

## TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL: O ANTECEDENTE DO PRECEDENTE

*Renê Francisco Hellman*

Mestrando em Ciência Jurídica pela UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Especialista em Modernas Tendências da Criminologia, do Direito Penal e do Processo pela pelo IBE/SECAL (PR), Especialista em Educação a Distância pela FATEB – Faculdade de Telêmaco Borba (PR), Bacharel em Direito pela UEPG – Universidade Estadual de Ponta Grossa (PR). Professor de Direito Processual Civil e Coordenador Geral da FATEB – Faculdade de Telêmaco Borba (PR). Advogado.

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objetivo analisar a forma como vêm sendo aplicados os precedentes no direito processual civil brasileiro, a partir da importação de conceitos e institutos de países que adotam o sistema do *common law*, com a finalidade de demonstrar o quão frágil é a aplicação de precedentes sem que se pense uma forma de bem estruturar a decisão judicial, com a criação de uma teoria sólida, para que os julgadores possam nela basearem-se e darem a resposta mais adequada ao jurisdicionado, aliando devido processo legal com segurança jurídica.

**PALAVRAS-CHAVE:** precedentes judiciais; decisão judicial; common law; civil law.

**ABSTRACT:** This study aims to examine how precedents are being applied in Brazilian civil procedural law, as imports of concepts and institutions of countries that adopt the common law system, with the purpose of showing how fragile is the application no precedents to think a way to structure the ruling and, with the creation of a solid theory, so that the judges can draw on it up and give the most appropriate response to citizen, aligning due process of law with legal security.

**KEY-WORDS:** judicial precedents; court decision; common law; civil law.

## INTRODUÇÃO

O direito brasileiro, como é cediço, tem natureza de *civil law*, o que não impede, entretanto, que em tempos de globalização, sofra consideráveis influências do *common law*, fato natural e nem sempre prejudicial. Importante destacar que, ainda que se tratem de dois sistemas jurídicos com diferenças consideráveis, a história já observou similitudes e convergências entre eles<sup>1</sup>, fato este que tem forte influência neste fenômeno que se observa hodiernamente.

O direito processual civil enfrenta atualmente uma crise estrutural no que tange à decisão judicial, que deve ser considerada e avaliada, de modo que se tenha uma discussão aprofundada dos caminhos que se pretendem seguir e das bases teóricas das quais se está lançando mão para justificá-los.

Um dos reflexos dessa interferência manifesta-se com grande destaque no direito processual, a partir da utilização dos precedentes judiciais como fatores determinantes no momento da prolação da decisão judicial.

O movimento de elaboração de um Novo Código de Processo Civil, o grande dissenso doutrinário a respeito da sua real necessidade e a chamada “jurisprudência defensiva” dos tribunais superiores demonstram que urge o debate a respeito das bases formadoras da teoria da decisão judicial.

---

<sup>1</sup> “Com efeito, o que a primeira vista pode parecer uma realidade completamente distante, com um olhar mais centrado no nosso próprio ordenamento jurídico, pode-se afirmar, com segurança, que há circulação de soluções e propostas entre a família romano-germânica, da qual faz parte o direito brasileiro, e a família da *common law*.” (PORTO, 2010).

É comum que se encontrem estudos doutrinários sobre a aplicação do precedente judicial, entretanto, pouco se fala a respeito do elo necessário entre a necessidade de uma construção adequada da decisão judicial e a correta aplicação do precedente no direito brasileiro.

Importar institutos de outros ordenamentos é louvável quando se tem por finalidade o aperfeiçoamento do sistema, entretanto, há que se fazer uma reflexão a respeito de como os juízes têm decidido e quais os efeitos da utilização dos precedentes no direito pátrio.

Dessa problemática é que partiu o presente trabalho, com o intuito de se analisar de que forma essas influências podem ser proveitosas ou se podem ser desastrosas na aplicação do direito brasileiro.

Assim, utilizando-se do método dedutivo, será feita uma análise a respeito da importação de conceitos e institutos próprios do *Common Law* para o sistema processual civil brasileiro e a forma como a doutrina tem encarado esse fenômeno.

Na sequência, será abordada a necessidade de que se pense a decisão judicial à luz de uma teoria que a justifique e a fundamente, de modo a orientar os operadores do direito a dar respostas adequadas às questões que são levadas à apreciação do Poder Judiciário, à luz dos princípios da motivação e do contraditório, corolários do devido processo legal.

### **1. A incorporação do sistema do *Common Law* no direito processual civil brasileiro**

O sistema processual civil brasileiro já vem experimentando há alguns anos a incorporação de conceitos do *common law* no seu bojo. É recorrente que se utilizem termos próprios do sistema anglo-saxão para designar institutos processuais que a prática incorporou na lide processual.

Em decorrência de ser este um fenômeno ainda incipiente, a doutrina brasileira não conseguiu estabelecer o que se tenta chamar de teoria do precedente judicial. Importam-se conceitos utilizados no *common law* e nem sempre de forma adequada. Na mesma senda, os tribunais sofrem do que se pode denominar de uma crise de identidade, uma vez que ora seguem os “precedentes”, ora agem a partir das chamadas “viradas jurisprudenciais”, criando um clima de extrema insegurança ao jurisdicionado.

Essa insegurança é reforçada, ainda, pela precariedade do entendimento de grande parte dos aplicadores do direito a respeito do chamado pós-positivismo, que trouxe o ganho

de normatização dos princípios, alçados ao patamar de normas jurídicas, mas que, pela sua própria natureza de maior abstração, acabam sendo tomados, em muitos dos casos, como formas de solução universais, sobrepondo-se a regras indistintamente, num desmesurado intento interpretativo, que acaba gerando efeitos negativos na própria formação da decisão judicial.

E uma decisão judicial adequadamente construída é de extrema relevância para que se possa, a partir dela, conhecer o que a doutrina denomina de *ratio decidendi*, que seria uma abstração daquele comando, de regra, individual, contido na decisão proferida em um determinado processo.

Não se pode olvidar também o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, que trouxe o instituto da súmula vinculante, numa declarada aplicação de um comando judicial com força vinculativa em relação às funções jurisdicionais e administrativas do Estado brasileiro.

O advento da súmula vinculante, apesar de não ser este um instituto criado no *Common Law*, indica de forma muito clara que se está a buscar soluções para a crise de gestão do Poder Judiciário a partir da mudança de normas processuais, para que haja a institucionalização de um sistema de precedentes.

Na análise do sistema norte-americano, Sergio Gilberto Porto (2010) indica que lá se tem a “idéia de encorajar os juízes a serem mais cuidadosos e diligentes na formação das decisões precursoras”, além de se pretender induzir os julgadores a se afastarem de seus pré-conceitos, tornando os julgamentos mais impessoais, o que contribuiria, por fim, “para demover os litigantes de retornar ao Judiciário na ilusão de obter uma resposta diferente para o seu caso”.

Já o mesmo não se pode dizer do Brasil, uma vez que por ser o precedente um instituto típico do *common law*, ainda não existem ferramentas devidamente formuladas para a realização do intento de segurança jurídica a partir das decisões judiciais.

Já desde a formação básica em processo civil é comum que se encontrem ensinamentos e referências doutrinárias a institutos novos, importados. É o que se vê, por exemplo, na obra intitulada “Curso de Direito Processual Civil”, encabeçada pelo festejado processualista Fredie Didier Junior (2009), quando, em seu volume 2, faz referência ao que denomina de “Teoria do Precedente Judicial”.

Nesta obra, o precedente é apresentado como um dado do sistema brasileiro,

fazendo-se um estudo, no estilo do que permite a fórmula de elaboração de manuais para o público de graduandos em direito, a respeito dos conceitos de *ratio decidendi*, *holding*, *obter dictum*, *distinguishing*, *overriding*, *overruling* etc.

Essa valorosa tentativa de sistematização da teoria do precedente no direito brasileiro, com a adoção de institutos próprios do *common law* é sintomática da busca que se faz de saídas para os problemas que afligem os operadores do direito no momento da sua aplicação no processo, notadamente no que toca à efetividade e segurança jurídica.

Sergio Gilberto Porto (2010) sinaliza a ocorrência do que denomina de *commonlawlização* do direito brasileiro, identificando uma clara tendência de valorização da jurisprudência criativa como fonte de direito, a partir da atribuição de efeitos vinculantes ou *erga omnes* a determinadas decisões judiciais. Para ele:

Cumprir lembrar, - em face da afirmativa de que o crescente valor atribuído à jurisprudência na *civil law* brasileira representa, de certa forma, a influência da *common law* no sistema nacional, em face da globalização – e que a fonte primeira do direito da *common law* é a jurisprudência, eis que este sistema é absolutamente pragmático, formando-se o direito através das decisões judiciais. Há nele, pois, um compromisso prévio de prestigiamento do caso antecedente da decisão futura – circunstância operada através do *distinguishing* efetivado pelo magistrado posterior. São cotejados os grupos de casos semelhantes para ao fim decidir qual precedente mais se afeiçoa ao caso concreto. Assim, nos países em que vige o sistema da *common law*, acima da legislação e acima de qualquer outra fonte do direito está o caso julgado pelas cortes e que, portanto, criam precedentes e, por decorrência, verdadeiramente, fazem nascer o direito com base na experiência. Nesse sentido, as decisões judiciais em tais países, como se vê, desempenham um papel que transcende o caso posto ao crivo judicial (PORTO, 2010, p. 7).

E não se pode deixar de acreditar que esse movimento é absolutamente natural, conquanto se viva numa sociedade globalizada, em que a transmissão de informações e de conhecimentos é feita de modo muito mais facilitado.

Se as próprias culturas, se as sociedades acabam interligando-se e trocando “experiências”, nada mais aceitável do que também o direito observe essa inter-relação.

Com isso, tem-se a influência clara do sistema *common law* no direito brasileiro, até mesmo por conta do fato de que o *civil law* nem sempre soube dar as respostas corretas para os problemas experimentados no ordenamento jurídico brasileiro. E esse fenômeno, embora tenha adquirido uma visibilidade maior nos tempos atuais, remonta à época das origens desses dois grandes sistemas jurídicos, que sofreram influências recíprocas desde sempre, nos termos das lições de Mauro Cappelletti (apud PORTO, 2010).

A evolução histórica dos dois principais sistemas jurídicos do planeta desagua atualmente numa cautelosa, mas acentuada, aproximação, do que decorre o ganho de importância do direito legislado para o *common law* e dos precedentes para o *civil law*, conforme leciona Miguel Reale, para quem:

Se alardearmos as vantagens da certeza legal, podem os adeptos do *common law* invocar a maior fidelidade dos usos e costumes às aspirações imediatas do povo. Na realidade, são expressões culturais diversas que, nos últimos anos, têm sido objeto de influências recíprocas, pois enquanto as normas legais ganham cada vez mais importância no regime do *common law*, por sua vez, os precedentes judiciais desempenham papel sempre mais relevante no direito de tradição romanística (REALE, 1995, p. 142).

No sistema brasileiro, o legislador deixou de ser o protagonista da ordem jurídica, “sendo substituído por um trabalho conjunto entre legisladores, administradores e julgadores” (ROSSI, 2012, p. 209).

Fernando de Brito Alves (2012, p. 270) sinaliza a existência, no mundo moderno, de uma função de concordância prática, pela jurisprudência, de valores e princípios que

podem ser contraditórios teoricamente, mas que são desejáveis do ponto de vista prático. Com isso, “os juízes ocupam, no Estado constitucional contemporâneo, uma especial e difícil posição de intermediação entre o Estado e a sociedade”.

O trabalho em conjunto entre julgadores, administradores e legisladores pode ser identificado na prática argumentativa que caracteriza o direito, levando o intérprete a uma posição de destaque no cenário jurídico, já que é ele quem atribui sentido à norma (DWORKIN, 2007), num claro abandono do paradigma positivista.

Essa mudança paradigmática é a pedra de toque do pós-positivismo, fenômeno filosófico com claras influências no direito, a partir da incorporação de valores pelo ordenamento.

Com isso, viu-se nascer o que se denominou de neoconstitucionalismo, a fim de que a Constituição, que já era considerada o centro do ordenamento jurídico, passasse a, também, ter os seus comandos efetivados.

Daí a importância do intérprete, na medida em que todas as decisões fossem legitimadas na passagem pelo filtro constitucional. Vale dizer, o aplicador do direito, mesmo diante de uma regra dita clara, deve buscar também embasamento na norma constitucional (MAUÉS, FONSECA, RÊGO, 2006), de modo que todo juiz exerça uma parcela da jurisdição constitucional (FACCINI NETO, 2011), atendendo ao que Dworkin denominou de princípio da integridade, a saber:

Temos de insistir num verdadeiro princípio de poder, uma ideia contida no próprio conceito de direito: a ideia de que, quaisquer que sejam as suas convicções acerca da justiça e da imparcialidade, os juízes têm também de aceitar um princípio superior e independente – o princípio da integridade (DWORKIN, 2006, p.133).

Faccini Neto (2011), nessa esteira, entende ser o juiz “um romancista em cadeia”, que deve considerar a construção dos juízes no passado, para desvendar o que foi decidido e, a partir disso, concluir na solução do novo caso que se lhe pôs para exame, desenvolvendo este “romance”, respeitando o já construído, sem que lhe seja autorizada uma ruptura com o encadeamento da obra.

A adoção de um sistema de precedentes é de suma importância para que se confira ao ordenamento jurídico a segurança e a efetividade necessárias. Hans Kelsen (2000, p. 389) já sinalizava a necessária função legislativa do Judiciário, a partir da criação de um precedente que poderia servir de base para decisões de casos similares, ocasião em que o tribunal, a partir desta decisão, criaria “uma norma geral que se encontra no mesmo nível dos estatutos criados pelo chamado órgão legislativo”.

Entretanto, o que se vê na práxis forense não se coaduna com as intenções teóricas acima referidas. A problemática da “commonlawlização” reside no fato de que, muito embora os precedentes sejam, teoricamente, instrumentos de garantia de segurança jurídica e até mesmo de efetividade, no Brasil ainda enfrenta-se um problema antecedente a ele, que é relativo à construção da decisão judicial.

Não há uma teoria sólida nesse sentido e a situação agrava-se ainda mais quando se está diante da era pós-positivista, com o império dos conceitos abertos e da interpretação, aliado ao ativismo e ao protagonismo judiciais.

## **2. A necessidade de uma construção adequada da decisão judicial para a correta aplicação do precedente**

O que se vê na prática forense é a má construção do diálogo processual e, conseqüentemente, da decisão judicial, decorrente da utilização de saídas pouco defensáveis, tais como chamar decisão judicial de jurisprudência dominante e posição isolada de doutrina pacificada, numa frágil tentativa de convencer as partes a respeito do entendimento a que chegou o juiz, em muitos casos, antes mesmo de analisar o caso concreto.

Daniel Mitidiero alerta para o impacto do que denomina de tripla mudança no campo da fundamentação das decisões judiciais. Segundo ele:

A passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional impõe *fundamentação analítica* para aplicação de princípios e regras mediante postulados normativos e para a concretização de termos indeterminados, com eventual construção de conseqüências jurídicas a serem imputadas aos destinatários das normas. (MITIDIERO, 2012, p. 67)

Isso significa a atribuição de uma função diferenciada ao julgador, que atuará na reconstrução do sentido normativo das proposições jurídicas. Vale dizer: as normas decorrem de uma outorga de sentido dos textos, que, por seu turno, são dados pelo legislador (GRAU, 2005).

Tal situação gera uma abertura para o julgador, que poderá considerar-se livre para atribuir o sentido que bem lhe aprouver para o texto, gerando, por conseguinte, insegurança jurídica. É o que se vem observando no Brasil atualmente. A proliferação de princípios jurídicos acaba conferindo ao julgador a oportunidade de manejá-los muito livremente. A chamada colisão entre princípios – num ordenamento em que os princípios se acotovelam – ocorre seguidamente e as saídas para isso nem sempre resistem a uma apurada análise.

O tema que se quer desenvolver baseia-se na doutrina que defende a necessidade de se pensar a construção de uma sólida teoria da decisão judicial e demonstra a fraqueza do sistema de precedentes utilizado no Brasil.

É na obra de Streck, notadamente, que se encontra a base para a presente pesquisa. Ele já vem denunciando a equivocada importação da teoria da interpretação proposta por Robert Alexy, afirmando que os pensadores tupiniquins transformaram a “razoabilidade” em princípio jurídico, utilizando-a como “um instrumento para o exercício da mais ampla discricionariedade (para dizer o menos) e o livre cometimento de ativismos”. Segundo o professor gaúcho, o uso da ponderação, em Alexy, não significa uma operação em que se escolhe um dos princípios que estejam em colisão e, sim, “um procedimento que serve para resolver uma colisão em abstrato de princípios constitucionais”, do que resultaria uma regra que resolveria o conflito (STRECK, 2013).

A motivação da decisão judicial é princípio de natureza constitucional (art. 93, IX/CF), revelando-se um “banco de prova do direito ao contraditório” (MOREIRA, 1988, p. 83) atribuído às partes. Conclui-se, com isso, que a ausência de motivação retira da decisão o seu caráter jurisdicional (MARINONI, 2006). Importante destacar, entretanto, que quando se fala em existência de motivação, até mesmo pela sua vinculação ao princípio do contraditório, quer-se dizer que há a exigência de que a fundamentação da decisão seja construída de forma sólida e não a partir de artifícios.

Ou seja, para que uma decisão seja considerada jurisdicional, deve estar devidamente motivada, construída sobre bases firmes de argumentação, o que permitirá, então, a extração do precedente judicial. Sem isso, gera-se um círculo vicioso. Os “precedentes” são gerados a partir de decisões judiciais mal construídas, que, por seu turno, adotam os “precedentes” como parâmetros para novos julgamentos.

Daniel Mitidiero (2012) sugere que a adoção de um sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro deva ser pensada criticamente a partir da tradição do *common law*. Para ele, muito embora haja correspondência entre as razões para seguir os precedentes no *civil law* e no *common law*, é na tradição deste último “que se deve buscar os meios pelos quais os precedentes podem ser corretamente identificados e aplicados em juízo”.

Justificando esse posicionamento, o referido processualista indica obras de autores brasileiros, em sua maioria processualistas, que bebem na fonte do sistema do *common law* e tentam abrigar a aplicação dos precedentes judiciais.

Não obstante isso e até mesmo por conta disso, há outros autores brasileiros, ligados mais diretamente à teoria do direito, que analisam de forma crítica a adoção dos precedentes, sejam eles vinculantes ou não, ou entendidos como fontes do direito, defendendo uma análise mais aprofundada da teoria da decisão judicial, com caráter antecedente à aplicação de um sistema de precedentes no direito processual brasileiro.

Os defensores da utilização do sistema do precedente judicial no Brasil ancoram-se na necessidade de que haja segurança jurídica a partir das decisões judiciais, o que contribuiria para a solução da crise por que vem passando o Poder Judiciário, a partir do aumento considerável da litigiosidade.

Referenciando Ronald Dworkin, Alexandre Bahia (2012) critica essa visão, mencionando a série de reformas pelas quais vem passando o processo civil brasileiro, que, a despeito delas, e do que chama de aperfeiçoamento do sistema de Súmulas, “a crise do Judiciário não foi resolvida, pois que nosso problema não é de texto – como poderia parecer a uma comunidade de regras”.

Júlio César Rossi (2012) ressalta certo descuido que se vem observando na mescla das características dos sistemas do *civil law* e do *common law*. Para ele, não se “pode desprezar a *produção judicial* do direito”, entretanto, há que se “evocar o precedente” e “motivar a sua aplicabilidade”. Do contrário, estar-se-ia legitimando discricionariedades,

capazes de conferir ao precedente “qualidade de fundamentar, por si só, uma decisão judicial, na maioria das vezes descontextualizada dos efetivos elementos constantes no caso concreto”.

E é isso que se vê em muitos casos na práxis forense. Decisões que vêm sendo motivadas a partir da menção a outras decisões e mais nada, como se o caso em exame não comportasse qualquer análise diferenciada.

É evidente que há lides repetitivas, entretanto, toda situação fática requer uma análise individualizada e é isso que justifica a existência do Poder Judiciário, pois, a seguir-se por esse caminho, fatalmente chegar-se-á a um momento em que o padrão estabelecido em decisões anteriores subjugará o julgador, tornando-o um repetidor, que aderiu ao que Alexandre Morais da Rosa (2011) denominou de *Franchising Judicial*.

Atualmente, o sistema processual brasileiro atravessa uma fase de profundas indagações. Vive-se a consequência da abertura democrática, da ampliação dos direitos e da tentativa de efetivação de acesso à justiça.

Nesse mundo pós-moderno em que as informações são disponíveis a grande parte da população em tempo real e onde as relações entre as pessoas são firmadas em grande número e pelas mais variadas razões, é natural que surjam conflitos diferentes, conflitos semelhantes e conflitos idênticos e, dada a falência da autorregulação da sociedade e o desrespeito em massa dos direitos, fatalmente tais conflitos serão levados ao Poder Judiciário.

Com isso, o Poder Judiciário vem enfrentando uma séria crise de administração, o que acaba afetando, logicamente, o estudo sobre o processo.

Muitas tentativas já foram feitas, algumas com sucesso, outras não, para reverter esse quadro de crise que assola o poder jurisdicional. Mudanças legislativas pontuais e até mesmo a elaboração de um projeto de novo Código de Processo Civil já foram empreendidas. Além disso, a doutrina brasileira debruça-se rotineiramente sobre teses para encontrar soluções aptas a tornar a prestação jurisdicional mais célere, efetiva e justa.

E numa dessas tentativas, tem-se a iniciativa de aplicação, no direito brasileiro, do sistema de precedentes judiciais. Entretanto, observa-se que, apesar dos grandes esforços empreendidos pela doutrina, a prática forense demonstra a fragilidade do sistema, que é carente de uma fundamentação adequada. Fala-se em fundamentação aqui no sentido de base teórica justificante.

Há que se pensar na importação de conceitos e institutos a partir de um fortalecimento prático do princípio do contraditório, corolário do princípio da fundamentação.

O contraditório atualmente não é mais pensado sob aquele ponto de vista mecanicista de possibilitar que as partes formulem suas teses e antíteses. Contraditório atualmente é significado de informação e possibilidade de manifestação, cuja consequência é a formação da decisão judicial.

Devem ser abandonadas essas terríveis práticas antidemocráticas de decisão “conforme a consciência” do julgador, de baixa fundamentação em decisões que não analisam todos os pontos levantados pelas partes no decorrer do processo.

É comum que se vejam decisões judiciais “fundamentadas” em ementas de julgados colhidas aleatoriamente nas ferramentas de pesquisa que a internet possibilita sem que sequer se tenha feito uma análise deste “precedente”, a fim de verificar se, de fato, aquela decisão anterior poderia influenciar no julgamento deste novo caso.

Aprisiona-se a justiça em ementas que nada mais são do que uma reunião de palavras para resumir um determinado julgamento. O contraditório é espezinhado recorrentemente, pois no momento do julgamento olvidam-se as considerações formuladas pelas partes e autoriza-se o magistrado a analisar apenas as questões que ele entender pertinentes para a solução da lide.

E, infelizmente, esse posicionamento, ao que parece, é o majoritário, até mesmo nos tribunais superiores, que entendem no sentido de que o juiz não está obrigado a analisar todos os argumentos levantados pelas partes, bastando que decida a questão posta em litígio dentro de seu livre convencimento, senão veja-se:

Como é de sabença geral, o julgador não está obrigado a discorrer sobre todos os regramentos legais ou todos os argumentos alavancados pelas partes. As proposições poderão ou não ser explicitamente dissecadas pelo magistrado, que só estará obrigado a examinar a contenda nos limites da demanda, fundamentando o seu proceder de acordo com o seu livre convencimento, baseado nos aspectos pertinentes à hipótese *sub judice* e com a legislação que entender aplicável ao caso concreto (STJ. RECURSO

ESPECIAL Nº 792.497 - RJ 2005/0172468-8. RELATOR:  
MINISTRO FRANCISCO FALCÃO).

Não ocorre violação do art. 535, do CPC, quando o acórdão recorrido não denota qualquer omissão, contradição ou obscuridade no referente à tutela prestada, uma vez que o julgador não se obriga a examinar todas e quaisquer argumentações trazidas pelos litigantes a juízo, senão aquelas necessárias e suficientes ao deslinde da controvérsia (STJ. REsp nº 394.768/DF, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, DJ de 01/07/2002, pág. 00247).

O magistrado não está obrigado a refutar, um a um, os argumentos deduzidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão (STF - EMB.DECL. NO AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO: ARE 689418 RS. Rel. Min. Luiz Fux).

Ora, fazer menção ao livre convencimento como saída de justificção para decisões que deixam de analisar todos os pontos levantados pelas partes é uma conduta, deveras, discutível. O sistema processual civil brasileiro não adotou em nenhum momento o princípio do livre convencimento do juiz. O que se tem aqui é a adoção do princípio do livre convencimento motivado, da persuasão racional.

Deve-se destacar que o livre convencimento, por si só, atribui ao juiz extremos poderes e joga por terra todo o edifício normativo construído sobre o princípio do devido processo legal. A exigência de motivação que adjetiva o livre convencimento é justamente para garantia da democracia nas decisões do Poder Judiciário.

Não se pode cogitar da hipótese de que, em um Estado Democrático de Direito, o Judiciário possa decidir como bem quiser, sem a necessidade de fundamentação. Embora a legislação não estabeleça gradações legais sobre o peso deste ou daquele argumento, isso não significa que o juiz é livre para decidir como quiser.

Há necessidade de apreciação de todos os pontos levantados pelas partes e essa necessidade decorre não só do princípio constitucional da motivação das decisões judiciais, mas também do próprio contraditório, norma de caráter principiológico, também considerado um direito fundamental.

Por essa nova visão que se tem do contraditório, é forçoso que se conclua que o juiz está, sim, obrigado a responder a todos os argumentos levantados pelas partes e não apenas àqueles que entenda suficientes para justificar sua decisão.

A decisão do juiz não se dirige a ele, mas, sim, às partes. Então, se as partes levantaram a questão, é do juiz o dever de respondê-la, pois, muito embora o convencimento seja livre de gradações legais, a justificação é necessária, imperativa e garantia de democracia.

Ao fundamentar adequadamente a sua decisão, o juiz revela às partes todos os motivos pelos quais entendeu desta ou daquela maneira e há que se lutar por essa motivação completa, pois as partes têm o direito de saber as razões pelas quais os seus argumentos não foram acatados pelo julgador, ainda que este os tenha reputado desprovidos de fundamento.

Ignorar argumentos não é democrático, pois se o julgador os considera impertinentes, que diga a razão de entender dessa forma, já que a própria função jurisdicional é justificada na necessidade de se responder ao jurisdicionado, na tentativa de convencê-lo do acerto da decisão judicial, a fim de que se torne realidade a finalidade do processo: de pacificação social.

Não se pacifica sem que o sucumbente esteja convencido de que não possui razão. E não há convencimento se o juiz deixa de apreciar as questões levantadas pelas partes. Frise-se, está-se tratando do convencimento das partes e não do juiz. Este é pressuposto daquele, é um meio. Aquele é o fim a ser perseguido e como tal deve ser encarado.

### **3. Considerações Finais**

O sistema de precedentes que se pretende implantar a partir das experiências vivenciadas no sistema do *common law* encontra a barreira da falta de uma sólida teoria da decisão judicial no Brasil. O fato é que as decisões judiciais vêm sendo construídas de forma deficiente, sem atenção ao básico e constitucional princípio da motivação.

E a decisão judicial bem construída é a base sobre a qual poderá se apoiar a aplicação do precedente. Sem ela, ou sendo ela deficiente, o precedente ruirá, pois, de

consequência, não será bem construído e apresentará fragilidades que somente contribuirão para o aumento da insegurança jurídica, ocorrendo o inverso daquilo que se pretende com ele.

Dessa maneira, impende que se discuta o precedente judicial à luz de uma sólida teoria da decisão, como antecedente necessário, de modo a que se investigue a formação da decisão judicial e os seus efeitos na construção do sistema de precedentes, abolindo-se as indefensáveis práticas de julgamento por decisões *standards*, que encaram os litígios como problemas a serem classificados neste ou naquele entendimento jurisprudencial, sem que se faça uma análise apurada do caso concreto.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, Fernando de Brito. Democracia e desconfiança. *Revista Argumenta*. Jacarezinho, n. 16, p. 267-281, 2012.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. As súmulas vinculantes e a nova Escola da Exegese. *Revista de Processo*, ano 37, n. 206. São Paulo: RT, abril de 2012, p. 371-372.
- BRASIL. STF - EMB.DECL. NO AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO : ARE 689418 RS. Rel. Min. Luiz Fux.
- BRASIL. STJ. RECURSO ESPECIAL Nº 792.497 - RJ 2005/0172468-8. RELATOR: MINISTRO FRANCISCO FALCÃO.
- BRASIL. STJ. REsp nº 394.768/DF, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, DJ de 01/07/2002, pág. 00247.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 2. 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.
- DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2ª ed. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FACCINI NETO, Orlando. *Elementos de uma teoria da decisão judicial – Hermenêutica, Constituição e respostas corretas em direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do Estado. Trad. Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo civil – Teoria geral do processo. São Paulo: RT, 2006.

MAUÉS, Antonio Moreira; FONSECA, Mônica Maciel Soares; RÊGO, Lorena de Paula da Silva. Súmula vinculante e direito à igualdade. *Revista Argumenta*. Jacarezinho, n. 6, p. 220-232, 2006.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedentes – Dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*, ano 37, n. 206. São Paulo: RT, 2012.

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

PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre a common law, civil law e o precedente judicial*. Disponível em: [www.abdpc.org.br](http://www.abdpc.org.br). Acessado em 05/06/2013.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

ROSA, Alexandre Morais da. Franchising Judicial ou de como a magistratura perdeu a dignidade por seu trabalho, vivo?. *In*: <http://www.abdconst.com.br/revista3/alexandrerosa.pdf>. Acessado em: 13/02/2013.

ROSSI, Júlio César. O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 208, p. 204-240, junho, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? 4ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2103.