgados no momento.

Os ingleses tinham um grande respeito pelas decisões anteriores, porque essas decisões fortaleciam a manutenção dos costumes, e, de outra forma mantinham uma estabilidade decisória que favorecia a segurança jurídica e a isonomia, conforme se depreende a partir do que diz Plucknett:

O direito comum em sua origem definitiva foi unicamente costume das cortes do rei: as rotinas regulares que eram desenvolvidas na administração da justiça se tornaram estabelecidas e conhecidas e, portanto, servidas como base a qual as pessoas podiam planejar com certa certeza as futuras decisões da corte. (PLUCKNETT, 2010, p. 344)

Dos primeiros tempos, portanto, as cortes reais sempre tiveram algum tipo de consideração por decisões prévias, embora primeiramente, sem dúvida, isto tenha sido baseado em um desejo para evitar problemas. Não havia necessidade de considerar uma questão *de novo* se tivesse sido decidida recentemente. Havia uma estabilidade cultural. (PLUCKNETT, 2010, p. 344)

Para PLUCKNETT (2010, p. 347) É importante observar que no *common Law* um único caso não era suficiente para ter força de precedente, mas sim um costume estabelecido. Logo, o costume era que possuía força de convencimento

nas decisões: (...) “Um ponto importante a se lembrar é que um caso constitui um precedente; muitos casos servem de evidência de um costume.” (PLUCKNETT, 2010, p. 347) e diz ainda: “Um único caso não era obrigatoriamente autoridade, mas um costume bem estabelecido era sem dúvidas, considerado fortemente persuasivo.” (PLUCKNETT, 2010, p. 347)

Conforme preceitua MARINONI (2011): Já no *civil Law*, em especial os franceses, entendiam que a lei era suficiente para declarar o direito e garantir à igualdade e estabilidade, não cabendo aos juízes interpretá-las. Na França, a lei era suficiente para alcançar a estabilidade e a isonomia. Somente o poder legislativo poderia interpretar as leis. Dessa forma, criaram-se as Cortes de Cassação para punir os juízes que tentassem fazer sua própria interpretação da lei. Para eles só a lei era capaz de ser plena para resolver todos os problemas de sua sociedade.

E diz ainda, no *civil Law*, a jurisprudência não era fonte de direito, porque ao juiz era dado apenas aplicar a lei ao caso concreto. E tal aplicação era sempre *secundum legem*, nunca *praeter legem* ou mesmo *contra legem*.

Por isso não havia a cultura dos precedentes, pois o juiz deveria estar preocupado com a aplicação da lei ao caso concreto, e não com os precedentes, que serviam apenas de parâmetro de julgamento. Como se observa nas palavras de Marinoni:

A Revolução Francesa buscou quebrar com o Direito Comum e criar um Direito novo, para tutelar os interesses da burguesia. Os juízes pós-Revolução Francesa tinham ligações espúrias com o antigo regime. (MARINONI, 2011)

Montesquieu disse que o juiz seria um ser inanimado, que apenas reproduziria as palavras da lei (...) (MARINONI, 2011)

Já nos Estados Unidos, conforme MARINONI (2016), devido à influência da colonização inglesa, a cultura dos precedentes foi bem absorvida, e, com algumas alterações, tornou o sistema jurídico americano mais estável.

Lá o juiz tinha liberdade para interpretar a lei e não ser um mero reproduzidor daquela. No entanto, havia uma preocupação de respeitar os costumes como no direito inglês. Isso tornou seu sistema jurídico mais previsível e mais célere, já que muitas decisões relativas a casos idênticos eram resolvidas com aplicação de precedentes. E de outra forma, favoreceu também uma maior

segurança jurídica, já que a sociedade podia antever qual a aplicação jurídica seria dada a determinados comportamentos sociais. Mesmo que essa aplicação jurídica não partisse de leis imutáveis, que muitas vezes não acompanham a evolução social, como comumente ocorre com o sistema *civil Law*. É como se resume nas palavras de Marinoni:

Nos Estados Unidos a cultura de respeito aos precedentes, influenciada pelo *common Law*, chegou pela decorrência de três fatores: O princípio da isonomia perante as decisões judiciais; Necessidade de coerência do direito e necessidade de previsibilidade (segurança jurídica) (MARINONI, 2011)

Assim, essas importantes potências mundiais fizeram suas opções pelo sistema jurídico que acreditavam se adequar melhor as suas sociedades.

Os ingleses optaram pelo sistema jurídico baseado nos seus costumes e o respeito aos precedentes, procurando dessa forma manter uma coerência entre suas decisões e uma estabilidade sistemática, favorecendo dessa forma a segurança jurídica e isonomia, tendo em vista a previsibilidade das decisões.

Quanto aos franceses, certamente devido a instabilidade social que o país enfrentou neste século, levando a Revolução Francesa, passou a privilegiar o *civil Law*, a lei em detrimento dos costumes. Ou seja, nas palavras de MARINONI (2011), a lei era aplicada ao caso concreto e não criada partindo da situação fática, interpretando a lei em função desta. Havia uma estrita observação da lei, não cabendo interpretações diversas. O juiz deveria aplicá-la literalmente. Melhor dizendo, o juiz era um mero aplicador da lei. Dessa forma ficava muito difícil se mudar uma interpretação, já que isso só seria possível se a lei também mudasse.

Já nos Estados Unidos, diz MARINONI (2016), passou-se a ter um sistema mais influenciado pelo *common Law*, talvez pela questão da colonização inglesa. Embora também houvesse um forte respeito às leis, já que o sistema jurídico americano era regido por uma Constituição, havia uma maior liberdade de interpretação, que levavam a decisões novas, que se tornavam precedentes, aplicando-se a novas situações fáticas idênticas. Este sistema tinha uma vantagem em relação ao *civil Law* francês, pois embora fosse regido por leis, mantinha um respeito às decisões anteriores, isso por um lado mantinha uma uniformidade na jurisprudência e por outro a tornava flexível, possibilitando que o direito acompanhasse a evolução social com as suas inevitáveis alterações.

Entretanto, é importante frisar que, apesar de ter-se destacado de forma breve sobre o surgimento do *common Law* e *civil Law* nessas culturas, esses sistemas jurídicos se espalharam por diversos países, tanto o *common Law* de origem inglesa que se disseminou também pela Irlanda, Canadá, Austrália entre outros. Como o *civil Law*, que teve origem em Roma e se espalhou por muitas nações germânicas e latinas. E é importante destacar também que, atualmente, em muitos países esses institutos tem recebido influência um do outro, os do *common Law* têm dado mais importância a aplicação da lei e os do *civil Law* têm mudado um pouco a sua cultura sobre a aplicação dos precedentes.

2.2 OS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

É importante observar que no Brasil há muitos anos já existe a prática da aplicação dos precedentes, embora que não seja como no direito inglês ou americano que naturalmente tinham respeito pelas decisões anteriores. Aqui, o primeiro sinal da preocupação com a cultura da aplicação dos precedentes se deu com a Emenda Constitucional nº 45/2004, que incluiu em nosso ordenamento, os enunciados das súmulas vinculantes, categorizando-os como de atuação exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

No novo Código de Processo Civil Brasileiro os precedentes judiciais chegam com uma roupagem diferente da usada no *common Law*. Aqui, os julgadores não têm a cultura de respeito a decisões anteriores. Logo, o legislador do CPC 2015 tratou de tornar obrigatória a observação dos precedentes, que no caso serão as súmulas vinculantes dos tribunais superiores. Observação essa que não será apenas vertical, como se verá mais adiante, mais também horizontal, ou seja, esses precedentes deverão ser respeitados e uniformizados dentro dos próprios tribunais. Isso trará sem sombra de dúvida um grande avanço para o nosso sistema jurídico, tendo em vista um dos maiores problemas da justiça brasileira que é a liberdade que os nossos julgadores têm para julgar, causando inúmeras decisões díspares, muitas vezes dentro de um mesmo tribunal ou turma, causando total insegurança jurídica, conforme diz THEODORE JR., NUNES, BAHIA, PEDRON (2015)

Em face da pressuposição brasileira de que os Ministros (e juízes) devem possuir liberdade decisória, cria-se um quadro de 'anarquia

interpretativa' na qual nem mesmo se consegue respeitar a história institucional da solução de um caso dentro de um mesmo tribunal. (THEODORE JR., NUNES, BAHIA, PEDRON, 2015, p. 117)

Se a discussão, em outros sistemas, seria se o Tribunal respeita seus próprios entendimentos (vinculação horizontal) e se respeita os entendimentos dos Tribunais Superiores (vinculação vertical), aqui o desafio é o de perquirir, até mesmo, se o julgador respeita as suas próprias decisões, (...) (THEODORE JR., NUNES, BAHIA, PEDRON, 2015, p. 117)

No livro III, Título I, do novo CPC, os artigos 926/928 tratam dos precedentes judiciais, onde o legislador demonstra a sua preocupação com a criação desses precedentes, buscando um equilíbrio dos entendimentos jurisprudenciais, pois, além de determinar que os tribunais uniformizem suas jurisprudências, para que haja coerência entre as decisões, enfatiza também o cuidado para que não se passe a criar súmulas sem uma análise mais criteriosa. Como ocorre no § 2º do art. 926 onde proíbe a edição de súmulas que não se atenham aos detalhes fáticos do precedente que motivou a sua criação. Como bem observa (THEODORE JR., NUNES, BAHIA e PEDRON, 2015):

Os acórdãos, agora mais do que nunca, devem possuir uma linearidade argumentativa para que realmente possam ser percebidos como verdadeiros modelos (padrões) decisórios (standards) que gerariam estabilidade decisória, segurança jurídica, proteção da confiança e previsibilidade. (THEODORE JR., NUNES, BAHIA, PEDRON, 2015, p. 124)

Embora exista uma preocupação da doutrina com a aplicação do precedente de forma obrigatória no NCPC, o que certamente tiraria a capacidade de uma análise mais apurada de cada caso, verifica-se que essa aplicação não pode ocorrer de maneira banalizada, é preciso ser fundamentada e coerente. Como se verifica no art. 489, § 1º que diz “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:”, inciso V, “se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;” e inciso 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.” (DIDIER, JR. e RAVI PEIXOTO, 2015, p. 269/270)

Ou seja, como se pode ver no inciso VI, o julgador tem liberdade para julgar de forma diferente dos tribunais em alguns casos, desde que, ao entender que não cabe a aplicação de tal precedente, é preciso que ele fundamente que não o fez por se tratar de um caso de *distinguish* ou de *overruling*. Isso só vem confirmar as expectativas de Theodoro Jr:

O Novo CPC estabelecerá a necessidade de os juízes seguirem alguns dos entendimentos dos Tribunais Superiores, mas tal aplicação não pode se dar de modo mecânico nem impedir que o juízo prolator da decisão promova a possibilidade de melhoria do sistema, sob pena de reduzi-lo a um autômato. (THEODORE JR., NUNES, BAHIA, PEDRON, 2015, p. 127)

Já no § 4 do art. 927 nota-se mais uma vez a preocupação do legislador com a segurança jurídica e da isonomia quando fala que as modificações feitas em súmulas, jurisprudência pacificada ou teses adotadas em julgamentos de casos repetitivos deveram ter uma fundamentação adequada e específica.

De outra forma, para evitar a justificativa de desconhecimento da lei o § 5º diz que os tribunais deverão dar publicidade a seus precedentes organizados por questões jurídicas principalmente na rede mundial de computadores. Até porque é preciso que haja uma comunicação mais rápida e segura sobre os precedentes criados nos tribunais entre estes e o juízo de primeiro grau, para evitar o erro de ocorrerem dissensos entre suas decisões e principalmente para garantir a aplicação desses precedentes nos casos de julgamento liminar improcedente do pedido com fulcro nos incisos I, II, III e IV do art. 927, que contrariem súmulas do STF e do STJ, acórdãos do STF e STJ em julgamentos de casos repetitivos, entendimento firmado (precedente) em incidente de resolução de demandas repetitivas ou assunção de competência e enunciado de simula de tribunal de justiça. Isso, sem sombra de dúvidas, irá proporcionar uma maior celeridade a muitos processos de conhecimento, fortalecendo o combate a um dos maiores problemas do nosso sistema jurídico, que é a morosidade na tramitação dos processos devido aos inúmeros recursos que são interpostos.

O incidente de resolução de demandas repetitivas, acima citado, é uma das maiores novidades trazidas pelo novo CPC (arts. 927 a 928). Esse procedimento será admitido quando for identificada controvérsia que ocasionam a multiplicação de causas fundadas na mesma questão de direito, podendo provocar insegurança jurídica e ofensa à isonomia, já que podem ocorrer decisões conflitantes. O

incidente apresenta-se como método de solução de demandas iguais, em grande quantidade, e que, após o debate, chega-se a conclusão de que a possibilidade de que se repitam. Essa é mais uma medida tomada com o intuito de minimizar os efeitos decorrentes do excessivo número de processo em trâmite no Judiciário brasileiro e de dar um tratamento igualitário aos jurisdicionados.

No caso da repercussão geral, caso seja negada a existência da repercussão geral quanto ao recurso representativo da controvérsia, todos os recursos extraordinários com fundamento em controvérsia igual, sobrestados, serão automaticamente admitidos. Já se for admitido e julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

Situação parecida ocorre com o julgamento dos recursos especiais repetitivos. Cujo acórdão do julgamento do Recurso Extraordinário ou do Recurso Especial, servirá como embasamento para a admissibilidade de outros recursos que tratem da mesma questão e também para o julgamento de outros recursos ou causas cujos trâmites foram suspensos. Servirá também como parâmetro para o julgamento de todos os processos presentes e futuros, individuais ou coletivos que tratem de questão idêntica de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, conforme o art. 987, do NCPC, ou seja, vinculará os órgãos de primeiro grau e o próprio tribunal. Dessa forma, o acórdão passará a ser o precedente

Já no caso de assunção de competência, que é previsto no art. 959 do NCPC, é permitido que o relator submeta o julgamento de determinada causa ao órgão colegiado de maior abrangência dentro do tribunal, conforme dispuser o regimento interno. É preciso que a causa envolva relevante questão de direito, com grande repercussão social, de forma a justificar a apreciação pelo plenário, órgão especial ou outro órgão previsto no regimento interno para assumir a competência para julgamento do feito. E, de acordo com o NCPC, em qualquer recurso, na remessa necessária ou nas causas de competência originária, poderá ocorrer a instauração do incidente. Ou seja, a assunção de competência ocorre nos casos em que o julgamento de recurso, da remessa necessária ou de causa de competência originária tiver relação com relevante questão de direito, com

grande repercussão social, mas que diferentemente do IRDR, não necessita que haja repetição em diversos processos.

No entanto, os artigos mais importantes para a celeridade processual, que trata dos precedentes no (NCPC, 2015) são o Art. 332 e o 932, inciso IV, alínea a, b e c. O art. 332 discorre sobre improcedência liminar do pedido. Este artigo diz que nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz poderá, sem necessidade de citação do réu, julgar liminarmente pedido que contrarie súmulas do STF ou STJ; contrarie acórdão do STF e STJ em julgamento de recursos repetitivos e contrarie entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou assunção de competência.

Já o art. 932, no seu inciso IV, diz que incumbe ao relator negar recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio Tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de Recursos Repetitivos e c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

Analisando-se estes artigos, em especial os últimos, concluí-se que são essenciais para dinâmica de aplicação dos precedentes, haja vista que o art. 332 será primordial para a celeridade processual, já que o juiz poderá decidir o mérito de plano, nos casos em que o pedido contrarie os precedentes dos tribunais. E o art. 932, inciso IV, que por sua vez irá garantir a celeridade desejada pelo art. 332, ao deixar de receber recurso de apelação nesses casos. Inibindo assim as partes de impetrem uma enxurrada de recursos que comumente chegavam aos tribunais superiores, recursos estes que muitas vezes, eram interpostos com o único intuito de procrastinar a tramitação dos processos. E de outra forma, evitará que muitas ações cheguem sequer ao judiciário, já que os jurisdicionados, ao buscarem uma tutela jurídica, neste órgão julgador, já saberão se vale ou não a pena, buscar determinado direito, que já possui decisão pacificada nos tribunais superiores.

3 PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES

Existem alguns princípios constitucionais e processuais que estão intimamente ligados a aplicação dos precedentes, mormente no direito processual brasileiro. Já que, invariavelmente, ao se aplicar um precedente judicial a um determinado caso estará se privilegiando um desses princípios e mitigando outro.

Esse tipo de conflito ocorre rotineiramente na vida dos julgadores quando estão diante de um caso concreto e não deixaria de acontecer com a aplicação dos precedentes. Logo, os doutrinadores passam a tomar suas posições em relação a quais princípios deveriam prevalecer sob suas óticas. No entanto, como no Brasil não existe uma cultura forte de aplicação dos precedentes, e como esse assunto está sendo tratado no novo CPC de forma mais contundente, não há ainda uma definição sobre a posição majoritária entre estes doutrinadores. Por isso, procurou-se nesse capítulo, antes de entrar na discussão doutrinária sobre o assunto, falar, mesmo que de maneira sucinta, sobre cada princípio e sobre sua importância para o direito processual e para o jurisdicionado que necessita de uma tutela mais justa, célere e isonômica.

3.1 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Em relação ao princípio da segurança jurídica, DIDIER (2013) diz que esse princípio não deve assegurar o respeito só às decisões passadas, mas também assegurar as legítimas expectativas surgidas e as condutas adotadas a partir de um comportamento presente.

Ainda, segundo ele, quando se pretende garantir a segurança jurídica, não se deve respeitar apenas os precedentes judiciais, e os efeitos que lhe são atribuídos, mas principalmente que haja o dever de os tribunais superiores uniformizarem sua jurisprudência, evitando assim que dissemine teses jurídicas diferentes acerca de situações fáticas semelhantes.

DIDIER (2013) diz também que, o respeito aos precedentes garante ao jurisdicionado que a conduta por ele adotada com base na jurisprudência já consolidada não será julgada de forma diferente da que já vinha sendo adotada.

Para MARINONI (2015), a segurança jurídica no processo constitui direito à certeza, à estabilidade, à confiabilidade e à efetividade das situações jurídicas

processuais. Pois a segurança jurídica determina não só a segurança no processo, mas também a segurança pelo processo.

E MARINONI (2015), diz ainda que não adianta estruturar o processo para que nele haja segurança em uma perspectiva geral, como também não adianta um processo seguro se não houver segurança no resultado da prestação jurisdicional. E é por isso, segundo ele, que é imprescindível ao Estado Constitucional o respeito ao precedente judicial.

Segundo MARINONI (2015), a tarefa do legislador infraconstitucional, portanto, não está em determinar a vinculação aos precedentes judiciais, já que essa vinculação advém da própria Constituição, mas sim prever técnicas processuais para reconhecimento e aplicação dos precedentes judiciais em juízo.

Já para SANTO, (2014): a interpretação de modo uniforme das leis faz com que exista uma Ordem Jurídica mais coerente, mais uniforme, isso certamente dará maior segurança e previsibilidade aos jurisdicionados quanto à interpretação adotada pelo Judiciário.

Uma ordem onde cada juiz pode decidir como bem entender, sem se preocupar com a forma que o seu próprio tribunal está interpretando determinada norma e nos tribunais superiores, causa completa insegurança e insatisfação nos jurisdicionados e até injustiças sociais.

Dessa forma, pensa SANTO (2014), entende-se que o juiz tem autonomia para decidir, entretanto, esses também devem respeito às decisões dos tribunais superiores, e, esse respeito não viola a sua independência funcional, pois se deve atentar para o fato de que o juiz faz parte de um sistema, que é visto como um só Poder pela sociedade.

Daí depreende-se que a segurança jurídica tem sido um dos grandes problemas que tem enfrentado os jurisdicionados brasileiros. Tendo em vista os inúmeros casos em que a parte que pleiteia uma tutela jurídica, não tem a menor ideia se seu direito vai ser garantido materialmente, através da decisão processual.

Mesmo nos casos em que a parte já sabe haver decisões nos tribunais superiores sobre casos idênticos ao seu, ainda assim, pode ocorrer que seu processo venha a ser julgado por uma turma que entenda de forma diferente e indefira o seu pedido. E isso provoca um prejuízo enorme para a parte vencida,

que além de não ter seu pedido deferido, ainda vai ter que arcar com a sucumbência.

Dessa forma ocorre uma grande descrença do cidadão com o judiciário. Embora isso não impeça que a cada dia mais pessoas procurem a justiça para tentar resolver seus litígios, já que contam com a sorte de que seus processos cheguem às varas ou turmas dos tribunais que decidam favoravelmente aos seus pedidos.

Entende-se então que a vinculação aos precedentes garantirá o princípio da segurança jurídica, já que no novo CPC, havendo muitos casos idênticos, ao decidir sobre eles os tribunais superiores, deverão uniformizar sua jurisprudência para que os juízes e tribunais inferiores passem a julgar da mesma forma em relação a tais casos.

3.2 PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL

MARINONI (2015) diz que a relação entre a aspiração e a certeza de exigir ponderação e meditação do juiz, e a busca de rapidez na definição do litígio, é recorrente na história do processo. Para ele, em grande parte dos casos o autor pretende alterar uma situação que se estabilizou em favor do réu. Busca-se, nesses casos, reverter uma vantagem que está sendo usufruída pelo demandado. Logo, Por exemplo, quando o autor requer uma soma em dinheiro ou um bem móvel ou imóvel, quanto mais o processo dura mais o autor tem de esperar para obter o bem reivindicado e, em contrapartida, mais tempo o réu tem para usufruir o bem que está em sua esfera patrimonial. E assim, ele conclui, que o autor em razão é prejudicado na justiça, na mesma medida em que o réu sem razão é por ela beneficiado, devido a lentidão na tramitação do processo.

Ainda segundo MARINONI (2015), a morosidade do processo atinge de modo muito mais acentuado aqueles que têm menos recursos. Quando tais processos tratam de litígios envolvendo patrimônio, sua demora certamente pode ser compreendida como um custo, e esse é tanto mais árduo, quanto mais dependente o autor é do valor patrimonial buscado em juízo.

Por isso, diz MARINONI (2015), o autor de cuja vida depende do bem que está sendo discutido, pode ser levado a ceder a demora do processo, o que dá ao

réu condições para preparar estratégias de proteção, e dizendo de outra forma, a possibilidade desse abusar do seu direito de defesa.

Portanto, ainda segundo MARINONI (2015), a morosidade na tramitação desses processos prejudica a efetividade dos direitos fundamentais. E por isso é comum que aqueles que não desejam que esses direitos sejam efetivados, utilizem-se de manobras processuais, principalmente dos recursos, para alargar o tempo de demora dos processos.

Segundo SANTO (2014), o respeito aos precedentes poderá trazer maior agilidade ao Judiciário, levando em conta que permite que processos posteriores que tratam de situações idênticas sejam solucionados de forma mais rápida, pois o magistrado não terá necessidade de fazer uma análise mais aprofundada, já que aproveitará todo estudo já realizado pelos Tribunais superiores. Ao verificar que são situações idênticas o julgador aplicará o precedente, isso permite que o magistrado tenha mais tempo para se dedicar aos outros casos que necessitam de uma análise mais apurada, pois se trata de uma solução individualizada.

Para SANTO (2014) quando os tribunais inferiores estão obrigados a decidir de acordo com os tribunais superiores, como ocorre com a entrada em vigor do NCPC, os recursos apenas serão admitidos em casos excepcionais e a parte não se arriscará em levar o seu caso aos tribunais superiores sabendo que sua tese não prevalecerá.

E diz ainda que assim se evita o custo de ter que recorrer de uma decisão que será fatalmente reformada. A tutela do direito da parte poderá ser-lhe conferida, ou indeferida de plano, e isso abreviará o trâmite dos processos de forma sensível, dando maior celeridade ao judiciário e propiciando custos menores para a parte e para o próprio Judiciário.

SANTO (2014) observa que diferentemente do que ocorria com o sistema de Processo Civil Brasileiro anterior, que acabava estimulando a propositura de ações e a interposição de recursos, pois não existia unidade de interpretação da norma, muitas vezes num mesmo tribunal. Afirma também, que esse sistema favorecia uma maior criatividade judicial e o debate jurídico, que para alguns, colabora para a evolução do direito brasileiro, mas por outro lado provocava uma maior lentidão do Judiciário.

Dessa forma, entende-se que um dos principais problemas enfrentado atualmente pelo judiciário é o acúmulo de processos em suas varas e tribunais. Isso torna o judiciário lento e de outra forma impede que os julgadores façam um trabalho de interpretação mais apurado, já que é preciso que os processos tenham andamento, tendo em vista a necessidade de se respeitar outro princípio processual muito importante que é o da duração razoável do processo. E isso é extremamente angustiante, pois os magistrados muitas vezes são obrigados a fazer análises muito superficiais em determinados casos, devido a enorme demanda de processos que tem que ser enfrentada todos os dias.

Logo, com a vinculação aos precedentes, proposta pelo novo Código de Processo Civil, muitas ações passarão a ter uma tramitação mais rápida, já que as partes vencidas em primeira instância não se arriscarão a recorrer, sabendo que existem precedentes formados nos tribunais sobre determinados casos. Inclusive terão cautela mesmo para acionar o judiciário, tendo em vista que em algumas situações, como veremos mais adiante, o juiz poderá julgar improcedente o mérito do pedido de plano.

3.3 PRINCÍPIO DA ISONOMIA

DIDIER (2013) entende que é importante que se faça uma redefinição do princípio da igualdade, que não deve mais ser pensado apenas frente a lei, é preciso ser pensado como um ideal de isonomia frente ao direito. Ou seja, todos devem ser tratados de forma igual perante a norma jurídica.

E diz ainda, o princípio Constitucional da igualdade obriga tanto aos particulares como também ao poder público. Mas não deve ficar limitado ao exercício da função jurisdicional do tratamento isonômico das partes, é preciso pensar também no princípio isonômico perante as decisões judiciais. Tendo em vista que não se pode admitir como isonômica uma postura de um órgão do Estado que, diante de uma situação concreta, chega a um resultado e diante de outra situação completamente semelhante chega a uma solução diferente da primeira.

DIDIER (2013) afirma também que, de outra forma não se pode utilizar os precedentes de forma acrítica, sem que se faça a devida análise das circunstâncias do fato que o motivaram com as circunstâncias de fato verificadas

no caso concreto. Isso poderia violar o princípio da igualdade, tendo em vista que esse princípio abrange também um tratamento diferenciado quando se tratar de sujeitos ou circunstâncias diferenciadas.

Para MARINONI (2015) o processo justo visa a decisão justa e à formação de precedentes. E não há justiça se não há igualdade e unidade na aplicação do Direito pelo processo. Segundo ele o processo tem de se estruturar com técnicas capazes de promover a igualdade de todos perante a ordem jurídica. Logo, a igualdade pelo processo, que é a igualdade diante dos resultados produzidos pelo processo, leva a adoção de um sistema de precedentes obrigatórios. Por isso, só há sentido em preocupar-se com a igualdade no processo se nos preocuparmos igualmente com a igualdade pelo processo, o meio serve ao fim e ambos devem ser pensados na perspectiva da igualdade.

Para SANTO (2014) no Brasil é comum entre os profissionais do Direito a afirmação de que a parte teve “sorte” ou “azar” na distribuição do feito para determinado Juiz ou Turma. Isso atualmente tem se chamado de justiça lotérica pelos críticos do antigo sistema jurídico. E isso ocorre porque os juízes brasileiros costumam proferir decisões diferentes para processos que tratam de situações iguais. E essas decisões com base no princípio do livre convencimento motivado do julgador provocam um tratamento desigual para casos semelhantes. Já que a aplicação da lei poderá acabar sendo desigual, a depender da interpretação de cada julgador. No entanto, isso só poderá ocorrer agora se a sua decisão for muito bem fundamentada.

E diz ainda que tal situação acaba por ferir o princípio da igualdade, previsto constitucionalmente no art. 5º da Constituição Federal, pois os jurisdicionados recebem tratamento desigual, mesmo que busquem tutela de direito idênticas junto ao mesmo juízo, causando uma imensa insatisfação social. Além disso, esses casos de julgamentos em que as partes são tratadas de forma desigual indicam que ocorre uma arbitrariedade ou imparcialidade por parte dos julgadores.

Dessas colocações pode-se entender que o princípio da isonomia está intimamente ligado ao princípio da segurança jurídica. Logo, a aplicação dos precedentes judiciais ao garantir a uniformização das decisões nos tribunais e a vinculação a essas decisões tanto vertical como horizontalmente, sem sombra de

dúvidas estará prestigiando o princípio da isonomia, pois tratará casos iguais de formas iguais. Embora que leve certo tempo, já que para que se criem precedentes, no nosso sistema jurídico, com o novo CPC é preciso que ocorram várias decisões idênticas para casos idênticos, para que os tribunais formem os seus precedentes

3.4 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DO JUIZ

Para MARINONI (2014), no que trata da autonomia do juiz, ele diz que embora o juiz tenha liberdade de julgar de acordo com a sua interpretação da lei, ele deve fundamentar a decisão judicial de forma adequada como forma de respeito. Pois mostra para as partes, que o caso delas foi devidamente julgado, diferente do acontece muitas vezes quando o juiz, devido ao acúmulo de trabalho, faz decisões genéricas, sem fundamentar sua decisão.

MARINONI (2014) diz também que, com a imposição da força dos precedentes, os juízes ou órgãos colegiados que decidirem casos iguais ou similares de forma diferente, certamente serão vistos como parciais e serão criticados por colegas, por advogados e pela própria doutrina, já que é necessário que haja imparcialidade na decisão destes julgadores. Ou seja, o juiz sujeito a um precedente, por estar submetido à norma judicial universalizante não pode tomar em conta fatores pessoais na hora de decidir.

E diz ainda que a própria justificativa do precedente, pela qual se deve levar em conta aspectos objetivos em relação aos quais para que a solução do caso concreto tenha validade, inibe o juiz de decidir a partir de critérios parciais ou pessoais, isto é que decorram de uma visão subjetiva e particular do caso concreto.

Sobre o princípio da autonomia do juiz, SANTO (2014) sustenta que, obrigar o juiz a decidir de acordo com um precedente violaria a sua independência. No entanto, ser independente no sistema jurídico brasileiro não significa simplesmente poder interpretar a lei da maneira que achar correta, mas sim interpretá-la e na hora de aplicar o seu entendimento fazê-lo de forma fundamentada.

E continua: No nosso sistema, de tradição romano-germânica, o juiz poderá dar significado à Lei, interpretando-a da sua forma, ainda que exista

posicionamento reiterado em outro sentido, fixado pelo tribunal. E, para alguns doutrinadores isso não violaria o direito da parte, pois esta tem à sua disposição os recursos e outros meios de impugnação das decisões judiciais.

Para SANTO (2014), a questão da vinculação dos precedentes coloca em confronto a garantia do exercício autônomo da magistratura e o princípio da isonomia quando se analisa a necessidade dos jurisdicionados de obter do Judiciário uma resposta uniforme quanto a uma determinada questão jurídica controvertida, diante de casos semelhantes.

Ou seja, para ela, invocar a independência funcional para justificar decisões díspares para casos semelhantes, sem uma boa fundamentação, é como concordar que possam ser prolatadas decisões diferentes, pelo mesmo poder judiciário para pessoas iguais, com pedidos iguais ou com a existência de várias normas aplicáveis a uma mesma situação.

Na realidade, segundo SANTO (2014), o objetivo da vinculação dos precedentes não é subordinar um juiz inferior a um superior, mas fazer com que o Judiciário como um todo respeite os seus precedentes, uniformizando as decisões num determinado sentido.

SANTO (2014) diz que poderia se questionar se o fato de o juiz inferior não poder revogar o precedente, violaria a sua autonomia, mas isso faz parte da estrutura de um sistema que consagra o duplo grau de jurisdição. Assim como o juiz de primeiro grau pode ter a sua decisão reformada por um tribunal superior, pode-se determinar que desde já os precedentes daquela Corte sejam respeitados.

E diz ainda que a jurisdição é una, os juízes e tribunais compõem uma só estrutura, portanto, o Judiciário poderá fixar o seu entendimento a respeito da interpretação de uma lei, prestando a tutela jurisdicional com uma maior coerência, oferecendo à sociedade uma só resposta para a questão posta em juízo.

Entende-se dessa forma que esse princípio será o mais atingido com a obrigação de vinculação aos precedentes judiciais, pois, os juízes terão sua liberdade de julgar de acordo com seu entendimento e seus valores bastante reduzida, tendo em vista que terão que seguir os precedentes judiciais formados nos tribunais, em suas decisões, em respeito vinculação vertical.

No entanto, esses julgadores passarão a ficar menos sobrecarregados com o grande número de processos, já que a grande maioria das ações que tramitam no judiciário trata de casos idênticos. E aplicando os precedentes nessas situações os juízes poderão dinamizar o seu trabalho sem se preocupar com decisões mais qualitativas, tendo em vista que o trabalho hermenêutico já foi realizado pelos tribunais superiores.

3.5 PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JULGADOR

DIDIER (2013) entende que precisamos redimensionar a importância da motivação de uma decisão, considerando que o precedente, hoje, possui uma eficácia normativa indiscutível no nosso sistema jurídico. E diz também que num sistema de aplicação de precedentes a motivação é essencial, porque é nela que se encontra o precedente. Portanto é necessário que seja exigida maior qualidade na fundamentação dos atos decisórios.

Ainda segundo DIDIER (2013) não há mais como se admitir como fundamento de uma decisão repetir apenas termos postos na lei ou ementa e jurisprudências ou entendimentos doutrinários. Já que com o sistema de precedentes a fundamentação não serve apenas para as partes envolvidas naquele processo específico. Essa fundamentação também vai servir de modelo de conduta, mesmo para aqueles que não participaram desse processo, pois que posteriormente eles poderão invocar uma fundamentação para justificar e legitimar a sua conduta presente.

SANTO (2014) diz que conforme o art.93 IX CF/88 no livre convencimento motivado do juiz; não é aceita hierarquia absoluta de provas, podendo o julgador escolher qualquer uma, desde que demonstre a motivação que o levou a tal escolha. Assim, entende-se que no nosso sistema jurídico, o sistema de valoração de provas é o de livre convencimento motivado do juízo, no qual o juiz pode e deve decidir de acordo com a sua consciência, mas desde que a mesma seja motivada se valendo das provas presentes no processo, de forma racional e usando sempre que possível a lei para justificar suas decisões.

Diz ainda que a livre motivação no NCPC, (art. 489, § 1º, do CPC/2015) não impede que o juiz tenha liberdade para valorar a prova. A autonomia para valorar a prova continua, o que mudou foi que agora as razões para a escolha dessas

provas tem que ser motivada e a motivação e valoração são elementos diferentes. A regra deste artigo trata então da motivação, logo a valoração da prova continua livre.

Ou seja, para SANTO (2016) o juiz continuará tendo autonomia na valoração da prova, sendo que de forma motivada, podendo dessa forma, interpretar um caso de forma diferente de um precedente existente usando sua liberdade de convicção, desde que para isso o faça de maneira motivada, através do que se chama no *common Law* de *distinguish*. Observando-se assim que o NCPC tratou apenas de disciplinar melhor o método do trabalho do julgador e não o fim da autonomia do julgamento.

Dessa forma, pode-se notar que a decisão de um juiz muitas vezes ainda poderá ser diferente das de outros. Até porque a obrigação de seguir os precedentes dos tribunais não vai ocorrer em todos os casos enfrentados pelos julgadores. Dessa forma, ele continuará a ter liberdade de valorar as provas que entender melhor, desde que para isso decida de forma fundamentada usando a técnica adequada para distinguir o caso enfrentado do precedente aplicado.

4 DA DIVERGÊNCIA DA APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES

Um dos pontos mais conflituosos sobre a aplicação dos precedentes, bastante discutido entre os doutrinadores é a questão do conflito de princípios a que se leva esta aplicação.

De um lado há os que defendem a vinculação aos precedentes como garantia do princípio da isonomia e da segurança jurídica, outros acreditam que um dos princípios norteadores do processo que seria privilegiado com essa novidade no NCPC, seria o princípio da celeridade processual, já que haveria uma economia processual indiscutível na duração dos processos, já que, havendo precedente uniformizado nos tribunais superiores se evitaria a enxurrada de recursos desnecessários – principais antagonistas da duração razoável do processo.

Entretanto, alguns doutrinadores questionam a aplicação dos precedentes no nosso sistema jurídico, tendo em vista que há um choque direto com um dos princípios basilares da nossa jurisdição, que é o do livre convencimento motivado do juiz. Onde o julgador tem liberdade para fazer sua própria interpretação da norma e sua aplicação ao caso concreto, tendo como base a sua livre convicção na apreciação das provas. Ou seja, para esses críticos os juízes são, a partir da entrada em vigor do NCPC, meros cumpridores dos precedentes criados pelos tribunais superiores.

Questiona-se também até que ponto a obrigatoriedade da aplicação do precedente poderia dificultar a mudança do entendimento judicial, ainda que de forma fundamentada.

A obrigatoriedade da vinculação dos precedentes poderá interferir na criatividade do julgador, na medida em que o juiz não poderá inovar nas suas decisões. Diz-se que os magistrados poderão ser impedidos de demonstrar a sua mudança de entendimento diante das mudanças sociais e decidir sobre determinada questão jurídica da forma que, no momento, acha mais adequada para aquele contexto social. A obrigatoriedade do precedente poderia engessar a jurisprudência, impedindo a evolução do direito no decorrer do tempo o que o tornaria inadequado as novas realidades sociais.

No entanto, como se verá mais adiante, a solução para essa questão está nas técnicas para superação dos precedentes, como ocorre com os sistemas que adotam o sistema *common Law*, através do *overruling*, através do *overruling*.

Logo, assim como ocorre com as leis, os precedentes também poderão ser revogados gradativamente, para que acompanhem a evolução da sociedade, permitindo o desenvolvimento do direito.

A obrigatoriedade dos precedentes não significa que eles serão imutáveis, pois, como no *common Law*, eles poderão ser modificados, por várias razões como, por exemplo, da transformação dos valores, da evolução da ciência ou do surgimento de tecnologias novas.

4.1 DAS CRÍTICAS A FAVOR E CONTRA OS PRECEDENTES

A aplicação dos precedentes judiciais é um tema que vem sendo discutido muito antes mesmo da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil. Um dos defensores dessa técnica de julgamento é Luiz Guilherme Marinoni. Para ele, a aplicação dos precedentes judiciais é imprescindível na prolação de decisões isonômicas. Como se pode ver na sua fala:

O principal fundamento de um sistema de precedentes obrigatórios está na igualdade de todos perante o direito. O Estado Constitucional não apenas proclama e incentiva a igualdade nas relações sociais, mas tutela a igualdade. De lado a questão do dever de editar normas que assegurem tratamento igualitário, inclusive na proporção das desigualdades, é certo que o Estado, para tutelar a igualdade, não pode admitir tratamento desigual em processo em que exerce o seu poder nem procedimento e técnicas que privilegiem determinadas posições sociais, como, por razões que deveriam ser ainda mais óbvias, não pode produzir Direito (ainda que mediante os juízes) que expresse tratamento desigual a situações idênticas. (MARINONI, 2014, p. 98)

E diz ainda:

Não há direito coerente num Estado em que os seus juízes pensam ter liberdade para formular normas jurídicas desiguais para casos iguais ou similares. Daí a importância de os doutrinadores e de os juízes, promotores e advogados tomarem consciência de que não é mais possível conviver com múltiplas decisões para casos que exigem a mesma resposta, sobretudo quando essa resposta já foi elaborada pela Corte Suprema incumbida pela Constituição Federal a tanto. (MARINONI, 2014, 98)

Quanto à segurança jurídica, MARINONI (2014) afirma que as diversas interpretações que os julgadores fazem a respeito de um mesmo texto legal é o que causa a insegurança jurídica produzida pelo judiciário: “A estabilidade não se separa do direito produzido pelo Judiciário. A variação frívola do que o Judiciário diz acerca de um texto legal contradiz a segurança jurídica.”

Já em relação ao princípio do livre convencimento do juiz, Marinoni parece deixar claro que, apesar da liberdade que o Juiz tem para fazer a sua própria interpretação da lei, só quem pode dar unidade as interpretações feitas da lei é a Corte Suprema:

A decisão judicial, não só pela circunstância de que resulta de uma atividade interpretativa que contém valorações e decisões de conteúdos externos ao texto da lei, mas também diante das regras legais que convidam o juiz à sua concretização segundo as circunstâncias do caso e da imprescindibilidade de a lei ser conformada aos ditados da Constituição, certamente agrega sentido ou substância à ordem legislativa. Essa, em outras palavras, não é suficiente para orientar a sociedade ou, bem vistas às coisas, para sozinha espelhar o direito que conduz a vida social. O direito precisa de algo mais: necessita da colaboração do Judiciário. (MARINONI, 2014, p. 99)

Contudo, ainda segundo MARINONI (2014), “se todos os juízes têm poder para proclamar esse “algo mais” ou o direito que não se limita ao sentido exato da lei, só uma Corte de Vértice pode ter a função de defini-lo e desenvolvê-lo.” Logo, diz MARINONI (2014), os juízes e os tribunais inferiores têm a função de resolver os casos e, apenas antes da pronúncia da Suprema Corte, dizer sobre o sentido de uma questão de direito federal ou sobre a interpretação de um texto legal. No entanto, a função de dar unidade aqueles textos acrescidos a lei, nas decisões de tais juízes e tribunais cabe somente a Corte Suprema.

Fredie Didier Junior, membro da comissão que criou o novo Código de Processo Civil, entende que os juízes de primeiro grau não serão prejudicados em sua liberdade de interpretação, mesmo tendo que seguir a jurisprudência dos Tribunais:

(...) Acho que não. Por duas razões, primeiro porque sempre caberá ao juiz dizer se o caso merece ou não a aplicação daquele entendimento [dos tribunais superiores]. E, segundo, porque sempre será possível superá-lo, desde que haja novo argumento. O que não dá é para um juiz, diante de um entendimento já consolidado nos tribunais superiores, sem razões novas de superação e sem distinção, deixe de aplicar a jurisprudência,

porque pensa diferente. Isto é simplesmente inadmissível. O cidadão será tratado com desigualdade, forçando a recorrer e a gastar mais dinheiro. (DIDIER JR., 2014)

Interrogado sobre se essa vinculação aos precedentes valoriza o primeiro grau, respondeu:

(...) Valoriza as decisões judiciais. Os cidadãos poderão confiar mais na Justiça. Se estou numa situação semelhante à de outra pessoa, seremos tratados da mesma maneira. Para o bem, ou para o mal, perdendo ou ganhando. O que não pode é ser uma loteria, como é hoje. (DIDIER JR., 2014)

É opinião majoritária na doutrina brasileira que uma das principais colaborações da vinculação aos precedentes dos Tribunais é a celeridade processual. Isso por si só já é uma razão para se comemorar a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil. Tendo em vista que o Brasil é notoriamente um país litigante e, por isso, nossos Tribunais vivem assoberbados de Ações Judiciais.

Francisco Glauber Pessoa Alves trata dessa superlotação de processos no judiciário brasileiro:

Enquanto no Brasil qualquer processo pode chegar ao STF, e eles chegam aos milhares, o professor da Universidade de Cambridge, Inglaterra, Neil Andrews, destacou a pouca acessibilidade das partes à Suprema Corte do Reino Unido (sucessora da *House of Lords*), onde é preciso uma *permissão* (isso mesmo: uma permissão!) para recorrer: *Não existe o direito de se interpor um recurso perante a Suprema Corte. Desde 1934, de fato, a House of Lords passou a empregar um método de autoproteção: a necessidade de que o recorrente obtenha uma licença para recorrer, hoje chamada de permissão. A prática sobrevive. E então, muito provavelmente, a Suprema corte, como a sua antecessora, a House of Lords, não julgarão mais que 80 recursos por ano. A Suprema Corte normalmente decide quais casos pretende julgar, a não ser que o Tribunal a quo haja concedido a permissão. Todos os pedidos de permissão são recebidos e avaliados, se feitos por escrito. Mas pode haver um momento oral. A permissão pode ser limitada a questões específicas. Se a permissão não é concedida, dão-se razões meramente formais.* (ALVES, 2015, p. 66)

De outra forma, Glauber também questiona a importação de modelos de análise processuais adotados pelo NCPD, principalmente do que trata da fundamentação das decisões. Já que isso conflita com o princípio constitucional da razoável duração do processo e da celeridade processual:

(...) Ou seja, a importação de modelos alienígenas não pode ser feita de forma açodada, sem amadurecimento e, mesmo, averiguação de conformação com a realidade brasileira. Sendo princípio constitucional expresso e, portanto, de irrenunciável magnitude (inc. LXXVIII do art. 5º: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação), é preferível ao Judiciário dar vazão à demanda crescente de causas, por menos perfeitas que sejam as decisões judiciais que não atendam plenamente os anseios buscados por parcela da doutrina, ou fixar outro ponto de estrangulamento da atividade processual? (ALVES, 2015, p. 66)

Ainda, fazendo uma análise crítica quanto à necessidade de celeridade processual no nosso sistema jurídico, diz:

Decisões com o grau de perfeição exigido pela doutrina mais exigente atrasarão, em muito mais do que se pensa, a pacificação social a partir do processo. Se ao juiz europeu, com menor demanda que o brasileiro, é dado exigir uma fundamentação de maior conteúdo, não se pode exigir ao juiz brasileiro, com o volume que lhe é submetido a julgamento, o mesmo grau de exigência. Realidades distintas, parâmetros distintos, adequações necessárias. (IDEM, 2015, p. 66)

No entanto, existem outros críticos que são contra a vinculação dos precedentes no nosso sistema jurídico. Um deles é Lenio Luiz Streck,

Streck critica a aplicação dos precedentes judiciais vinculantes no sistema jurídico brasileiro:

(...) Poder-se-ia alegar, em favor do projeto, que este tenta resolver o problema da litigiosidade repetitiva, com o reforço do modelo de padronização decisória, que faz crer que os litígios devam ser exterminados, após o proferimento de uma decisão modelar proferida por tribunais, sem que se perceba a completa ausência de uma teoria apta para a interpretação/aplicação dessa “padronização”. (STRECK, 2013)

E continua:

(...) como se fosse possível a uma lei — e agora, especialmente a uma Súmula ou a uma ementa jurisprudencial — prever todas as hipóteses de aplicação de forma antecipada. Ou seja, para os autores do projeto, os conceitos podem abranger todas as hipóteses de aplicação (...) (STRECK, 2013)

Streck critica quem defende unicamente a celeridade processual:

No âmago, o discurso da grande maioria dos processualistas se cinge a defesa do aumento da produtividade e da celeridade processual, esquecendo-se que o processo civil brasileiro não serve somente para resolução de conflitos privados e patrimoniais, mas também viabiliza o aferimento de direitos fundamentais básicos. (STRECK, 2013)

Por fim Streck demonstra sua insatisfação pela prevalência da celeridade em prol da decisão mais fundamentada onde o juiz possa ter o seu livre convencimento das provas diante do fato concreto, sem ter que ficar preso a decisões pré-estabelecidas:

Quero saber se estamos dispostos a sacrificar a qualidade das decisões em prol da quantidade (não que, hoje, tenhamos isso). O que quero dizer é que um novo CPC deveria se preocupar com efetividades qualitativas, já que as efetividades quantitativas são decorrência. A recíproca, entretanto, nem de longe é verdadeira. (STRECK, 2013)

Logo, embora existam muitos outros autores que discutam atualmente sobre a aplicação dos precedentes no sistema jurídico brasileiro, analisando as declarações anteriormente citadas, já dá para perceber que o cerne de tais discussões gira em torno da afetação de alguns princípios, quando da aplicação dos precedentes, na medida em que se aplicam os precedentes judiciais: De um lado o princípio da isonomia, o princípio da economia processual e o da celeridade processual, do outro, os princípios da livre convicção e o princípio da motivação judicial. Dessa forma, diante das divergências de opiniões sobre quais princípios são mais importantes para o nosso sistema jurídico, especialmente em relação ao processo civil, no capítulo seguinte, mostraremos que através da aplicação da proporcionalidade e da ponderação e da teoria do peso de Alexy, é possível concluir que os princípios que sofrem influência positiva, quando da aplicação dos precedentes, trazem muito mais benefícios para a sociedade, do que a sua não aplicação.

4.2 DA PROPORCIONALIDADE E PONDERAÇÃO

Conforme coloca JÚDICE (2007), para Robert Alexy, a ponderação é um método representado pela aplicação de um dos elementos parciais da proporcionalidade, a proporcionalidade em sentido estrito. Para chegar nela, contudo, é imperioso percorrer o caminho dos outros elementos da proporcionalidade – adequação e necessidade.

Segundo ela um dos mais importantes princípios consagrados pelo pós-positivismo foi o princípio da proporcionalidade, pois exerce papel imprescindível na proteção dos direitos fundamentais, já que a harmonia entre os direitos

fundamentais só pode ser alcançada através da aplicação da proporcionalidade, uma vez que quem precisa interpretar a nossa constituição tem que enfrentar um conjunto de direitos e garantias imenso, causando constantemente conflitos entre princípios. A melhor forma para tentar resolver esses conflitos é através da utilização da proporcionalidade.

Para JÚDICE (2007), Alexy procura dar resposta a essas indagações de forma científica, defendendo que os direitos fundamentais possuem caráter de princípios e, devido a isso, entram constantemente em conflito, sendo necessária, uma análise ponderada para escolher um entre eles. Para isso, considera os princípios como um mundo de dever ser ideal, isto é, não diz como as coisas são, mas como deveriam ser, com o objetivo de evitar contradições.

Logo, JÚDICE (2007) entende que quando numa análise de uma situação fática, algum julgador faz uso da ponderação, inevitavelmente ele está enfrentando uma questão de conflito entre princípios. De outra forma, quando no caso concreto se analisa qual norma deve ser aplicada, já não se usará a ponderação e sim a escolha de uma em detrimento de outra, tendo em vista que dependendo do contexto fático, já existem normas jurídicas previamente estabelecidas para aquele determinado caso, que poderão ser aplicadas ou não.

E diz ainda que para Alexy as regras estão dentro do mundo juridicamente existente e válido, e os princípios estão no mundo do possível. E, quando ocorre um conflito de regras, uma elimina a outra por uma questão de invalidade. Já na colisão entre princípios, um afasta o outro no momento de resolver uma questão fática, quando a possibilidade de aplicação jurídica de um deles for maior do que a do outro.

Para LIMA (2014) a ponderação é uma avaliação de como se fará a aplicação de princípios dentro das possibilidades apresentadas, já que essa aplicação vai depender da influência que um princípio vai provocar sobre o outro que a este se opõe. Foi a partir da observação desse fenômeno que ocorria nas decisões do Tribunal Constitucional da Alemanha que Alexy formulou uma lei que segundo ele deveria se aplicar a todas as ponderações entre princípios, a chamada “lei da ponderação”, que prescreve que quanto maior é o grau da não satisfação de um princípio, maior deve ser a importância da satisfação do outro.

LIMA (2014) diz também que Habermas, um dos críticos das teorias de Alexy, defende que normas se diferenciam dos valores na medida em que estas obrigam a todos, enquanto que os valores são preferências subjetivas que podem ser aplicadas com um fim direcionado. Logo, as normas devem ser entendidas como algo que deve ser aplicado a todos, enquanto que os valores têm seu sentido adotado apenas por certos grupos. E diz que as normas não podem entrar em contradição, pois para terem validade precisam estar sistematizadas, já os valores podem entrar em conflito entre si convivendo com diversas tensões. Conforme se pode compreender nas palavras do próprio autor:

Normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; em terceiro lugar, através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa e, em quarto lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer. Por se distinguirem segundo essas qualidades lógicas, eles não podem ser aplicados da mesma maneira. (LIMA, 2004)

Como bem coloca LIMA (2004), ao responder a crítica de Habermas, Alexy diz que a ponderação pode ser empregada de forma racional, já que a lei da ponderação expressa os graus de afetação entre os direitos que estão em discussão, através da exigência de que as razões que justificam uma intervenção tem que ser tanto maior quanto mais forte seja a intervenção.

Sendo assim, compreende-se que quando ocorre um conflito entre direitos fundamentais, ocorre também um conflito entre princípios. E, nesse momento, não há como resolver esse embate através de aplicação de normas. Logo, a melhor forma de resolver esse conflito seria através da ponderação para tentar descobrir em qual proporção um princípio poderia ser afastado para aplicação do outro, visando se oferecer uma tutela jurídica, se não mais justa, mais favorável a pretensão das partes litigantes.

4.3 DA APLICAÇÃO DA TEORIA DOS PESOS DE ALEXY

LIMA (2004) diz, que Alexy “procurou definir o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio e, em seguida, a importância do cumprimento do outro. Este modelo é contemplado com a utilização de pelo menos dois graus, um leve e um grave.” Na sua concepção da fórmula, no entanto, Alexy parte da utilização de uma “escalação triádica”, que oferece os graus “leve”, “médio” e “grave”. Estes graus, de acordo com LIMA (2004), são utilizados para descrever a intensidade da atuação do intérprete em um princípio, seja para expor a intervenção ou a importância de realização. Aqui, o termo “intervenção” serve tanto para os princípios que exigem uma ação positiva, quanto para os princípios que exigem uma omissão.

Para tentar entender como ocorre à aplicação da fórmula do peso de Alexy, fez-se um resumo acerca dessa técnica através do que ensina Guerra (2016), quando diz que: para Alexy “Quanto maior for o grau de interferência em um princípio (Pi), maior deve ser a importância em se realizar um outro princípio (Pj).” (Guerra, 2016)

Segundo esse princípio, GUERRA (2016) diz que se deve atribuir pesos ou grandezas distintas a estes princípios, de modo que se possa estabelecer qual o mais preponderante na situação em que eles entram em conflito:

Isto quer dizer que, numa discussão sobre ser ou não ser um dos princípios em conflito mais preponderante do que outro, um dos pontos a serem necessariamente enfrentados, como objeto dessa discussão, é o grau de interferência que a realização de um princípio causa no outro e, vice-versa, o grau de interferência sofrida pelo primeiro com a realização do segundo (mesmo que tal realização consista apenas na omissão em se realizar o primeiro, em nome da defesa do segundo). (GUERRA, 2016)

Alexy faz a seguinte citação como exemplo de aplicação concreta da fórmula do peso:

Um juiz absolutamente incompetente a concessão de uma medida urgente, a qual, nesse caso, só terá utilidade se for concedida de imediato. Assim a concessão da medida requerida, pelo juiz incompetente realiza o valor da efetividade, mas causa uma interferência no valor, igualmente constitucional do juiz natural. Por outro lado, a não concessão da medida requerida preserva o princípio do juiz natural, mas causa uma interferência no princípio da efetividade. (GUERRA, 2016)

Segundo GUERRA (2016), essa é uma situação hipotética da aplicação da fórmula do peso. Através da qual o julgador precisa fazer os seguintes

questionamentos: Qual o peso abstrato que se deve aplicar ao princípio do juiz natural; qual o peso abstrato que se deve aplicar ao princípio da efetividade; qual o grau de interferência que ao conceder a medida se fará ao princípio do juiz natural; qual o grau de interferência que a não concessão da medida provocará no princípio da efetividade.

De outra forma, como diz LIMA (2004), Se os pesos, na hora da ponderação forem iguais, eles não devem ser considerados, porque dessa forma não haverá interferência na decisão final.

Para LIMA (2004), esta é uma espécie de resposta de Alexy à crítica formulada por Habermas, Quando ele apresenta este trabalho, através do qual, mostra uma construção de uma fórmula muito bem esquematizada, “o que leva Cláudio Pereira de Souza Neto a afirmar que ela “tem o mérito inegável de chamar a atenção do aplicador do direito para aquilo que efetivamente deve ser considerado na atividade de ponderação”, pois, ao excluir a aplicação intuitiva, explicita as questões que abordou e fortalece a racionalidade da atividade da ponderação.

Levando em consideração esse raciocínio e trazendo para o contexto deste trabalho, ficam as perguntas: Qual o peso abstrato dos princípios da isonomia, da segurança jurídica e da celeridade processual? Qual o peso abstrato dos princípios da livre convicção e da motivação judicial? Qual o grau de interferência que a aplicação dos precedentes vinculantes, que teoricamente garante os três primeiros princípios, traz aos princípios da livre convicção do juiz e da motivação judicial? É qual o grau de interferência que a não aplicação dos precedentes vinculantes traz aos princípios da isonomia segurança jurídica e da celeridade processual?

Logo, como bem coloca Alexy, é preciso que se utilize a ponderação quando se enfrenta uma colisão de princípios. Que é o que ocorre na situação hipotética apresentada anteriormente. Assim, ponderando entre os princípios relatados, entende-se que existe uma diferença de peso enorme dos três (celeridade, isonomia e segurança jurídica) em relação aos dois (livre convencimento motivado e o da autonomia do juiz). Dessa forma, seguindo a linha de pensamento de Alexy é preciso que se afastem os dois últimos princípios em prol dos três primeiros. E o que embasa essa ponderação de que os três primeiros

têm um peso maior, além de serem dois contra um, é que estes trazem benefícios diretos para milhões de litigantes, enquanto que os dois últimos trazem benefícios apenas para um, a figura do julgador.

5 CONCLUSÃO

Os precedentes judiciais tiveram origem nas cortes inglesas no sistema do *common Law* e daí se espalharam por diversos países do mundo. Já o *civil Law* surgido no Império romano se espalhou também por diversos países. Muitos desses países passaram por diversas transformações políticas, econômicas e Sociais. E devido a isso tiveram que adaptar os seus sistemas jurídicos da melhor forma possível, para tentar enfrentar os problemas ocasionados inevitavelmente por esses avanços. Essa adaptação levou esses grandes sistemas jurídicos a sofrerem influência um dos outros, gradativamente.

Assim como ocorreu com esses países, o sistema jurídico brasileiro passou a sofrer com os mesmos problemas ocasionados pela evolução da sociedade, e, por isso, não poderia deixar de sofrer tais influências. Diante disso o legislador buscou através do Novo Código de Processo Civil importar algumas aplicações jurídicas originariamente do sistema *common Law*. Assim, entre outras mudanças, a cultura de aplicação dos precedentes, sem dúvida, é a mais contundente e mais transformadora. E é essa aplicação que se resolveu estudar nesse trabalho.

Durante tudo o que já foi apresentado fica claro que no Brasil existe uma grande resistência quanto à vinculação aos precedentes dos tribunais. Ou de outra forma, diferentemente do que ocorre com os países cujo sistema jurídico é o *common Law*, aqui no Brasil não existe respeito por decisões anteriores. Cada julgador ao enfrentar o caso concreto faz uso da sua liberdade de convencimento e da sua autonomia para chegar a uma decisão que acredita ser a mais justa para os litigantes.

No entanto, como já foi visto, esse comportamento comum no nosso sistema jurídico causa muitos problemas aos jurisdicionados que têm que enfrentar o que alguns chamam de justiça lotérica, tendo em vista que precisam contar com a sorte para que seus processos cheguem a varas ou turmas dos tribunais, cujas decisões lhe sejam favoráveis, causando completa insegurança jurídica. E essa insegurança jurídica faz com que o cidadão tenha cada vez mais descrença no judiciário. E ainda ajuda a provocar outro sério problema para os tribunais, que é a enxurrada de recursos que lá chegam, quando as partes que tentaram ver seu direito garantido no primeiro grau e sabem que no tribunal,

diferentemente do primeiro grau lhe é favorável, recorrem porque sabem que terão a sua decisão reformada.

De outra forma, outro grande problema que afeta o sistema jurídico brasileiro é a lentidão na tramitação dos processos que ocasionam a superlotação de processos nas varas e nos tribunais. Conforme também observado nas citações de alguns juristas e juízes aqui apresentadas. Que entre outras coisas, informou que o Brasil é um país muito litigante, e que essa irrefreável litigância leva a essa superlotação. Que decorre em sua grande parte de processos que tratam de casos semelhantes, mais que sempre têm que passar por uma análise criteriosa do juiz. Enquanto que outros casos que tratam de situações mais delicadas e mais difíceis se solucionar, vão ficando paradas aguardando uma oportunidade de que o juiz se atenha a elas já que diariamente ele está preocupado em conter a demanda de processos que chegam constantemente ao nosso judiciário.

Alguns críticos a aplicação dos precedentes, como também já foi mostrado no trabalho acreditam que a qualidade das decisões é mais importante do que a quantidade. E a preocupação com esta última poderia levar os julgadores a prolatar decisões que poderiam causar grandes problemas aos jurisdicionados e grandes injustiças, simplesmente por não terem sido muito bem analisadas, na pressa de andamento aos processos. Além disso, segundo esses críticos, a submissão dos juízes de primeiro grau as súmulas vinculantes dos tribunais, além de tolher sua liberdade de convencimento diante das provas apresentadas, iria provocar um engessamento do Judiciário, já que dificilmente se mudaria um entendimento, já que mesmo entendendo que o precedente já não era mais cabível em determinada situação, o juiz não poderia mudá-lo em virtude da vinculação aos tribunais.

No entanto, como também se observou no decorrer do trabalho, o precedente no novo Código de Processo Civil é como muitos chamam de precedente à brasileira, pois como os julgadores brasileiros historicamente não costumam respeitar as decisões anteriores e também tem geralmente entendimento diferente para casos iguais, achou por bem implantar um precedente obrigatório. Entretanto, como ficou constatado, não é qualquer decisão

prolatada no tribunal que se torna precedente, existem situações específicas para isso conforme também demonstrado no decorrer do trabalho.

E finalmente após se analisar os trabalhos de Alexy sobre a ponderação e a aplicação de sua teoria dos pesos e associá-la a aplicação dos precedentes se chegou à conclusão de que os precedentes judiciais ou os precedentes à brasileira como muitos chamam, são de extrema importância para a segurança jurídica e a celeridade que são dois princípios fundamentais no sistema jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. *Aspectos Controvertidos do Controle de Constitucionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2008

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALEXY, Robert. **Tres Escritos Sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. REVISTA CEJ. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, ano 19, n. 67, ago./dez. 2015.

DIDIER JR. Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 5ed. Salvador: Juspodivm, 2010, v. 2.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 8ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2013

FRAGA, Vitor Galvão. O sistema do common Law. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 7, nº 3394, 16 out. 2012 Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22816>>. Acesso em: 24 out. 2016

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4.ed. São Paulo: RCS Editora, 2005.

GUERRA FILHO, A Proporcionalidade em Sentido Estrito e a Fórmula do Peso de Robert Alexi: Significância e Algumas Implicações. Revista de Processo. 1. Doutrina Nacional. **Revista dos Tribunais**, Repro. 141, ano 31 São Paulo, novembro, 2006.

<http://www.conjur.com.br/2014-jul-02/entrevista-fredie-didier-membro-comissao-reforma-cpc>. acesso em 15 de set. 2016.

<http://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/155178268/a-forca-dos-precedentes-do-novo-codigo-de-processo-civil>. acesso em 18 de out. 2016.

<http://www.tex.pro.br/home/artigos/175-artigos-set-2013/4794-evolucao-historica-dos-precedentes-judiciais-nos-sistemas-de-common-law-e-civil-law-1>

JÚDICE, Mônica Pimenta. Robert Alexy e a sua teoria sobre os princípios e regras. Site Consultor Jurídico, 02 de março de 2007. Disponível em http://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorias_principios_regras. Acesso em 22.out. 2016

LIMA, André Canuto de F.. O modelo de ponderação de Robert Alexy. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4077, 30 ago. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31437>>. Acesso em: 21 out. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da Corte que declara o sentido exato da lei para a Corte que institui precedentes. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. v.103. n.950. dez. 2014. Acesso em: 23 out. 2016

MARINONI, Luiz Guilherme, *Novo Curso de Processo Civil: Teoria d Processo Civil, volume I/ Luiz Guilherme Marinoni; Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidieiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O Precedente na Dimensão da Igualdade*. Disponível em: http://saveiad.aeduvirtual.com.br/file.php/965/Aula_3/Leitura_Obrigatoria_I_-_Aula_3.pdf. Acesso em: 17 dez.2013, 09:07:00.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

NOVELINO, Marcelo. *Leituras Complementares de Constitucional*. 3ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

PLUCKNETT, Theodore F. T. *A Concise History of the Common Law*. Indianapolis: Liberty Fund, 2010.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Processual Civil*. 4ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010.

SANTO, Geruza Ribeiro do Espírito. *A vinculação dos precedentes judiciais no direito brasileiro e a autonomia judicial*. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 10 out. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.50123&seo=1>>. Acesso em: 21 out. 2016.

STREC, LENIO. Novo CPC decreta a morte da Lei. Viva o “common Law”. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>. Acesso em 22 de out. 2016.

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

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

VOLPE CAMARGO, Luiz Henrique. *A Força dos Precedentes no Moderno Processo Civil Brasileiro*. In *Direito Jurisprudencial*. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo:RT, 2012.