

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO
PROCESSO E GARANTIAS DE DIREITOS NA CONSTITUIÇÃO**

MARIA LUIZA DE ALMEIDA CARNEIRO SILVA

**O DIREITO FUNDAMENTAL PROCESSUAL À FUNDAMENTAÇÃO DAS
DECISÕES JUDICIAIS: UM ENFOQUE NOS PRECEDENTES JUDICIAIS**

NATAL/RN

2020

MARIA LUIZA DE ALMEIDA CARNEIRO SILVA

**O DIREITO FUNDAMENTAL PROCESSUAL À FUNDAMENTAÇÃO DAS
DECISÕES JUDICIAIS: UM ENFOQUE NOS PRECEDENTES JUDICIAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD), do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Tinoco de Góes

NATAL/RN

2020

Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN
Sistema de Bibliotecas - SISBI
Catalogação de Publicação na Fonte. UFRN - Biblioteca Setorial do Centro Ciências Sociais Aplicadas - CCSA

Silva, Maria Luiza de Almeida Carneiro.

O direito fundamental processual à fundamentação das decisões judiciais: um enfoque nos precedentes judiciais / Maria Luiza de Almeida Carneiro Silva. - 2020.

129f.: il.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Natal, RN, 2020.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Tinoco de Góes.

1. Fundamentação da decisão judicial - Dissertação. 2. Legitimidade - Dissertação. 3. Jurisdição Democrática - Dissertação. 4. Precedentes judiciais - Dissertação. I. Góes, Ricardo Tinoco de. II. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III. Título.

RN/UF/Biblioteca CCSA

CDU 342.7



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO**

Mestranda: MARIA LUIZA DE ALMEIDA CARNEIRO SILVA

**Título: “O DIREITO FUNDAMENTAL PROCESSUAL À FUNDAMENTAÇÃO DAS
DECISÕES JUDICIAIS: UM ENFOQUE NOS PRECEDENTES JUDICIAIS.”**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em: 26 / 11 / 2020.

BANCA EXAMINADORA

**RICARDO TINOCO DE
GOES:46636528400**

Assinado de forma digital por RICARDO
TINOCO DE GOES:46636528400
Dados: 2020.12.12 18:54:21 -03'00'

Prof. Doutor Ricardo Tinoco de Góes – UFRN
Presidente

Prof. Doutor José Orlando Ribeiro Rosário – UFRN
1º Examinador

Prof. Doutor Leonardo Oliveira Freire – UFRN
2º Examinador

Prof. Doutor Walber Cunha Lima – UNI-RN
3º Examinador

Natal/RN
Novembro/2020



Emitido em 14/12/2020

DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS Nº 37939/2020 - PPGD/CCSA (16.23)

(Nº do Protocolo: NÃO PROTOCOLADO)

(Assinado digitalmente em 14/12/2020 20:29)

JOSE ORLANDO RIBEIRO ROSARIO

PROFESSOR DO MAGISTERIO SUPERIOR

DEPRO/CCSA (16.19)

Matricula: 1167852

Para verificar a autenticidade deste documento entre em <https://sipac.ufm.br/documentos/> informando seu número:
37939, ano: **2020**, tipo: **DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS**, data de emissão: **14/12/2020** e o código de
verificação: **ebd2bedb71**

AGRADECIMENTOS

A Deus, por todo o amor, pela saúde, por ter me dado discernimento e coragem que me permitiram finalizar essa etapa; por me amparar em momentos de dificuldade, me acalmar e iluminar os meus pensamentos.

À minha família, que tanto me apoia, sobretudo aos meus pais, Marlon e Maria José, pelo amor de cada dia, por sempre investirem e acreditarem em mim, e ao meu irmão e melhor amigo, Matheus, por ser meu modelo e me inspirar a persistir pelos meus sonhos.

Ao meu namorado, Davi Costa, por pacientemente ser meu confidente, meu motivador e me ajudar em qualquer que seja a situação, a você todo o meu amor.

Aos meus amigos, que tanto vibram com minhas vitórias como se suas fossem, e que, próximos ou distantes, fizeram parte dessa jornada.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Ricardo Tinoco de Góes, autor do trabalho que tanto me inspirou, exemplo de humildade e sabedoria, pela confiança, incentivo e liberdade generosamente ofertados desde o primeiro momento. Foi um verdadeiro privilégio ser sua orientanda. Todo o meu respeito, admiração e apreço.

Aos queridos amigos que o Mestrado me presenteou. Foi um enorme prazer vivenciar essa experiência acadêmica ao lado da melhor turma que o Programa de Pós-Graduação em Direito já teve, com o devido respeito as outras turmas. Agradeço por todo o companheirismo e empatia demonstrados; vocês tornaram esses dois anos mais alegres e leves. Em especial, destaco algumas dessas pessoas: Bárbara Peixoto, Fernanda Cavalcanti, Nathália Cardoso, Andréa Alves, José Serafim da Costa Neto, Tallita Martins, Lívio Oliveira, Mariana Lemos, Caio Vanuti, Sophia Morquecho, Maria Clara Maniçoba, Semely Rodrigues e Wisllene Nayane.

Aos integrantes da minha banca de defesa, os professores José Orlando Ribeiro Rosário, Leonardo Oliveira Freire e Walber Cunha Lima, pela disponibilidade e atenção, além das pertinentes contribuições a esse trabalho, que sem dúvida serviram ao seu enriquecimento.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, por seus ensinamentos fundamentais para a realização deste trabalho.

A todos que de alguma forma contribuíram para o meu crescimento pessoal, profissional e intelectual.

*“Sempre que você estiver disposto a avançar, estará
sujeito a errar. Movimentar-se é arriscar-se.”*

(SAMER AGI, 2017)

RESUMO

A partir da influência do sistema jurídico do *common law* no direito brasileiro e da disposição do Código de Processo Civil de 2015 e seu protagonismo democrático, apoiado em um sistema processual de cooperação, se destacam duas implicações: a imposição do dever de fundamentação das decisões judiciais e a incorporação formal do precedente judicial. Ao se conceber a fundamentação das decisões judiciais como um direito fundamental processual, objetivou-se, na presente dissertação, analisar de que forma a construção de uma decisão judicial verdadeiramente fundamentada influi na criação de um precedente judicial democraticamente legítimo. Nessa perspectiva, expõe-se a fundamentação das decisões judiciais em seu viés constitucional como uma exigência da legitimidade do ato de decidir, ao mesmo tempo em que retrata suas questões processuais. Evidencia-se que o precedente judicial demanda, para a sua correta aplicação, que a decisão judicial que o tenha por base demonstre plena vinculação com a *ratio decidendi*. Compreende-se que o ideário de um processo democrático é correspondido à medida que a decisão judicial, através da sua fundamentação, atenda à dialética processual, considerando que é um direito subjetivo das partes ter acesso a uma decisão verdadeiramente fundamentada, existindo assim uma aceitação social daquela decisão. Sugere-se, portanto, ressignificar o precedente judicial mediante uma criação dialógica da decisão judicial, exigindo adequada fundamentação em prol da segurança jurídica e uma melhor vinculação às decisões das Cortes Supremas, garantindo a confiabilidade e a estabilidade do precedente na adequada prática jurisdicional, principalmente diante das transformações da sociedade. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, com ênfase na doutrina existente e demais publicações relacionadas ao assunto, tais como legislação correlata, artigos, dentre outros, com o emprego do método científico dedutivo e dialético, além de uma abordagem qualitativa. Ao fim, conclui-se que o direito fundamental processual à fundamentação das decisões judiciais atende a uma exigência da cidadania em um Estado Democrático, por isso a sua essencialidade, e que os precedentes judiciais, uma vez construídos legitimamente, contendo uma fundamentação e uma argumentação das decisões que os originaram, servirão também efetivamente à construção legítima das futuras decisões judiciais que neles se vincularem.

Palavras-chave: Fundamentação da decisão judicial. Legitimidade. Jurisdição Democrática. Precedentes Judiciais.

ABSTRACT

Based on the influence of the legal system of common law in Brazilian law and the provision of the 2015 Code of Civil Procedure and its democratic protagonism, supported by a procedural system of cooperation, two implications stand out: the imposition of the duty to substantiate judicial decisions and the formal incorporation of judicial precedent. In conceiving the grounds for judicial decisions as a fundamental procedural right, the purpose of this dissertation was to analyze how the construction of a truly grounded judicial decision influences the creation of a democratically legitimate judicial precedent. In this perspective, the rationale of judicial decisions in its constitutional bias is exposed as a requirement of the legitimacy of the act of deciding, at the same time that it portrays her procedural issues. It is evident that the judicial precedent demands, for his correct application, that the judicial decision based on it demonstrate a full link with the *ratio decidendi*. It is understood that the ideology of a democratic process is correspondent to the extent to which the judicial decision, through its grounds, meets the procedural dialectics, considering that it is a subjective right of the parties to have access to a truly reasoned decision, thus there is a social acceptance of that decision. Therefore, it is suggested to resign the judicial precedent by means of a dialogical creation of the judicial decision, demanding adequate grounds in favor of legal security and a better connection to the decisions of the Supreme Courts, guaranteeing the reliability and stability of the precedent in the adequate jurisdictional practice, especially in face of the transformations of society. The methodology used was the bibliographic research, with emphasis on the existing doctrine and other publications related to the subject, such as related legislation, articles, among others, with the use of the deductive and dialectical scientific method, besides an qualitative approach. Finally, it is concluded that the fundamental procedural right to the justification of judicial decisions fulfills a requirement of citizenship in a Democratic State, therefore its essentiality, and that judicial precedents, once legitimately constructed, containing a justification and argumentation of the decisions that originated them, will effectively serve as well for the legitimate construction of future judicial decisions that are binding on them.

Keywords: Grounds for judicial decision. Legitimacy. Democratic jurisdiction. Judicial precedents.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL	13
2.1 ASPECTOS PROCESSUAIS REFERENTES À FUNDAMENTAÇÃO	17
2.1.1 Decisões sem fundamentação.....	22
2.1.2 A fundamentação e a coisa julgada.....	26
2.1.3 A fundamentação e o mérito.....	28
2.2 A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL E A EXIGÊNCIA DE LEGITIMIDADE	31
2.2.1 Legitimidade formal.....	32
2.2.2 Legitimidade material ou substantiva	35
3 COMPREENSÃO E APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS.....	39
3.1 DIFERENÇA ENTRE PRECEDENTE E JURISPRUDÊNCIA	50
3.2 DIFERENÇA ENTRE PRECEDENTE E SÚMULA	51
3.3 A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL SEGUNDO OS PRECEDENTES JUDICIAIS	53
4 DIREITOS FUNDAMENTAIS E A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	59
4.1 DA CONCEITUAÇÃO E DA CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	63
4.2 A INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	70
4.3 A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO DIREITO FUNDAMENTAL PROCESSUAL	76
5 UMA RESSIGNIFICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS.....	89
5.1 A ESSENCIALIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO E DA ARGUMENTAÇÃO À CONSTRUÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	96
5.2. OS PRECEDENTES JUDICIAIS E A CONSTRUÇÃO LEGÍTIMA DAS DECISÕES JUDICIAIS	103
6 CONCLUSÃO.....	109
REFERÊNCIAS.....	113

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 foi a responsável pelo processo de reconstitucionalização no Brasil. Através dela, ocorreu a concretização do Estado Democrático de Direito, com a ampliação de mecanismos políticos de participação popular, tais quais a universalização do sufrágio e a defesa do pluralismo, além de ter havido a normatização dos direitos e garantias fundamentais, estipulando como princípio máximo a ser seguido o da dignidade da pessoa humana.

Em razão dos novos parâmetros da hermenêutica constitucional construídos no pós-positivismo, estreitamente ligados aos preceitos de Konrad Hesse a respeito da força normativa da Constituição, surgiu o fenômeno da constitucionalização do direito, que apoia a ideia de que toda interpretação jurídica é inicialmente uma interpretação constitucional, uma vez que há um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico atinge todo o sistema jurídico.

A interpretação das normas de outros ramos do direito deve ser feita à luz da Constituição, fazendo-se uso principalmente de alguns princípios essenciais à hermenêutica constitucional, como o princípio do efeito integrador, o qual prega o respeito à integridade e à coerência do Direito; o princípio da supremacia da Constituição e o princípio do dever fundamental de justificar as decisões, que é consequentemente alusivo ao direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada, ambos baseados no artigo 93, inciso IX da Constituição da República, que exige, sob pena de nulidade, que sejam fundamentadas todas as decisões do Poder Judiciário.

Com relação à conservação da força normativa da Constituição, é inegável a importância dos direitos fundamentais, devido aos diversos papéis que possuem. Eles são direitos, assim como normas, motivo pelo qual possuem força vinculativa, e são aplicáveis em uma dupla perspectiva, pois fazem a interligação tanto entre Estado e indivíduo (relação vertical), quanto entre os próprios indivíduos, sendo esta última a que consubstancia a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

As leis infraconstitucionais, por sua vez, necessitam estar em conformidade não só com a Constituição, mas também com os direitos fundamentais, na medida em que conferem efetividade ao ordenamento jurídico constitucional.

O Código de Processo Civil, ao regulamentar o processo judicial no Brasil, prevê regras de atuação do Estado e das partes processuais, assim como assegura princípios processuais gerais e princípios constitucionais, tendo como exemplo o devido processo legal,

estipulado no artigo 5º, inciso LV da Constituição. Ocorre que, mesmo estando compatível com os preceitos constitucionais, o Código de Processo Civil de 1973 estava enfrentando problemas com relação à existência factual da segurança jurídica, da celeridade e da efetividade processual. Por essa razão, houve a necessidade de uma mudança no texto da lei procesual civil como forma de estabelecer novos mecanismos capazes de combater tais problemas.

Deste modo, em 2015 foi promulgado um novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) e com ele foram trazidas inovações, sendo algumas delas o dever de fundamentação da decisão judicial e, mesmo o Brasil sendo adepto do *civil law*, a incorporação dos precedentes judiciais, com o objetivo de garantir a unicidade, uniformização e estabilização da jurisprudência no ordenamento brasileiro.

Ao se falar em processo, o primeiro aspecto remetido a ele é que, através de uma série de procedimentos, se buscará a verdade admissível relacionada a determinado caso, de modo que, ao fim do processo, a justiça seja concretizada, sendo este o ideal buscado. Para tanto, o papel do juiz possui grande relevância, pois cabe a ele proferir uma decisão de forma justa, sendo assim, é extremamente necessário que ele fundamente sua decisão e justifique sua convicção, de modo que a decisão judicial seja capaz de demonstrar a legitimidade do ato de decidir.

A aplicação dos precedentes judiciais é uma ferramenta primordial, tanto para a concretização da garantia constitucional de fundamentação das decisões judiciais, quanto do princípio da segurança jurídica, uma vez que pode uniformizar a aplicação do direito, facilitando o julgamento de demandas repetitivas e colaborando, conseqüentemente, para a celeridade e efetividade processual. Certamente, os precedentes podem ajudar na implementação da igualdade formal entre os jurisdicionados no processo, garantia essa constitucionalmente estabelecida.

Nesse contexto, em um primeiro momento, a pesquisa se dedica à fundamentação das decisões judiciais sob um viés constitucional, considerando-a como uma exigência da legitimidade do ato de decidir, ao mesmo tempo em que discorre e discute sobre os aspectos processuais dessa fundamentação.

No capítulo seguinte, reforça-se os principais conceitos ligados aos precedentes judiciais, de forma a gerar a sua compreensão, ressaltando a necessidade de vinculação deles às decisões judiciais que o utilizam como base para definição do juízo.

Cuida-se, no próximo capítulo, da conceituação e classificação dos direitos fundamentais, bem como aborda a interpretação de tais direitos. Afirma-se, ainda, o

entendimento acerca da fundamentação das decisões judiciais como direito fundamental processual.

O último capítulo versa sobre uma ressignificação dos precedentes judiciais, tendo como base para tanto a essencialidade da fundamentação e da argumentação na construção dos precedentes e a conexão entre o precedente judicial e a decisão judicial construída de maneira legítima.

O presente trabalho objetiva propiciar o entendimento acerca da importância que a fundamentação adequada possui nas decisões judiciais, até mesmo por exercer um papel de direito fundamental processual resguardado pela Constituição Federal, bem como demonstrar o quanto essa fundamentação influencia na aplicação legítima dos precedentes judiciais, utilizando, para tanto, aspirações relativas a um Estado Democrático de Direito.

Em suas conclusões, condensa as principais ideias fixadas a partir da análise feita no decorrer do presente trabalho, apresentando respostas para os questionamentos apontados, de modo a contribuir para uma reflexão jurídica contextualizada e atualizada acerca do papel da fundamentação judicial na construção legítima das decisões judiciais que, por sua vez, servem à construção dos precedentes judiciais.

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, com ênfase na doutrina existente e demais publicações relacionadas ao assunto, tais como legislação correlata, artigos, dentre outros, com o emprego do método científico dedutivo e dialético e abordagem qualitativa.

2 A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL

Na data de 15 de março de 2020, marcou-se 35 anos do início da redemocratização do Brasil, comandada pela posse do vice-presidente José Sarney, em 15 de março de 1985. Tratou-se de um lento e gradual processo, considerado o caso mais extenso de transição democrática, marcado por 21 anos de ditadura militar, possuindo como ideal uma concepção de democracia mais ampla, que buscava certa transformação das estruturas de poder estatal, incluindo maior participação dos cidadãos nas decisões políticas, não restrita ao sistema representativo eleitoral¹.

Em nossa empreitada, merece o recorte histórico a partir do ano de 1983. O contexto social da época era o de mobilizações que reivindicavam o fim dos Governos de Exceção e a implementação das “Diretas Já”, implicando nas eleições populares para a Presidência da República, que só de fato aconteceu em 1989. Esse período foi marcado por reformas no Poder Executivo, que teve início no processo de *impeachment* do ex-presidente Fernando Collor de Mello - cujo mandato presidencial durou de 1990 a 1992 -, e pela implementação da Emenda Constitucional nº 32 de 2001, que alterou todo o procedimento de edição das Medidas Provisórias, ato legislativo exclusivo do Presidente da República².

O sistema jurídico brasileiro tem como base estruturante o modelo de *civil law*, e como tal, possui como principal alicerce a lei. Entretanto, houve uma significativa evolução da teoria interpretativa, por meio da qual valores como certeza, estabilidade, segurança e previsibilidade se mostraram insuficientes, o que levou a crer que a norma não estaria implícita no texto legal, dessa forma não antecedendo à interpretação, mas sim que dela se deriva. Essa evolução da interpretação formalista para a não-formalista foi responsável por encarregar as Supremas Cortes da função de conferir sentido ao direito, através da definição da interpretação adequada ao texto legal em razão da necessidade de se decidir legitimamente pela argumentação racional³.

¹ CIONELLO, Alexandre. A participação social como processo de consolidação da democracia no Brasil. From Poverty to Power: how active citizens and effective states can change the world. **Oxfam International**, jun., p. 1 – 12, 2008, p. 1. Disponível em: https://aedmoodle.ufpa.br/pluginfile.php/191946/mod_forum/attachment/300193/Bibliografia.pdf. Acesso em: 18 ago. 2020.

² KINZO, Maria D'alva G. A democratização brasileira: um balanço do processo político desde a transição. **Revista São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v. 15, n. 4., out./dez., 2001 – versão online, sem paginação. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-88392001000400002>. Acesso em: 05 set. 2020.

³ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 64 – 65.

A Constituição Federal de 1988 estampou significativa mudança no ordenamento jurídico pátrio, ao estabelecer o Estado Democrático de Direito, promulgar uma série de princípios de participação cidadã na implementação de controle social das políticas públicas, constitucionalizar garantias processuais e facilitar o acesso ao Poder Judiciário, colocando-o numa seara mais democrática e como fomentador da sua concretização⁴.

A reforma do Poder Judiciário, por seu turno, se deu por meio da aprovação da Emenda Constitucional nº 45 em 2004. Essa emenda provocou uma série de alterações no texto constitucional, no sentido de renovar e reafirmar a importância do exercício da função jurisdicional. A Emenda nº 45 de 2004 teve um papel essencial na criação de uma nova perspectiva com relação à fundamentação da decisão judicial⁵. Através dela, houve a mudança do inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal⁶, regulamentando o dever de fundamentação das decisões judiciais, o que já foi um avanço e uma anunciação de novos rumos para a decisão judicial e a decisão de mérito.

O Código de Processo Civil de 1973 possuía um caráter individualista, se baseava na classificação tríplice das ações (declaratória, constitutiva e condenatória), em processos autônomos estanques entre si (conhecimento, execução e cautelar), e possuía um modelo fundado num postulado de segurança jurídica – nula é a execução sem o título executivo. Não se concebia a interferência do juiz no campo particular das pessoas. Além dos procedimentos cautelares típicos, o juiz poderia conceder quaisquer outros provimentos, desde que necessários – cláusula em aberto.

Toda discussão a respeito da isonomia era voltada ao legislador, que deveria verificar que a mesma situação jurídica gerava o mesmo resultado jurídico. Não havia uma preocupação no campo judicial, posto que era um modelo fundado na segurança jurídica e na previsibilidade.

⁴ COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Ensaio sobre decisão judicial no Código de processo civil de 2015. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba/PR, v. 4, n. 39, abr., p. 154-170, 2015, Edição especial, p. 159. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/91443>. Acesso em: 03 set. 2020.

⁵ BANDEIRA, Regina Maria Groba. **A Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004: O novo perfil do Poder Judiciário brasileiro**. Estudo. Câmara dos Deputados, Brasília, setembro de 2005. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4584546/mod_resource/content/1/BANDEIRA%2C%20Regina%20Maria%20Groba.%20A%20EC%2045_2004.%20O%20novo%20perfil%20do%20Poder%20Judici%C3%A1rio%20brasileiro.pdf. Acesso em: 03 set. 2020.

⁶ Artigo 93, CF. IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília/DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 05 nov. 2019.)

No final da década de 70, surge a obra de Mauro Cappelletti denominada “Acesso à justiça”, que cobrava do juiz um papel mais ativo e manifestava a necessidade de se adotar procedimentos acessíveis mais simples e racionais, mais econômicos, eficientes e especializados para certos tipos de controvérsias, promovendo assim um tipo de justiça coexistencial, como aquela equivalente às formas não-jurisdicionais de solução de conflitos, a ser aplicada, principalmente, nas ações coletivas⁷. Desde essa época até a década atual, há uma incessante busca por um acesso à justiça mais efetivo, que se perfectibiliza a partir do desenvolvimento de técnicas processuais que possibilitem o estabelecimento de um sistema jurídico igualitário e moderno, que se proponha a garantir todos os direitos constitucionalmente estabelecidos para todos.

O novo Código de Processo Civil surgiu com essa preocupação e foi construído de forma a servir de solução para a intensa litigiosidade existente atualmente, tendo em mente o direito fundamental constitucional da duração razoável do processo. Iniciado com o Projeto de Lei nº 166 ou 8.046, submetido ao Poder Legislativo pelo Presidente do Senado Federal, José Sarney - PMDB/AP, em 8 de junho de 2010, foi discutido por mais de quatro anos, mediante a realização de audiências públicas em vários estados brasileiros, com a participação de diversos setores da sociedade organizada, além de sugestões pela internet. O texto do novo Código foi aprovado no Congresso Nacional em 17 de dezembro de 2014 e promulgado pela então Presidente da República, Dilma Rousseff, em 16 de março de 2015, entrando em vigor um ano após a data da sua publicação oficial, no dia 16 de março de 2016, como Lei nº 13.105/2015, revogando assim o Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869/1973).

Em seu Anteprojeto, consta, expressa e explicitamente, que “a mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas”⁸. É certo que o Estado de direito preconiza previsibilidade e ela só é alcançada por meio de uma linha jurisprudencial coerente e sem arbítrio, ao mesmo tempo que a qualidade da prestação judicial é conferida na aplicação fundamentada do direito positivo, principalmente no que se relaciona ao caso concreto em julgamento.

⁷ CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 8.

⁸ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Código de Processo Civil: Anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010, p. 26. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1>. Acesso em: 05 nov. 2019.

A proposta do Código de Processo Civil atual é certamente de um protagonismo democrático, baseado em um sistema processual de cooperação, que inclusive parte da premissa que não é exequível a interpretação dos dispositivos do Código de maneira isolada, exigindo do intérprete uma percepção unitária do sistema processual. O artigo 489, em seu inciso IV⁹ veio como um aliado nesse propósito de se amarrar cada vez mais o dever à fundamentação, tendo como objetivo vincular os magistrados à prolação de decisões sem a utilização de conceitos vagos e, principalmente, que enfrentem o mérito da causa, ao analisar todas as questões de mérito constantes na ação, não podendo mais se limitar a decidir apenas em algum ponto específico - mesmo que considere que já é suficiente para a correta solução da lide -, confirmando assim às partes que houve a análise por inteiro do caso apresentado, ainda que o resultado não seja favorável a uma ou ambas as partes, de modo a respeitar e efetivar o direito da parte como cidadão de obter essa fundamentação adequada.

O Código de Processo Civil de 2015 permite a aplicação de uma concepção da decisão judicial verdadeiramente democrática, que se reflete tanto por intermédio de um procedimento em que se assegure uma decisão participada pelo contraditório, quanto através dos fundamentos que constituem a decisão jurídica¹⁰.

O sistema constitucional contemporâneo, apoiado no devido processo legal, em substituição à mera aplicação da lei, requer que as decisões judiciais sejam criadas por meio da participação dos sujeitos processuais, sendo eles o autor, o juiz e o réu. Nesse sentido, Lorena Colnago assevera:

A jurisdição contemporânea é exercida com a ampliação dos poderes instrutórios do juiz em busca da efetiva participação da parte destituída de paridade real de defesa, esta, ocasionada em virtude das desigualdades econômicas e sociais. Dessa forma, o juiz contemporâneo não encerra suas funções na mera oportunização do contraditório às partes, quando não há efetiva igualdade de condições econômicas e sociais entre elas. O aumento dos poderes instrutórios do magistrado proporcionou o atendimento aos fins sociais do processo e um maior comprometimento da atividade jurisdicional com a efetivação do direito material no justo acesso ao Poder Judiciário¹¹.

Assim, ao se permitir a atuação das partes, tendo em mente o princípio do contraditório aplicado ao processo, há a formação de um espaço público de debate, que tem como fim a solução do conflito jurídico através da aplicação do Direito no Poder Judiciário, o que culmina

⁹ Código de Processo Civil, art. 489, IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador. (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 03 set. 2020.)

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão. **Hermenêutica e Jurisprudência no novo código de processo civil**: coerência e integridade. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 175.

¹¹ COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Op. cit., p. 160.

em um mecanismo inerente à democracia, pois possibilita que o cidadão participe efetivamente na gestão da *res publica*¹².

Com isso em mente, o dever judicial de coerência e integridade por bem positivado no Código de Processo Civil de 2015 possui algumas consequências bem claras, não se tratando, pois, de adorno jurídico, sem algum efeito prático, e Streck bem as elenca:

a) levar a sério o processo e os direitos dos seus participantes; b) uma mudança de *postura*, ou de *atitude interpretativa* com relação ao processo e as disposições que lhe dizem respeito; c) enxergar nos contraditores não meros opositores ou adversários, mas sim *membros de uma comunidade política genuína*, que são governadas por *princípios comuns* (e não apenas por regras criadas pelo jogo político) e que, justamente por isso, *aceitam a integridade*, já que aceitam “a promessa de que o direito será escolhido, alterado, desenvolvido e interpretado de um modo global, fundado em princípios”; d) entender que a coerência é um conceito intercambiável; um tribunal pode decidir coerentemente, só que de forma equivocada; portanto, coerência necessariamente não quer dizer acerto; por isso a integridade é a garantia para a interrupção de uma coerência equivocada¹³.

Há, então, clara conexão entre a garantia constitucional da fundamentação das decisões judiciais e o caráter democrático do exercício do poder do Estado, e é por essa razão que o Estado Democrático de Direito exige uma fundamentação adequada das decisões. Nesse ponto de vista, somente haverá legitimação democrática se as decisões judiciais forem significativamente fundamentadas, até mesmo como forma de oportunizar o controle advindo da sociedade civil¹⁴, promovendo assim uma legitimação constitucional de tais pronunciamentos.

No tocante às questões processuais advindas desse novo panorama, estas serão mais bem discutidas a seguir.

2.1 ASPECTOS PROCESSUAIS REFERENTES À FUNDAMENTAÇÃO

O início da exigência processual de motivação nas decisões judiciais se deu no Decreto nº 737 de 1850, a primeira lei processual brasileira, na qual constava em seu artigo 232 que a sentença deveria ser clara, sumariando o juiz, o pedido e a contestação com os fundamentos respectivos, motivando com precisão o seu julgado, e declarando sob sua responsabilidade a

¹² COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Op. cit., pp. 160 – 161.

¹³ STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão. Op. cit., pp. 176 – 177.

¹⁴ CÂMARA. Alexandre de Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério** – formação e aplicação de precedentes, enunciados e súmulas. São Paulo: Atlas, 2018, p. 86.

lei, uso ou estilo em que se fundaria¹⁵. Após, no Código de Processo Civil de 1939, tratou-se sobre o tema, ao estabelecer os requisitos da sentença em seu artigo 280¹⁶, e mais ainda no Código de Processo Civil de 1973, principalmente em seus artigos 131, 458 e 459¹⁷. Porém, somente na Constituição Federal de 1988 a motivação dos atos judiciais foi constitucionalizada e estabelecida como direito fundamental, por meio do art. 93, inciso IX, como anteriormente comentado.

Necessário se faz, primeiramente, retomar o entendimento básico de que no decorrer de um processo atos são praticados, e, dentre estes atos, cabe ao Juiz se manifestar de dois modos: pode decidir uma questão, sendo assim terá caráter decisório e será considerada uma decisão *latu sensu*, ou simplesmente impulsionar o procedimento, de modo a dar continuidade ao processo; deste modo, não terá conteúdo decisório e será definido como um despacho, sendo essas, portanto, as duas espécies de decisão ou pronunciamento judicial. Os pronunciamentos judiciais que possuem conteúdo decisório são classificados em duas espécies: as decisões proferidas pelo juízo singular e decisões proferidas em um órgão colegiado; como exemplos da primeira espécie citada, pode-se mencionar as sentenças e as decisões interlocutórias, e como exemplos da segunda, os acórdãos e as decisões unipessoais. O despacho, por sua vez, pode ser proferido pelo juízo singular, como também pelo órgão colegiado (art. 203, §3º, CPC)¹⁸.

A decisão judicial contém alguns elementos essenciais para sua feitura e o artigo 489 do CPC os especifica, sendo eles: o relatório, os fundamentos e o dispositivo. Apesar de o mencionado artigo se referir em seu *caput* apenas à sentença, esses são elementos fundamentais a qualquer tipo de decisão judicial.

¹⁵ BRASIL. **Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850**. Disponível em: [¹⁶ CPC, 1939. Art. 280. A sentença, que deverá ser clara e precisa, conterá: I – o relatório; II – os fundamentos de fato e de direito; III – a decisão. Parágrafo único. O relatório mencionará o nome das partes, o pedido, a defesa e o resumo dos respectivos fundamentos. \(BRASIL. **Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Disponível em: \[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/De11608.htm\]\(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/De11608.htm\). Acesso em: 05 set. 2020.\)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm#:~:text=LEGISLA%C3%87%C3%83O%20COMMERC%5BAL-,Art.,commercial%20aos%20casos%20occurrentes%20(art. Acesso em: 05 set. 2020.</p></div><div data-bbox=)

¹⁷ CPC, 1973. Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na decisão, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

Art. 459. O juiz proferirá a sentença, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor. Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o juiz decidirá em forma concisa. Parágrafo único. Quando o autor tiver formulado pedido certo, é vedado ao juiz proferir sentença ilíquida. (BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm. Acesso em: 05 set. 2020.)

¹⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 304.

O relatório, além de conter os nomes das partes, a identificação do caso e o pedido da parte, tem como principal função descrever os fatos pertinentes ocorridos no processo. De acordo com o artigo 165 do CPC/73, o relatório somente seria exigido na sentença e no acórdão, porém tal quadro mudou devido à valorização do precedente judicial, trazida pelo CPC de 2015, já que o relatório é indispensável para a identificação dos fatos centrais do processo, e sem o reconhecimento destes fatos, a aplicação do precedente judicial se torna inviável.

Como dito anteriormente, a Constituição Federal de 1988 consagra como direito fundamental a fundamentação das decisões judiciais em seu artigo 93, inciso IX, quando estabelece que toda decisão judicial deve ser fundamentada.

Tal dever de fundamentação está inserido como um mínimo para a efetivação do devido processo legal constitucional, e para que haja a sua concretização, o papel do juiz é imprescindível, pois por caber a ele proferir uma decisão de forma justa, é extremamente necessário que fundamente sua decisão e justifique sua convicção, somente dessa maneira a decisão judicial se encontrará motivada, pois a motivação é a elucidação da convicção e, por consequência, da decisão¹⁹.

Dessa maneira, a fundamentação da decisão judicial deve ser substancial, sendo incompatível com o devido processo legal a emissão de pronunciamento judicial somente formalmente fundamentado. Com o intuito de não permitir uma fundamentação sem qualquer esforço argumentativo, o CPC/2015 tratou de hipóteses que não considera fundamentada a decisão judicial em seu art. 489, §1º, que serão mais bem trabalhadas em ponto específico nesse trabalho.

A exigência da fundamentação das decisões é essencial para o caráter democrático dos pronunciamentos jurisdicionais e se dá em razão de sua dupla função. Há primeiramente uma função endoprocessual, que permitirá às partes a feitura de uma análise da causa para que assim possam interpor os recursos cabíveis, bem como para que os juízes de hierarquia superior tenham ferramentas para reformar ou não a decisão. E se tem a função exoprocessual ou extraprocessual, pela qual a fundamentação torna viável o controle da decisão do magistrado pela via difusa da democracia participativa, exercida pelo povo e sendo em nome dele que a sentença é pronunciada, por força do parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal²⁰.

Cabe à fundamentação fornecer solução às questões de admissibilidade e de mérito relativas ao caso sob análise, como também às questões de fato e de direito, que se encontram

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 457.

²⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p. 315.

interligadas, tendo em vista que ao resolver as questões de mérito, o juiz enfrenta as questões de fato e de direito; o mesmo ocorre quando resolve questões de admissibilidade da ação proposta.

Oportuna se faz à referência ao art. 926 do CPC, que impõe aos tribunais o dever de manter íntegra, estável e coerente a sua jurisprudência. Deriva desse artigo dois deveres: o de integridade e o de coerência, e sobre eles, Streck leciona:

A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão igual consideração por parte do Poder Judiciário. Isso somente pode ser alcançado através de um holismo interpretativo, construído a partir de uma circularidade hermenêutica. Coerência significa igualdade de apreciação do caso e igualdade de tratamento. (...) Já a integridade é duplamente composta, conforme Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido. A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos freios, através dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas²¹.

A jurisprudência, portanto, é considerada consistente quando lastreada em decisões judiciais bem fundamentadas e, conseqüentemente, seus precedentes o serão (art. 489, §1º e art. 927, §1º e §4º, ambos do CPC). Para que isso aconteça, como primeiro passo deve-se respeitar, na decisão judicial, a coerência e a integridade do Direito democraticamente produzido sob amparo constitucional. Considerando que seja posto em prática pelos tribunais o atendimento a esses deveres, ao juiz de primeiro grau não restará alternativa senão se vincular a essas decisões, mantendo assim a jurisprudência íntegra e coerente, isto é, livre de surpresas ao cidadão, de modo que ele consiga vislumbrar a efetivação do direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição.

Algumas das características da fundamentação, na visão de alguns autores, dentre eles Fredie Didier, é a racionalidade, que implica numa forma de controlar o poder que é dado ao magistrado de avaliar os fatos e argumentos, que o compele a explicar suas próprias escolhas pautadas na razão; e a controlabilidade da decisão, que condiz na fácil compreensão e acessibilidade desta, como também de sua publicidade²².

Em virtude dessa racionalidade, é mais adequado que a justificativa trazida pelo juiz siga um caminho lógico: primeiro se analisam as questões de admissibilidade, depois as de mérito; quanto a cada uma delas, primeiro se resolvem as questões de fato, depois as de direito. Ao seguir tal lógica, as questões processuais citadas pelas partes ou conhecidas de ofício pelo

²¹ STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão. Op. cit., pp. 157 – 158.

²² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., pp. 316 - 318.

juiz (art.10, CPC) que deveriam ter sido conhecidas anteriormente no processo e não o foram, deverão ter sua apreciação priorizada. Se nessa apreciação for verificado algum vício formal insanável que impossibilite que o mérito seja analisado, em regra, será determinado pelo juiz a inadmissibilidade do procedimento e será extinto o processo sem resolução de mérito²³.

Ocorre que esse resultado da extinção do processo sem exame do mérito será aplicado aos casos em que o magistrado se deparou com algum óbice insuperável, pois uma vez diante da falta de algum requisito processual de validade, não havendo prejuízo, poderá ignorá-lo, em prol da resolução do mérito da causa. Isto porque o magistrado tem o dever de examinar o mérito, consoante determina o princípio da primazia da decisão de mérito, que será explorado em um subponto específico.

O juiz, ao examinar as questões de fato, considerará as provas abordadas no processo. A prova pode se referir a fatos principais, aqueles cuja ocorrência verdadeiramente se quer comprovar por meio dela, ou a prova indiciária, ou seja, aquela que é responsável por demonstrar indícios de fatos secundários que ensejam para um fato principal, de modo que tal prova pode indicar a veracidade ou existência deste, como também a sua falsidade ou inexistência. Cabe ao magistrado neste último caso julgar a existência ou não do fato principal; dessa forma, é imprescindível que o julgador explique os motivos utilizados por ele para chegar a sua conclusão com relação ao fato principal²⁴. Inclusive o artigo 371²⁵ do CPC exige do magistrado que indique na decisão as razões da formação de seu convencimento quanto à valoração das provas que irá apreciar.

Com relação ao exame das questões de direito, essas podem ser conhecidas através das partes ou conhecidas de ofício. No segundo caso, as partes deverão ser consultadas e deverá existir a manifestação do contraditório e do modelo cooperativo de processo, vide artigo 10 do CPC²⁶. É importante que o juiz delimite alguns pontos específicos a serem esclarecidos na construção do seu ato decisório, como: selecionar qual norma jurídica geral será aplicada naquela situação fática; os efeitos dessa aplicação; analisar e resolver possível conflito normativo aferido, inclusive de compatibilidade constitucional²⁷.

²³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p. 319.

²⁴ Ibidem, p. 321.

²⁵ Código de Processo Civil, art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento. (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 03 set. 2020.)

²⁶ Código de Processo Civil, art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 03 set. 2020.)

²⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., pp. 321- 322.

O saneamento e organização do processo é uma ferramenta de extrema importância nesse processo de criação da decisão judicial, com a fixação dos pontos controvertidos que deverão ser os mais relevantes para a decisão de mérito, além de ter como propósito a resolução das questões processuais pendentes, a delimitação das questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, a definição e a distribuição do ônus da prova e designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento, consoante declara o art. 357 do CPC²⁸.

Por fim, o dispositivo é onde se conclui a análise acerca de um ou mais pedidos que foram dirigidos ao órgão jurisdicional, que acaba por estabelecer um preceito normativo²⁹. É uma resposta às partes, seja ela intencionada a resolver questão de mérito ou não. É correto afirmar que sem o dispositivo a decisão não existe.

2.1.1 Decisões sem fundamentação

Em concordância com o artigo 93, inciso IX, da CF, o dever de fundamentação se apresenta como garantia constitucional, sendo inclusive um direito fundamental processual – sobre esse aspecto trataremos em ponto específico –, que implica em um encargo ao magistrado de oferecer resposta suficientemente adequada às pretensões das partes, ao mesmo tempo em que oferece uma decisão judicial compatível com o direito constitucionalmente produzido.

Nesse contexto, a ausência de fundamentação na decisão judicial implica na sua inviabilidade por manifestar uma nulidade. Caso a fundamentação seja inútil ou deficiente, há de se considerar que também haverá prejuízo no ato decisório, e assim sendo, equiparar-se-á a ausência.

Em virtude da relevância do assunto, que inclusive possui considerável consequência prática, foi criado o § 1º do art. 489 no CPC/2015³⁰, sendo tal dispositivo responsável por citar alguns exemplos de casos em que a decisão deficientemente justificada é considerada não fundamentada, a seguir expostos:

Art. 489, §1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo

²⁸ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm. Acesso em: 05 set. 2020.

²⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p. 349.

³⁰ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm. Acesso em: 05 set. 2020.

capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

De forma bastante breve, será pontuado qual é o problema em ser feito como dito em cada inciso e por que não poderia ser considerada fundamentada a decisão baseada nessas circunstâncias. A começar pela hipótese do inciso I, em que basicamente se ignora, quando da elaboração do ato decisório, as particularidades do caso em questão, não havendo nenhuma contextualização e, conseqüentemente, se desconsidera o caráter democrático da fundamentação na decisão, que importa na interpretação dos fatos e do direito e de uma demonstração baseada na argumentação do porquê aquele texto normativo, aquela solução jurídica se mostra a melhor solução para o caso.

O inciso II, ao mencionar a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, parte não somente da necessidade de explicação contextualizada ao caso tratado, mas busca combater a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, sem nenhuma restrição técnica ao julgador e aos outros sujeitos processuais³¹. Isto é, não pode o juiz se valer desses conceitos numa tentativa vazia de formular uma fundamentação aparentemente democrática. Já o inciso III tem como objetivo não permitir fundamentações genéricas, que de fato serviriam para todo e qualquer caso submetido à apreciação jurisdicional.

No que diz respeito ao inciso IV, muito já se discutiu na jurisprudência pátria acerca do que seria considerado uma fundamentação válida, e os Tribunais Superiores, principalmente o Supremo Tribunal Federal, proferiram várias decisões com o intuito de resolver essa questão; no entanto, as decisões se apresentaram inconsistentes, pois ora se considerava válida a motivação que se bastava em demonstrar os fundamentos que levaram o magistrado a construir conclusão específica, sem esgotar na sentença todos os argumentos apresentados pelas partes, ora se considerava necessário abordar todo e qualquer argumento trazido ao processo.

Em 2011, em decisão de Agravo regimental em agravo de instrumento de nº 797.581/PB-AgR, o Ministro Relator Ricardo Levandowski confirmou a interpretação e o alcance do art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988 alegando que “a exigência do art. 93,

³¹ SOUSA, Lorena Ribeiro de Carvalho. **O dever de fundamentação das decisões no código de processo civil de 2015:** um estudo crítico das decisões do Superior Tribunal de Justiça a partir do modelo constitucional de processo. 2017. 146 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017, p. 87. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SousaLR_1.pdf. Acesso em: 10 ago. 2020.

IX, da Constituição, não impõe que seja a decisão exaustivamente fundamentada. O que se busca é que o julgador informe de forma clara e concisa as razões de seu convencimento”³².

Em junho de 2016, após o período de *vacatio legis* do Código de Processo Civil de 2015, a Ministra relatora Diva Malerbi decidiu em embargos de declaração a respeito do dever de fundamentação do juiz com entendimento semelhante, segue trecho de ementa:

2. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida.³³

Nesse sentido, a hipótese abordada no inciso IV vem firmar a compreensão de que a decisão judicial, para ser considerada válida, deve ter como base um efetivo exercício do contraditório. Aqui se vislumbra o dever de fundamentar os atos decisórios, partindo da premissa que ao garantir uma fundamentação especificada e circunstanciada segundo os pontos controvertidos, debatidos durante o percurso processual³⁴, se obsta qualquer tipo de discricionariedade advinda do magistrado. Por isso mesmo se mostra tão importante o saneamento do processo para a construção da fundamentação em uma decisão judicial, que deverá demonstrar as razões pelas quais se acolheu ou se rejeitou determinado argumento, oferecendo uma resposta adequada e suficiente às partes, não sendo imprescindível, no entanto, o enfrentamento de todas as questões trazidas no processo, mas obrigatoriamente enfrentará os argumentos que de fato resultem do contraditório.

Quanto ao inciso V, esse tem estreita ligação com o art. 927 do CPC, responsável por estabelecer um rol de precedentes normativos formalmente vinculantes que os juízes e tribunais deverão observar³⁵. Essa hipótese impõe a demonstração dos fundamentos determinantes, na

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI nº 797.581/PB-AgR**, Primeira Turma, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 1/2/11. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9975967>. Acesso em: 10 set. 2020.

³³ Em síntese, a ementa destacada se refere à embargos de declaração em mandado de segurança, pois foi apontada a ocorrência de litispendência entre o *mandamus* e a ação ordinária nº 0027812-80.2013.4.01.3400, tendo como base, para tanto, jurisprudência da Corte Superior acerca da possibilidade de litispendência entre Mandado de Segurança e Ação Ordinária, quando as ações intentadas objetivam, ao final, o mesmo resultado, ainda que o polo passivo seja formado de pessoas diversas. Os embargos foram rejeitados em virtude do entendimento de que se tratou de inconformismo do embargante à decisão atacada, não existindo, na hipótese, quaisquer dos vícios previstos no art. 1.022 do Código de Processo Civil. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **EDcl no MS 21.315-DF**, Primeira Seção, Relatora: Min. Diva Malerbi – Convocada do TRF da 3ª Região, DJe de 8/6/16. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento?data_pesquisa=19/09/2017&seq_publicacao=15347&seq_documento=17442564&versao=impressao&nu_seguimento=00001¶metro=null. Acesso em: 12 ago. 2020.)

³⁴ SOUSA, Lorena Ribeiro de Carvalho. Op. cit., p. 89.

³⁵ Código de Processo Civil, art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos

fundamentação em que for evocado um determinado precedente ou enunciado de súmula, seja pelo juiz ou pelas partes³⁶. Entendendo-se aqui como fundamentos determinantes, no caso dos precedentes judiciais, a *ratio decidendi*³⁷, que se traduz na identificação dos fundamentos principais da decisão judicial em questão.

Por conseguinte, estamos diante da impossibilidade de aplicação de precedentes e enunciados de súmulas pela sua mera transcrição, como se fossem normas gerais, sem o esforço argumentativo de correlacioná-los às circunstâncias do caso. Tal inciso fortalece o encargo dialógico do processo, a necessidade de expor a particularidade do caso e de como se relaciona com os precedentes e as súmulas, até por considerar a formação idônea desses instrumentos³⁸.

Por fim, com relação ao inciso VI, demanda que os juízes e tribunais só afastem precedentes, enunciados de súmula ou jurisprudência após a realização do processo de raciocínio jurídico e ônus argumentativo, mediante o respeito a *metodologia própria da fundamentação* para verificar em que proporção é aplicável ao caso concreto. No caso do precedente judicial, cabe averiguar se resta configurada situação de diferenciação (*distinguishing*) ou de superação (*overruling*), a partir de sua *ratio decidendi*. Caso contrário, a possível não aplicação dessas normas apenas será executável através de controle difuso de constitucionalidade³⁹.

Dessa maneira o artigo 489, §1º, do CPC corrobora com a conclusão de que para a elaboração de uma fundamentação adequada, se faz necessária uma estruturação argumentativa do caso em análise, considerando os fatos e as teses apresentadas, tendo como parâmetro os direitos fundamentais processuais estabelecidos no modelo constitucional.

No que concerne à consequência da violação ao dever de fundamentação, dois são os posicionamentos doutrinários. O primeiro deles é defendido por Michelle Taruffo, segundo o qual a decisão judicial sem fundamentação é inexistente juridicamente; e se por acaso essa fundamentação for deficiente, seria hipótese de nulidade. O autor argumenta partindo da concepção de que a motivação é considerada um componente estrutural imprescindível na decisão judicial, e ao retirá-lo, não seria possível identificar esta decisão como um exercício legítimo da função jurisdicional. Deste modo, não teria como combater tal vício por meio de

extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional.; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 03 set. 2020.)

³⁶ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fundamentação das decisões judiciais**: o controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 138.

³⁷ Razão de decidir.

³⁸ SOUSA, Lorena Ribeiro de Carvalho. Op. cit., p. 98.

³⁹ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Op. cit., p. 141.

recursos, porque, na verdade, não há uma decisão para se combater. Já em concordância com segundo posicionamento doutrinário, defendido por Sérgio Nojiri e Fredie Didier, a falta da fundamentação poderia provocar, no pior cenário, o ajuizamento de uma ação rescisória, sendo passível então de recurso, pois a inexistência da fundamentação implicaria na hipótese de ser anulável a decisão. A razão pela qual seria anulável é que não se encontra um defeito em algo que não existe, a decisão está lá, e por existir é que foi percebido o vício, sendo dessa forma invalidada pelo Poder Judiciário⁴⁰. Nesse sentido se encontra o enunciado n° 307⁴¹ do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, que aduz sobre a nulidade da sentença devido a insuficiência da fundamentação.

Há de se considerar, em um primeiro momento, a teoria do fato jurídico desenvolvida por Pontes de Miranda⁴², e, a partir disso, pode-se assentir que a sentença não é inexistente pela falta de fundamentação, ela existe no mundo jurídico sim, inclusive porque foi proferida no bojo de um processo judicial e proferida por um agente investido de jurisdição, entretanto, está em completa desconformidade com o direito fundamental processual que é o dever à fundamentação das decisões. Por esse motivo apresenta defeito, que gera um problema de invalidade, e deverá ser considerada nula.

2.1.2 A fundamentação e a coisa julgada

Resta clara a proximidade do Código de Processo Civil atual com o modelo de *common law*. Em seu artigo 503, mais precisamente em seu *caput*, declara que a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida, por essa razão fará coisa julgada material; no seu §1° aduz que o disposto em seu *caput* aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se algumas determinadas situações ocorrerem. A coisa julgada citada no *caput* do referido artigo seria a coisa julgada comum, isto é, a que recai sobre o preceito contido no dispositivo da decisão judicial; já no que se refere ao §1° do art. 503 seria a coisa julgada

⁴⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., pp. 344 - 345.

⁴¹ BRASIL. **Enunciado n° 307 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis**. “Reconhecida a insuficiência da sua fundamentação, o tribunal decretará a nulidade da sentença e, preenchidos os pressupostos do § 3° do art. 1.013, decidirá desde logo o mérito da causa”. Enunciado aprovado em Belo Horizonte, de 05 a 07 de dezembro de 2014. Disponível em: https://www.academia.edu/11813197/EnunciadosdoFPPCVers%C3%A3ofinaldoeventorealizadoem_BH. Acesso em: 08 jul. 2020.

⁴² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo 4. 3. ed. São Paulo: RT, p. 13 *apud* PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fundamentação das decisões judiciais: o controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 124.

especial, que é aquela que pode incidir sobre solução dada na fundamentação à questão prejudicial incidental⁴³. Dessa forma, parte da fundamentação da sentença pode ser abarcada pela coisa julgada, conseqüentemente ganhando caráter definitivo, desde que exerça influência decisiva.

Houve, portanto, a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada, que agora se estendem às questões prejudiciais incidentais expressamente decididas. Na visão de alguns, pode ter ficado redundante, mas é justamente essa redundância que proporciona a segurança jurídica de que não ficará imunizada pela coisa julgada as decisões incidentais implícitas.

Enquanto o limite subjetivo da coisa julgada, seja ela em seu regime geral (art. 503, *caput*, CPC), seja em seu regime especial (art. 503, §1º do CPC), continua sendo direcionada para as partes que fazem parte da relação processual, em concordância com o que está estabelecido no art. 506 do CPC.

Diante disso, a fundamentação para ser passível de coisa julgada deve se enquadrar nos pressupostos previstos no §1º do art. 503⁴⁴. Caso as decisões reveladas na fundamentação não atenderem tais pressupostos, não farão coisa julgada, vide art. 504 do CPC. É importante salientar que no que diz respeito ao inciso I do §1º do art. 503, há nele um caráter ainda mais limitador da abrangência da coisa julgada, de modo a implicar no entendimento de que “são questões prejudiciais determinantes aquelas que se encontram no iter decisório percorrido pelo juiz para chegar ao dispositivo (das quais depende o julgamento)”, conforme aduz Rodrigo Ramina de Lucca⁴⁵.

Sendo assim, com exceção do disposto no art. 503, § 1º do CPC, todo o restante que o juiz resolver na fundamentação poderá ser revisto em demais processos, independentemente de envolver as mesmas partes ou outras, cabendo, é claro, aos julgadores dos outros processos não se aterem a motivação feita nas decisões antecedentes. Há a possibilidade dessa revisão pelo motivo de que a coisa julgada comum torna imune exclusivamente o conteúdo da norma jurídica concreta assentada no dispositivo da decisão jurídica⁴⁶.

⁴³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p. 346.

⁴⁴ Código de Processo Civil, art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida. § 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se: I - dessa resolução depender o julgamento do mérito; II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal. (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 03 set. 2020.)

⁴⁵ LUCCA, Rodrigo Ramina de. Os limites objetivos da coisa julgada do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo – REPRO**, v. 252, fev., 2016 (sem paginação). Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.252.04.PDF. Acesso em: 12 set. 2020.

⁴⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p. 346.

Uma ressalva importante a se fazer está estipulada no § 2º do art. 503, em que se esclarece que não se aplicará a hipótese do § 1º se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial, ou seja, para que haja coisa julgada com relação à questão principal, deverá ter havido o esgotamento dos meios de prova no processo em que foi proferida a decisão.

A ligação entre fundamentação e coisa julgada teve sua vez em decorrência dos precedentes judiciais - o que por si só já é uma inclusão de parte do regime de estabilização de sentenças dos países que fazem uso do modelo *common law* -, posto que o efeito vinculativo de um precedente judicial (*ratio decidendi*⁴⁷) está conectado à fundamentação da decisão paradigma (norma jurídica geral). Devido a isso, o que for decidido na fundamentação poderá ter poder vinculativo em outros casos equivalentes. Pelo precedente ter efeito *erga omnes*, tal resolução servirá para qualquer sujeito.

Ainda sobre os efeitos da fundamentação da decisão judicial se tem o caso acerca da intervenção de terceiro e sua eficácia da intervenção, visto que mediante *caput* do art. 123 do CPC/2015, o assistente simples fica impedido de, em processo posterior, discutir a justiça da decisão, ou seja, o assistente ficará vinculado à fundamentação da decisão proferida contra o assistido⁴⁸. Isto quer dizer que o assistente ficará submetido às questões resolvidas na motivação da decisão proferida no processo em que interveio, não havendo ligação com a coisa julgada nesse caso.

Por fim, um último aspecto que merece destaque quanto à extensão da coisa julgada às questões prejudiciais incidentais, o art. 504 do CPC não deixa dúvida que aspectos fáticos da causa não farão coisa julgada, mesmo que sejam consideradas prejudiciais ao julgamento de mérito da demanda. À vista disso, imutáveis pela coisa julgada serão as questões jurídicas apenas, e não as fáticas.

2.1.3 A fundamentação e o mérito

A correta análise de recursos pelas Cortes Superiores, principalmente no que concerne ao mérito, é dependente diretamente de uma boa fundamentação na decisão judicial feita pelas instâncias inferiores. Nessa perspectiva, a falta de fundamentação é um agravante extremo, pois inviabiliza qualquer pretensão que se tenha de uma eventual reforma da decisão pelos tribunais

⁴⁷ Razão de decidir.

⁴⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p. 347.

superiores, uma vez que não haverá como ser debatido os pontos necessários que proporcionam a reforma da decisão.

O enfrentamento do mérito no julgamento é o ponto chave de todo o processo, no entanto, não está sendo alcançado devido ao exame, quase interminável, de questões processuais que por vezes inviabilizam a análise do mérito das ações. Pensando exatamente nessa problemática, há dispositivos no Código de Processo Civil de 2015 que preveem o fortalecimento das questões de mérito, obrigando os magistrados a realmente emitirem suas decisões sobre as questões levantadas dentro das ações, bem como a aplicar o princípio da primazia do mérito.

O CPC, em sua parte geral, já separa o primeiro capítulo para as normas fundamentais do processo civil, e no seu artigo 4^o⁴⁹ menciona dois princípios fundamentais do processo civil: o da duração razoável do processo (art. 5^o, inciso LXXVIII da Constituição Federal de 1988) e o da primazia da resolução do mérito. Através deste princípio, se configura um obstáculo a figura da jurisprudência defensiva, pois se consolida o entendimento de que há prioridade à resolução do mérito sobre o reconhecimento de obstáculos superáveis, incluindo os de cunho meramente processual, à produção do resultado normal do processo⁵⁰.

O § 2^o do artigo 282 do CPC é um dos dispositivos que defende o princípio da primazia do mérito, ao afirmar que “quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta”. Esse parágrafo tem considerável importância, principalmente em sentido prático, pois por inúmeras vezes e por variados motivos o juiz se depara com o processo concluso para sentença, porém ao ser analisado com maior detalhamento em prol do julgamento, se depara com a falta de algum ato processual considerado necessário, seja a não realização de audiência de conciliação ou qualquer outro obstáculo, se vendo numa situação em que ou transforma em diligência ou profere a sentença. Obviamente que existem casos e casos, mas não havendo prejuízo para as partes e tendo em vista a duração razoável do processo, a prioridade é a prolação da sentença, e nela, por meio de uma fundamentação adequada, se exporá os motivos que levaram o juiz a decidir pela procedência ou não do pedido em questão.

⁴⁹ Código de Processo Civil, art. 4^o. As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa. (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 03 set. 2020.)

⁵⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da Primazia do Mérito e o Novo Código de Processo Civil. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 70, set./out., p. 42-50, 2015, p. 45. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista70/revista70_42.pdf. Acesso em: 12 ago. 2020.

Ao não enfrentar o mérito e não fundamentar as decisões, cria-se um embaraço jurídico, o qual resultará em inúmeros recursos tratando não do objeto da lide, mas sim de questões processuais que nada auxiliam o próprio Poder Judiciário e muito menos o povo. À vista disso, o artigo 317 do CPC assevera que “antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício”. É possível afirmar que dois aspectos foram levados em consideração nesse artigo, o primeiro deles já mencionado acima (gerar recursos de forma desnecessária), e o segundo encontra morada no princípio da cooperação – consagrado no art. 6º do CPC -, pois tanto é incompatível com as normas fundamentais processuais brasileiras que ocorra a extinção do processo por vício processual sem antes dar a oportunidade a parte de saná-lo, quanto é a obrigação do órgão jurisdicional oferecer essa oportunidade a parte, inclusive, em certos casos, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado, em acordo com previsão contida no art. 321 do mesmo Código.

Ainda que a análise das questões processuais de admissibilidade da ação deva, em regra, anteceder a análise das questões de mérito, a solução a ser dada às questões processuais pode, eventualmente, ser posterior à solução das questões de mérito⁵¹.

O CPC reitera a regra no art. 488, o qual anuncia: “desde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485”. É de fácil conclusão que a solução de mérito é o objetivo do processo, podendo ser considerada a sua própria razão de ser, e que o princípio da primazia da decisão de mérito é a base para que esse objetivo seja alcançado.

O artigo 489, em seu inciso IV⁵², é uma ferramenta importante nesse combate do óbice à resolução do mérito, uma vez que com este inciso, o Código de Processo Civil obriga os magistrados a enfrentarem o mérito, e não só analisar a causa de pedir de uma ação.

Apesar de já existir previsão constitucional conferindo o dever de fundamentar, no inciso IX do artigo 93, como o texto constitucional trata apenas da fundamentação das decisões e não em como fazê-la, por vezes surge o argumento de que ao juiz não recai o encargo de decidir a respeito de todas as teses ostentadas pelas partes, desde que o faça de maneira fundamentada em harmonia com o inciso IX do art. 93 da Constituição⁵³.

⁵¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p. 319.

⁵² Código de Processo Civil, art. 489. IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador. (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 03 set. 2020.)

⁵³ PAGANELLI, Celso Jefferson Messias. O enfrentamento do mérito, a fundamentação e a racionalidade da decisão judicial no processo constitucional democrático: um vislumbre sob a ótica do novo código de processo civil. In: BORGES, Alexandre Walmott; TOLEDO, Iara Rodrigues de; BEÇAK, Rubens (Coord.). **Hermenêutica**

O problema aqui presente é que, mais uma vez, o cidadão não está de todo protegido, dando margem a mera discricionariedade por parte do juiz, podendo ocorrer casos até de favorecimento a alguma das partes ou a prática de algum outro ato ilícito pelo magistrado.

Outra questão é que a fundamentação, se feita de forma desorganizada e contraditória, gera interposição de embargos de declaração, e novamente o problema apresentado fará com que a discussão processual seja desvirtuada, fugindo assim do objetivo principal do processo, que é a análise do mérito da ação.

No entanto, não há por que considerar que o magistrado estará obrigado a oferecer resposta a toda e qualquer questão trazida pelas partes, o que se busca aqui é a adequada fundamentação e análise do mérito, a partir de uma resposta as teses jurídicas e fatos apresentados, e nessa construção da decisão judicial, inevitavelmente o juiz abordará as questões que eventualmente tenham sido propostas no decorrer da ação.

Mediante o inciso IV do artigo 489, a aplicação do princípio da primazia do mérito e a construção de uma fundamentação adequada constituem ferramentas para que os recursos possam diminuir, vez que a análise do mérito efetuada dentro do processo permite um maior conformismo das partes com o que fora decidido pelo magistrado, ainda que não seja concedida a pretensão formulada no seu pedido, pois haverá a sensação de completude ao saber que a demanda teve todos os seus aspectos observados pelo julgador ao emitir a decisão judicial.

2.2 A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL E A EXIGÊNCIA DE LEGITIMIDADE

As últimas décadas do século XX e suas significativas transformações no que concerne ao Estado e ao Direito reverberaram, claramente, no Direito Constitucional, em especial, quanto à exigência de legitimidade no ato de poder, que obteve progressivamente maior relevância no processo democrático e que culminou até em um novo tipo de legitimidade a ser considerada, inclusive de maneira protagonista.

Tradicionalmente, há o conceito de legitimidade formal, isto é, a legitimidade como resultado da validade meramente formal da norma dentro da estrutura piramidal do sistema jurídico formulado por Hans Kelsen e seu normativismo, cujo controle estava totalmente ligado a uma compatibilidade com a norma legal positivada; e, de forma mais contemporânea, há o

[Recurso eletrônico on-line]. CONPEDI/UNINOVE (Org.). Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 439. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=93>. Acesso em: 12 ago. 2020.

conceito de legitimidade material ou substancial, em que será considerado o conteúdo da norma como resultado do *exercício democrático do poder*⁵⁴.

No Brasil, o Código de Processo Civil de 2015 tratou dessa legitimidade substancial, exigindo dos juízes, na construção da decisão judicial, não somente a imposição do dever de se ter uma fundamentação mais analítica, mas que por meio dela precisarão assumir o caráter interpretativo que antecede toda e qualquer decisão judicial, além de explanar as razões do seu convencimento e as construções interpretativas que levaram até ela. Assim entendido, o art. 489 e seus parágrafos são vistos como significativa colaboração para a solidificação de uma jurisdição afinada ao ideal de Estado Democrático de Direito acolhido pela Constituição Federal de 1988⁵⁵.

É possível dizer que o tema da *legitimidade constitucional* se mostra fortemente conectado ao da sua modificabilidade, o que, reconhecidamente é uma ocorrência da vida jurídica, em razão da tensão com o texto constitucional e pela exigibilidade de efetividade dessa realidade encontrada na Constituição⁵⁶.

A seguir, uma breve explicitação acerca dos tipos de legitimidade constitucional.

2.2.1 Legitimidade formal

Hans Kelsen, no começo do século XX, com sua *Teoria Pura do Direito*, tinha como objetivo impor limites à esfera do conhecimento jurídico a possibilidade explicativa e de conhecimento do sistema normativo, colocando a norma como objeto do estudo científico. Essa perspectiva, chamada de positivismo jurídico normativo, se funda na ideia de que somente o Estado é o detentor do poder de estabelecer o Direito (enquanto ciência)⁵⁷.

⁵⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade Constitucional. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**. FGV Direito Rio - Rio de Janeiro, v. 230, out./dez., p. 347 – 356, 2002, pp. 347 - 348. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46350>. Acesso em: 12 ago. 2020.

⁵⁵ MELLO, Cláudio Ari. Interpretação jurídica e dever de fundamentação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo – REPRO**, v. 25, maio. Versão on-line, sem paginação, 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.255.03.PDF. Acesso em: 12 ago. 2020.

⁵⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 151.

⁵⁷ RAMIRO, Caio Henrique Lopes; HERRERA, Luiz Henrique Martim. Hans Kelsen: filosofia jurídica e democracia. **Revista de Informação Legislativa**, v. 52, n. 205, jan./mar., p. 235 - 260, 2015, pp. 235 - 236. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p235.pdf. Acesso em: 08 set. 2020.

A partir de então, foi estabelecido como premissa metodológica entender o Direito com base no Direito, retirando da análise tudo o que não era pertencente ao seu objeto de estudo. Para ser considerado Direito, deveria advir do Direito positivo⁵⁸.

Como forma de isolar a análise do Direito de outras ciências sociais, ao jurista cabia desprezar suas outras experiências provenientes das demais áreas de conhecimento e aplicar uma metodologia separatista cujo cerne era a norma⁵⁹. Esse viés separatista raciocina que o estudo do Direito não compreende elementos não jurídicos, como a moral, por exemplo, não dependendo, portanto, de uma conformidade com critérios que discorram sobre o correto ou o justo, mas sujeita-se sim a um caráter formal, em que a norma (ou o sistema jurídico) será considerada válida desde que o seu conteúdo esteja inserto em um ordenamento jurídico⁶⁰. Neste ponto, se sucede o reconhecimento do julgador como *a boca da lei*, isto é, para o magistrado, não era permitido qualquer atividade hermenêutica, mas apenas a reprodução e aplicação da norma positivada.

Com a sua obra “Teoria Pura do Direito”, Kelsen sugere um exame estrutural de seu objeto, formulado por um encadeamento de ordenamentos subordinados a uma hierarquia de níveis sucessivos de extensão e eficácia declinantes⁶¹, o que implica dizer em normas que derivam umas das outras, pensando em uma hipotética norma fundamental como fundamento final de validade através da qual todas as normas descendem. Assim, por meio dessa doutrina da normatividade, o referido jurista também pensou no conceito de soberania dentro de um ordenamento jurídico, tendo como preceito tal norma fundamental pressuposta⁶².

É aqui tratada uma validade meramente formal da norma, não cuidando, pois, do seu conteúdo, mas sim do fato que a norma jurídica dependerá obrigatoriamente de uma norma superior, no caso a Constituição, que irá estabelecer o processo e a competência para editar as que lhe são inferiores. Nesse passo, a validade de uma norma jurídica não é negada pelo seu teor contraditar outra que pertença a outro sistema jurídico, pois o que importa é que essa norma esteja em sintonia com a norma fundamental do seu ordenamento e, em razão disso, sua validade restará presente.

⁵⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 1.

⁵⁹ REALE, Miguel. **Direito natural/direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 63.

⁶⁰ KELSEN, Hans. Op. cit., 2006, p. 221.

⁶¹ RAMIRO, Caio Henrique Lopes; HERRERA, Luiz Henrique Martim. Op. cit., p. 239.

⁶² GIACOIA JR., Oswaldo. Kant, Schopenhauer e o Direito de mentir. 10/2001, **Em Tempo** (Marília. Impresso), São Paulo, v. 3, p.103-109, 2001, p. 158 *apud* RAMIRO, Caio Henrique Lopes; HERRERA, Luiz Henrique Martim. Hans Kelsen: filosofia jurídica e democracia. **Revista de Informação Legislativa**, v. 52, n. 205, jan./mar., p. 235 - 260, 2015, p. 240. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p235.pdf. Acesso em: 08 set. 2020.

Daí decorre a ideia da estrutura piramidal do sistema jurídico, tal qual conhecemos, a pirâmide normativa, em que a Constituição se encontra no seu topo. No entanto, para manter o raciocínio coerente em sua teoria, até ela depende de fundamento jurídico, por isso se presume ainda uma norma fundamental hipotética que valida a Constituição⁶³.

Seguindo a teoria, um dos seus pontos de maior destaque é o caráter de validade, que implica em estar em harmonia com os procedimentos formais de criação normativa contidos no sistema jurídico⁶⁴. O ordenamento jurídico aqui não é contemplado através de valores tais como justiça, ele é completo e autorreferenciável.

No que se refere ao sentido das normas jurídicas, este é obtido através da interpretação dentro dos moldes do texto regulamentado, que foi estabelecido segundo critérios da ciência jurídica. Existindo, para Kelsen, duas espécies de interpretação do Direito, a primeira sendo aquela realizada pelo poder judiciário como seu órgão aplicador e a segunda é a de fato concebida pela ciência jurídica⁶⁵, diferença essa que é exposta na citação a seguir:

A interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. Diferentemente da interpretação feita pelos órgãos jurídicos, ela não é criação jurídica. [...] o preenchimento da chamada lacuna do Direito é uma função criadora de Direito que somente pode ser realizada por um órgão aplicador do mesmo. [...] não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão sobre as possibilidades por si mesmas reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito⁶⁶.

Sua proposta era de considerar o Direito como um sistema fechado de normas, incumbindo o intérprete de adotar uma postura cognitiva, escolhendo uma solução ao caso analisado consoante as opções existentes no texto normativo.

Nessa perspectiva, há uma fundamentação de validade da norma, e a decisão judicial para ser considerada legítima bastaria estar fundamentada em uma norma relativa ao caso submetido a julgamento, que se funda em normas hierarquicamente superiores que lhe dão suporte e validade.

⁶³ KELSEN, Hans. Op. cit., 2006, p. 394.

⁶⁴ RAMIRO, Caio Henrique Lopes; HERRERA, Luiz Henrique Martim. Op. cit., p. 241.

⁶⁵ KELSEN, Hans. Op. cit., 2006, 388.

⁶⁶ KELSEN, Hans. Op. cit., 2006, 395.

2.2.2 Legitimidade material ou substantiva

A legitimidade substantiva, também denominada de *legitimidade da jurisdição constitucional*⁶⁷ e *legitimidade democrática material ou de conteúdo*⁶⁸, ao contrário da formal, detém como seu cerne o conteúdo da norma, que deve ser baseada em um procedimento democrático, e é por meio desse conteúdo que ela será legítima. Optou-se pela percepção de legitimidade em Habermas por compreender que esta tinha mais conexão com o objeto aqui pretendido.

A legitimidade, nesse contexto, é uma exigência da democracia, pois parte da participação popular para a sua formação, que precisa estar mais próxima do aparato estatal, e pode ser obtida através da legalidade, visto que o procedimento para a elaboração de normas jurídicas necessita de uma *razão prático-moral procedimental*⁶⁹, mas a legalidade é apenas um dos aspectos para a sua configuração. Isto porque, nos casos difíceis, que carecem de uma regulamentação específica, ou mesmo que ela exista, é tida como insuficiente, fica a encargo da Jurisdição produzir uma norma também legítima⁷⁰.

Em Habermas, para que haja legitimidade, o ato advindo dos poderes constituídos, segundo a teoria da divisão de poderes, não pode resultar da simples investidura do seu representante no cargo e da sua condição de autoridade. Na verdade, é essencial que tenha direta relação com o poder comunicativo normatizador, gestado no seio da esfera pública, capaz de gerar um direito legítimo, uma vez que tal esfera pode e deve interferir democraticamente para a formação do seu conteúdo, de maneira discursiva no âmbito institucional no qual esse até é formalmente editado⁷¹.

A teoria procedimental discursiva de Habermas tem como uma de suas premissas que a normatividade produzida infraconstitucionalmente deve ser resultado da democracia. Para tanto, deve ser observada a supremacia da Constituição, ao passo que se a norma inferior se

⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 313.

⁶⁸ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia**. Madrid: Editorial Trotta, 2000, pp. 56 – 57 *apud* GÓES, Ricardo Tinoco de. **Democracia Deliberativa e Jurisdição: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 219.

⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v. II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 203.

⁷⁰ GÓES, Ricardo Tinoco de. **Democracia Deliberativa e Jurisdição: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas**. Curitiba: Juruá, 2013, pp. 217 – 218.

⁷¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pp. 186 – 188.

mostrar incompatível com esse princípio constitucional, será alvo do controle de constitucionalidade⁷².

Cabe ao Estado proferir decisões obrigatórias, de modo a impedir a desintegração social, pois concerne à atividade estatal o propósito de preservar a sociedade em sua identidade normativamente especificada em cada situação⁷³.

No que interessa à decisão judicial, há uma relação entre a fundamentação das decisões judiciais e o caráter político pertinente a Jurisdição, dentro de um Estado Democrático. Nesse passo, Ricardo Tinoco de Góes explica que:

(...) a fundamentação deve refletir não só as razões com as quais democraticamente a Jurisdição concluiu pelo acolhimento ou não da pretensão que se lhe foi endereçada, mas principalmente, deve espelhar a contribuição discursiva, que todos os interessados puderam exercer para a formação daquele mesmo convencimento⁷⁴.

Assim, esta é considerada legítima quando feita com uma argumentação que se desenvolve a partir dos princípios constitucionais, que são abarcados pelo texto maior, o qual permite um discurso antecedente para que se proporcione uma nova ponderação⁷⁵, bem como por considerar a realidade processual. É em seu conteúdo que se demonstra a legitimidade.

A decisão judicial é a sinopse de um processo argumentativo, que pode levar o Judiciário a decidir tanto segundo os valores dominantes no discurso, quanto permite que a esfera pública possa modificar tais valores e conseqüentemente a interpretação que foi dada, caso eles não sejam motivadamente incluídos, para, em um momento posterior, alterar a regra de argumentação previamente desenvolvida⁷⁶.

Ao mesmo tempo, ela também é o resultado de um processo discursivo não somente entre as partes do processo judicial, mas também de todas as demais instâncias que de alguma maneira interferiram neste processo, seja por ter revisado qualquer decisão tomada no curso ou por ter decidido algum caso análogo, como fruto do diálogo dos membros do direito⁷⁷.

Nessa linha de pensamento, a concepção de legitimidade democrática pressupõe a adoção de procedimentos que permitam alcançar a aceitabilidade racional, o que implica em dizer que o ordenamento jurídico democrático carece de decisões racionalmente fundamentadas

⁷² GÓES, Ricardo Tinoco de. Op. cit., 2013, p. 232.

⁷³ ALMEIDA, Marcelo Pereira de. **Precedentes judiciais**: análise crítica dos métodos empregados no Brasil para a solução de demandas de massa. Curitiba: Juruá, 2014, p. 112.

⁷⁴ GÓES, Ricardo Tinoco de. Op. cit., 2013, p. 251.

⁷⁵ Ibidem, p. 239.

⁷⁶ Ibidem, p. 252.

⁷⁷ JORGE NETO, Nagibe de Mello. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, pp. 260 - 262.

para que haja uma aceitação coletiva por parte dos cidadãos dessas decisões, o que se torna possível desde que eles participem do processo decisório⁷⁸.

A segurança jurídica e a legitimidade das decisões judiciais são postas como os dois critérios capazes de tornarem práticas as condições da aceitabilidade racional e da decisão consistente, pois o princípio da segurança jurídica exige estabilidade e previsibilidade, ao passo que a legitimidade da decisão judicial será configurada através da sua fundamentação racional. Sob tal perspectiva, Habermas orienta que:

O direito vigente garante, de um lado, a implementação de expectativas de comportamento sancionadas pelo Estado e, com isso, segurança jurídica; de outro lado, os processos racionais da normatização e da aplicação do direito prometem a legitimidade das expectativas de comportamento assim estabilizadas - as normas *merecem* obediência jurídica e devem poder ser seguidas a qualquer momento, inclusive por respeito à lei. No nível da prática da decisão judicial, as duas garantias precisam ser resgatadas simultaneamente. Não basta transformar as pretensões conflitantes em pretensões jurídicas e decidi-las obrigatoriamente perante o tribunal, pelo caminho da ação⁷⁹.

A fundamentação da decisão judicial, sob a ótica constitucional, é uma exigência da legitimidade do ato de decidir, isto é, os magistrados, como agentes não eleitos, ao decidirem, legitimam seu ato pela aplicação de normas jurídicas admitidas pelos representantes eleitos e pela fundamentação das decisões que proferem. As razões de decidir fazem referência à estipulação das normas jurídicas, de base constitucional, aplicáveis ao caso concreto, visando sua solução, e os critérios empíricos que levam a crer que os fatos declarados ocorreram ou não de acordo com alguma das teses trazidas pelas partes ao processo⁸⁰.

O fato de ter em conta os fundamentos alegados pelas partes se relaciona diretamente a observância procedimental que será estabelecida pelo Direito Processual. Certas garantias processuais deverão se fazer presente em todo o processo, que deverá seguir o *due process of law*, respeitando primordialmente os princípios do contraditório, da ampla defesa e da cooperação, para que haja uma efetiva participação dos destinatários do provimento jurisdicional.

É possível afirmar que toda decisão legítima possui uma fundamentação adequada, no entanto, nem toda decisão fundamentada adequadamente pode ser considerada legítima. Vale a ressalva que esse ponto será mais bem explorado no capítulo cinco, mais especificamente no

⁷⁸ ALMEIDA, Marcelo Pereira de. Op. cit., p. 119.

⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. Op. cit., v. I, pp. 245 - 246.

⁸⁰ JORGE NETO, Nagibe de Mello. Op. cit., pp. 266 - 273.

ponto 5.2. De toda forma, merece a ressalva que uma decisão judicial legítima implica em legitimidade democrática⁸¹.

A legitimidade como conceito se traduz na capacidade de um sistema jurídico ser reconhecido e, para tanto, o requisito da legitimidade deverá estar atrelado à identidade normativamente estabelecida de uma sociedade pela sua integração social⁸².

⁸¹ JORGE NETO, Nagibe de Mello. Op. cit., pp. 275 - 277.

⁸² ALMEIDA, Marcelo Pereira de. Op. cit., p. 113.

3 COMPREENSÃO E APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Há de se notar que cada vez mais o direito brasileiro vem se aproximando do sistema jurídico do *common law*, principalmente em virtude do combate à litigiosidade repetitiva, seja com a criação do instituto da repercussão geral, do recurso extraordinário repetitivo e da súmula vinculante, ou pela evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

O sistema do *common law* (direito comum) originou-se na Inglaterra, onde havia a conservação das regras oriundas da própria região, através dos julgamentos pela Corte de justiça (*House of Lords*), fundando-se na ideia de que as decisões judiciais anunciavam os costumes e as tradições locais. Os juízes, portanto, faziam uso de decisões semelhantes anteriores para julgar os novos casos, conferindo assim uma noção inicial do precedente⁸³.

Quanto ao sistema do *civil law*, também chamado de sistema romano-germânico, teve sua origem no século XII, adota a lei como principal fonte do direito e utiliza o método dedutivo para a resolução dos casos concretos. Em regra, nesse sistema, os precedentes não possuem tanta força, mas sim a doutrina, sendo a responsável por auxiliar na interpretação do texto legal para a aplicação na decisão judicial.

Por opção metodológica, neste capítulo não se fará uma imersão nos aspectos históricos dos sistemas processuais de *common law* e *civil law*, nem em suas diferenças, por não se enquadrar no objetivo deste trabalho, mas apenas destacar os principais institutos relacionados aos precedentes judiciais, como técnicas de aplicação e superação, seus principais efeitos e utilização prática, para oportunizar a compreensão dos precedentes.

Uma vez que o Brasil tem como sistema adotado o *civil law*, naturalmente não se esperaria uma notoriedade quanto ao emprego dos precedentes. No entanto, ao se considerar que ambos os sistemas jurídicos detêm um compromisso com a segurança jurídica, não é de se estranhar a serventia dos precedentes ao ordenamento jurídico brasileiro, que vem para somar às codificações existentes, que são a base do *civil law*.

Com isso em mente, o Código de Processo Civil de 2015 incorporou formalmente os precedentes judiciais, espelhando-se no regime de precedentes judiciais disposto no sistema do *common law*, especialmente no que se refere ao precedente vinculante, utilizando-se da sua base: estabilidade-previsibilidade-segurança⁸⁴.

⁸³ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 215.

⁸⁴ GALLO, Lucas Albanéz. A sistematização dos precedentes vinculantes no novo Código de Processo Civil. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, v. 4, n. 1, dez., p. 169 - 199, 2016, p. 176. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/143>. Acesso em: 13 set. 2020.

Didier conceitua precedente como “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”⁸⁵. Deste modo, podemos afirmar que todo precedente é extraído de uma decisão judicial, mas não é toda e qualquer decisão judicial que constituirá precedente, pois para que isso ocorra esta deverá afrontar as questões de direito essenciais do caso concreto em análise⁸⁶. De toda forma, eles não são equivalentes.

Os precedentes judiciais precisam de interpretação, e é tarefa do aplicador identificar a *ratio decidendi* do caso, também conhecido como *holding*, o cerne da fundamentação, que servirá de elemento vinculante para a construção do precedente e, conseqüentemente, de paradigma para a resolução de casos futuros⁸⁷. Assim sendo, para que o precedente judicial seja definido, parte-se do método indutivo, ou seja, do particular para o geral, pois se considera uma única decisão judicial da qual se extrairá a *ratio decidendi* capaz de vincular casos análogos posteriores⁸⁸. O juiz, ao decidir a lide em questão, concebe duas normas jurídicas, sendo uma de natureza geral, decorrente de sua interpretação conforme o direito positivo vigente, e outra de natureza específica, que reside na decisão judicial para aquele caso em particular⁸⁹.

A *ratio* é, segundo Marinoni, “o motivo que, considerado na fundamentação, mostra-se imprescindível à decisão que foi tomada. Esse motivo, por imprescindível, é essencial, ou melhor, é determinante da decisão”⁹⁰. Apesar de ser encontrada na fundamentação, a *ratio decidendi*⁹¹ não se confunde com ela, pois não obstante serem ambas estruturadas pelo material inserido na justificação, a razão de decidir é considerada a interpretação dada a norma aplaudida na decisão judicial, quando a fundamentação se trata de um dos elementos da decisão judicial, juntamente com o relatório e o dispositivo.

O que importa é saber que através da análise da fundamentação, é possível encontrar e isolar os motivos determinantes da decisão, considerando também a sua qualidade, por meio das circunstâncias fáticas relevantes do caso concreto, a interpretação dos preceitos normativos conexos e a conclusão obtida.

⁸⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 441.

⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 158.

⁸⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012, p. 259.

⁸⁸ PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello. O novo código de processo civil e os precedentes. **Revista Pesquisas Jurídicas**, Natal, v. 3, n. 2, jul./out., p. 10 - 13, 2014. Disponível em: <http://www.revistapesquisasjuridicas.com.br/ojs/index.php/RPJur/article/view/59/68>. Acesso em: 15 set. 2020.

⁸⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p. 442.

⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2016, p. 209.

⁹¹ Razão de decidir.

Em alguns casos pode ser difícil a identificação da *ratio decidendi* na decisão judicial, o que claramente decorre de uma fundamentação defeituosa, pois partindo do direito processual de que deve existir uma fundamentação adequada e específica, a razão que leva o magistrado a decidir de tal forma deve estar clara. Pode ocorrer também que a decisão judicial abarque mais de uma *ratio decidendi*, como por exemplo, quando a decisão provém de órgão colegiado e contém votos com fundamentos diversos que levaram a mesma norma jurídica individual⁹².

Via de regra, os precedentes judiciais são formados e interpretados nos tribunais superiores, chamados de *Cortes Supremas*, isto é, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, responsáveis por garantir unidade ao direito a partir da solução de casos que venham a servir de precedentes, conquanto que os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça – também denominados de *Cortes de Justiça* - detém a tarefa de uniformização da jurisprudência, aplicando de maneira isonômica o direito e os precedentes existentes⁹³.

Juntamente com os precedentes, vem a regra do *stare decisis*⁹⁴, que tem sua origem na expressão latina *stare decisis et non quieta movere*, que se traduz em mantenha-se o que foi decidido e não altere o que já foi determinado. Tal regra tem estreita relação com a segurança jurídica e promoção da igualdade; é por causa dela que as Cortes Supremas devem conferir unidade e estabilidade ao ordenamento jurídico através da vinculação de suas decisões, estando os seus magistrados impelidos a seguirem seus próprios precedentes, bem como cabe as Cortes de Justiça o emprego obrigatório dos precedentes advindos das Cortes Supremas e aos juízes de primeiro grau a observação da jurisprudência dos tribunais aos quais estão ligados⁹⁵. Essas são as duas dimensões ou eficácias, horizontal e vertical, dos precedentes que se desenrolam através do *stare decisis*, que é um dos elementos pertencentes ao sistema jurídico do *common law*.

O caso mais comum de aplicação do precedente é o que faz referência a sua eficácia vertical, isto é, quando é utilizado por juiz que se encontra em grau hierárquico inferior com relação a Corte que emitiu o precedente. Ao passo que a eficácia horizontal se faz presente quando a força de aplicação do precedente se estende aos órgãos judiciários pertencentes ao mesmo nível hierárquico daquele que o pronunciou.

⁹² SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2011, pp. 138 – 139.

⁹³ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes** - da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 80.

⁹⁴ Ficar com as coisas decididas.

⁹⁵ MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 82.

É nesse contexto que se identifica a figura do autoprecedente, isto é, uma autocongruência do Tribunal para que respeite os seus próprios precedentes⁹⁶.

Há, na motivação da decisão judicial, argumentos que são mencionados, porém são considerados como questões secundárias e, portanto, desnecessárias à consecução da decisão⁹⁷. Esse tipo de argumento é denominado de *obiter dictum* ou *obiter dicta*, no plural, e, geralmente, diz respeito a opinião jurídica adicional que não tem influência substancial sobre a decisão.

A identificação do *obiter dictum* parte de um juízo negativo, de exclusão, no qual a proposição ou regra que não pertencer a *ratio decidendi*, ou seja, o tribunal não está, de fato, decidindo sobre aquela questão e por isso seu enfrentamento não é pertinente, não possuirá caráter obrigatório e, por conseguinte, será *obiter dictum*⁹⁸. Por esse motivo que existe certa dificuldade em se diferenciar *obiter dictum* da *ratio decidendi*, porque são conceitos conexos, e não à toa, ocorre o enquadramento de *obiter dicta* de maneira equivocada.

A despeito do *obiter dictum* não fazer parte do precedente, ele possui sua importância, pois tanto pode indicar uma futura orientação do tribunal, como também ao voto vencido pode-se aplicar a técnica do julgamento da apelação e ainda ter eficácia persuasiva para a superação de futuros precedentes⁹⁹. Pode o *obiter dictum* mudar de condição e se tornar *ratio decidendi*; nesse caso, a sua força persuasiva dependerá de determinados fatores, como qual foi a Corte de sua origem, do poder da argumentação e da proximidade com a questão principal¹⁰⁰.

O órgão julgador, ao estar vinculado a um precedente judicial - tendo em vista as eficácias horizontal e vertical mencionadas acima - terá como primeira tarefa fazer uso de método comparativo e aferir se o caso em análise está ou não de acordo com os precedentes invocados e considerados paradigmas. Na hipótese de não serem conferidas características semelhantes à casos anteriores, caberá ao julgador fazer uso da técnica de confronto, conhecida no *common law* como *distinguish* ou *distinguishing*¹⁰¹, no qual diante do caso em julgamento e do precedente (*ratio decidendi*), permite a extensão – a normatização de novos casos, ainda não incorporados no contexto fático dos precedentes – e a limitação – a não aplicação do precedente

⁹⁶ CELLA, José Renato Gaziero. **Controle das decisões jurídicas pela técnica do auto-precedente: lógica deontica paraconsistente aplicada em sistemas especialistas legais**. 2008. 282 f. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2008. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/92065>. Acesso em: 10 out. 2020.

⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2016, p. 170.

⁹⁸ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Op. cit., p. 139.

⁹⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., pp. 445 - 446.

¹⁰⁰ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos Tribunais Superiores e sua eficácia Temporal**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 88.

¹⁰¹ Técnica de distinção.

ao caso em julgamento, pois o contexto fático em análise diverge, viabilizando, assim, nova regulamentação.¹⁰²

É obrigação do órgão julgador ou do juiz promover a distinção do caso em concreto com o precedente que o vincule, seja dando a *ratio decidendi*¹⁰³ interpretação limitada ou restritiva (*restrictive distinguishing*)¹⁰⁴, caso entenda que o caso possui particularidade que impede a aplicação do precedente, seja ampliando ou estendendo a aplicação do precedente (*ampliative distinguishing*), por considerar que mesmo que o caso tenha alguma particularidade, esta não é suficiente para o afastamento do precedente, de modo que a tese jurídica firmada anteriormente lhe é aplicável¹⁰⁵.

Seja como for, a técnica do *distinguishing* deve se deparar com o princípio da igualdade como forma de limitação, visto que a maior razão de ser do precedente é tratar de forma igualitária os casos semelhantes¹⁰⁶.

Ao se ter em mente que a sociedade está em constante mudança, novas demandas também aparecerão e, naturalmente, não estarão tratadas ainda nos precedentes judiciais, de modo que se fez necessário a criação de técnicas capazes de promover soluções ante a incessante evolução do direito, como são as técnicas de superação do precedente, sendo elas *overruling* e *overriding*.

No atual CPC, tais técnicas são encontradas em seu artigo 927, nos parágrafos segundo ao quarto. O segundo parágrafo do artigo 927 indica maneiras de como os precedentes podem ser modificados. Já o parágrafo terceiro expressa a faculdade do Tribunal de alterar entendimento de súmula, jurisprudência ou precedentes, podendo realizar a modulação dos efeitos que essa modificação causar, em nome da segurança jurídica, atentando para o fato de que essas alterações geram perspectivas à sociedade¹⁰⁷.

A técnica do *overruling*¹⁰⁸ é direcionada a hipótese de o precedente perder a sua força vinculante através de duas principais formas: por não existir mais uma compatibilidade social ou por uma incoerência sistêmica, fazendo com que aquele precedente perca seu sentido, ocasionando a sua revogação ou abandono¹⁰⁹. O precedente então é substituído por outro

¹⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. **O Julgamento nas Cortes Supremas: precedentes e decisão do recurso** diante do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 25.

¹⁰³ Razão de decidir.

¹⁰⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. Op. cit., pp. 171 - 172.

¹⁰⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., pp. 491 – 492.

¹⁰⁶ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Op. cit., p. 91.

¹⁰⁷ THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: Fundamentos e sistematização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 253.

¹⁰⁸ Técnica de superação do precedente judicial.

¹⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 254.

(*overruled*), e essa revogação pode ser expressa (*express overruling*) ou tácita (*implied overruling*), havendo, neste último caso, um confronto com posição anterior, e por ter esse choque entre orientações, se considera ultrapassada a mais antiga¹¹⁰. Porém, vale a menção de que no direito brasileiro, apenas é admitida a revogação do precedente de modo expreso, pois para que se chegue a essa superação, se faz necessária uma fundamentação adequada e específica, tal como aduz o art. 927, § 4º do CPC, de modo a honrar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Essa revogação do precedente, quando controverso, não deve ser vista como instabilidade, pois a continuação de um precedente inadequado é que afrontaria sim as expectativas dos tribunais que já pautaram suas condutas de maneira adequada, afinal o aperfeiçoamento do entendimento é que gera constância.

Há também a técnica de *antecipatory overruling*¹¹¹; nela há o afastamento dos fundamentos do precedente em razão da sua não aplicação pelas decisões subsequentes pelos seguintes motivos: desgaste do precedente; nova propensão de decisão das Cortes Supremas e a compreensão de que em breve as Cortes irão revogar o precedente, assim que um caso acertado aparecer¹¹². O precedente continua supostamente válido, porém diante da sinalização pela Corte, não deve continuar a ser aplicado.

Quanto à técnica do *overriding*¹¹³, parte da premissa de que outro precedente foi formado - seja em razão da sua inadequação devido ao desenvolvimento do direito por transformações sociais ou até mesmo porque foi invocado de maneira indevida¹¹⁴ -, e se funda nessa necessidade de compatibilização. Nesse caso, o tribunal restringe de forma parcial o precedente, devido a incidência de uma nova regra ou princípio geral. Segundo Marinoni, “a distinção feita no *overriding* supõe que o litígio anterior, caso fosse visto na perspectiva da nova situação e do novo entendimento, teria tido outra solução”¹¹⁵. No *overriding*, o novo entendimento não influencia na questão principal do precedente, porém nela influi, pois reduz as hipóteses fáticas de sua incidência¹¹⁶.

Existem, ainda, outras técnicas admitidas no sistema de precedentes norte-americano, como a *technique of signaling e transformation*. A técnica da sinalização (*technique of signaling*) objetiva a preservação da segurança jurídica, portanto, ao invés de promover a revogação

¹¹⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p. 494.

¹¹¹ Técnica de anulação, superação antecipada do precedente judicial.

¹¹² MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2016, pp. 262 – 263.

¹¹³ Técnica de adequação do precedente judicial.

¹¹⁴ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Op. cit., p. 94.

¹¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2016, p. 248.

¹¹⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p. 507.

imediate do precedente, a Corte, mesmo ciente de que o conteúdo do precedente está incorreto ou ultrapassado, prefere indicar a sua inadequação e sinalizar que no futuro procederá com a revogação¹¹⁷.

Na *transformation*¹¹⁸, o precedente não é revogado, pois a pretensão é que ele se transforme a cada decisão tomada, construindo assim uma série de decisões sobre o precedente, que deverão ser consideradas pelos tribunais inferiores para a sua aplicação. A Corte conclui pelo erro nas razões do precedente, apesar de ter alcançado o resultado planejado, e em função disso, objetiva sua reconfiguração. Essa técnica se diverge do *overruling*, pois neste o erro se encontra tanto nas razões quanto no resultado do precedente¹¹⁹.

No que diz respeito aos efeitos jurídicos do precedente judicial, podem ser identificados no ordenamento jurídico brasileiro seis, sendo eles: (i) vinculante/obrigatório; (ii) persuasivo; (iii) obstativo da revisão de decisões; (iv) autorizante; (v) rescindente/deseficacizante; (vi) de revisão de sentença. Desses efeitos citados, serão mais bem explorados o vinculante, o persuasivo e o obstativo da revisão de decisões.

Ao se falar do primeiro efeito jurídico supramencionado, deve-se destacar que não são todas as decisões judiciais que firmam precedentes vinculantes. Para que sobrevenha o efeito vinculante ou obrigatório ao precedente, é essencial que os mesmos fundamentos determinantes – a *ratio decidendi*¹²⁰ – sejam aceitos pelos membros do colegiado, independentemente se o entendimento tenha sido sumulado ou não¹²¹. Desta maneira, os fundamentos que não foram acolhidos não possuem efeito vinculante¹²² e, conseqüentemente, são considerados como *obiter dicta*¹²³.

¹¹⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p. 238.

¹¹⁸ Técnica de transformação.

¹¹⁹ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Op. cit., p. 93.

¹²⁰ Razão de decidir.

¹²¹ BRASIL. **Enunciado nº 317 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis**. “O efeito vinculante do precedente decorre da adoção dos mesmos fundamentos determinantes pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado”. Enunciado aprovado em Belo Horizonte, de 05 a 07 de dezembro de 2014. Disponível em: http://www.academia.edu/9845423/Enunciados_consolidados_do_F%C3%B3rum_Permanente_de_Processualistas_Civis. Acesso em: 10 set. 2020.

¹²² BRASIL. **Enunciado nº 319 do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis**. “Os fundamentos não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador não possuem efeito de precedente vinculante”. Enunciado aprovado em Belo Horizonte, de 05 a 07 de dezembro de 2014. Disponível em: http://www.academia.edu/9845423/Enunciados_consolidados_do_F%C3%B3rum_Permanente_de_Processualistas_Civis. Acesso em: 10 set. 2020.

¹²³ BRASIL. **Enunciado nº 318 do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis**. “Os fundamentos prescindíveis para o alcance do resultado fixado no dispositivo da decisão (*obiter dicta*), ainda que nela presentes, não possuem efeito de precedente vinculante”. Enunciado aprovado em Belo Horizonte, de 05 a 07 de dezembro de 2014. Disponível em: http://www.academia.edu/9845423/Enunciados_consolidados_do_F%C3%B3rum_Permanente_de_Processualistas_Civis. Acesso em: 10 set. 2020.

Pelo caráter de obrigatoriedade que o precedente conquista, os órgãos jurisdicionais deverão conhecê-los de ofício e adotar a mesma tese jurídica em sua fundamentação em casos semelhantes. No entanto, é dever ouvir as partes a respeito, sob pena de omissão e denegação da justiça, consoante dispõe os artigos 10 e 927, §1º do CP. O artigo 1.022, parágrafo único, I, do CPC embasa essa obrigação dos juízes e tribunais de observância aos precedentes vinculantes, ao considerar omissa a decisão que deixar de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento. Ademais, os precedentes obrigatórios vinculam tanto o tribunal que o originou, quanto os órgãos a ele subordinados¹²⁴.

No que diz respeito ao precedente com eficácia persuasiva, são todos aqueles que não possuem efeito vinculante¹²⁵. Isso se dá quando o legislador outorga autoridade ao precedente por reputá-lo como uma solução racionalmente e socialmente apropriada, porém não há obrigatoriedade que exija sua aplicação pelos magistrados. Dessa forma, se dá o seu caráter persuasivo, pois poderá repercutir em demandas futuras, persuadindo o julgador a reformular sua decisão, acatando outro posicionamento, em virtude de novo convencimento¹²⁶.

O precedente com eficácia de obstar a revisão de decisão, como o nome já diz, trata de impedir a revisão da decisão através de recursos ou de remessa necessária, tanto por não aceitar a demanda, quanto por negar a sua postulação¹²⁷. Esse efeito impeditivo é uma direta consequência do efeito vinculante de determinados precedentes, pois os tribunais irão negar o seguimento de recurso ou deixar de realizar a remessa necessária quando se depararem com entendimento divergente do precedente específico, principalmente se advindo das Cortes Supremas, como é o caso do disposto no artigo 496, §4º¹²⁸, no qual há impedimento à revisão da decisão no ato da apreciação recursal. Em relação a negativa de plano, são exemplos os incisos do artigo 332 do CPC, em que o juiz julgará liminarmente improcedente o pedido que

¹²⁴ BRASIL. **Enunciado nº 170 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis**. “As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art.927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos”. Enunciado aprovado no Rio de Janeiro, de 25 a 25 de abril de 2014. Disponível em: http://www.academia.edu/9845423/Enunciados_consolidados_do_F%C3%B3rum_Permanente_de_Processualistas_Civis. Acesso em: 10 set. 2020.

¹²⁵ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Op. cit., p. 103.

¹²⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p. 456.

¹²⁷ Ibidem, p. 457.

¹²⁸ Código de Processo Civil, art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: §4º. “também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença tiver fundada em: I – Súmula de tribunal superior; II – Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III- entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competências; IV – Entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa”. (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 03 set. 2020.)

contrariar entendimento estabelecido em demandas repetitivas ou assunção de competência, acórdãos de recursos repetitivos e enunciados de súmula; e o artigo 932, inciso IV do mesmo diploma, no qual expressa a improcedência do recurso que for contrário a precedente ou enunciado de súmula.

O precedente autorizante é aquele que é resolutivo para a admissão ou a adoção de ato postulatório¹²⁹, seja ele recurso - como é o caso do recurso especial¹³⁰ -, demanda ou algum incidente processual, como por exemplo, a concessão da tutela de evidência com base em documentação e tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante¹³¹.

O precedente rescindente ou deseficacizante permite a retirada de eficácia de uma decisão judicial transitada em julgado por contrariar o ordenamento jurídico. Nesse sentido, se tem como exemplo os parágrafos 12, 13 e 14 do art. 525 do CPC, quando defendem que será considerado inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial que tenha como base lei ou ato normativo tido como inconstitucional ou incompatível com a Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso. E, por último, o precedente que autoriza a revisão de sentença, isto é, de coisa julgada, desde que se relacione com uma relação jurídica de trato continuado, como dispõe o art. 505 do CPC, em seu inciso I¹³².

Relevante para a sistematização dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro é a eficácia temporal da revogação dos precedentes que, em regra, no *common law*, é retroativa, de modo que a orientação estabelecida para o caso em julgamento também servirá às situações que aconteceram antes da decisão que a definiu¹³³.

Ao se revogar um precedente, é preciso se ater aos efeitos retroativos e prospectivos consequentes, como forma de combater o problema da sua aplicação, a fim de que não retroaja sobre as relações jurídicas já estáveis e os casos em que já houve o trânsito em julgado da

¹²⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p. 459.

¹³⁰ Constituição Federal, art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 05 nov. 2019.)

¹³¹ Código de Processo Civil, art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante. (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 03 set. 2020.)

¹³² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p. 460.

¹³³ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2016, p. 271.

demanda, trazendo insegurança jurídica nas relações processuais e prejudicando os que agiram de boa-fé na obediência à orientação proveniente dos tribunais.

Consoante entendimento doutrinário, são apontadas as seguintes eficácias: aplicação retroativa pura, aplicação retroativa clássica, aplicação prospectiva pura, aplicação prospectiva clássica e a aplicação prospectiva a termo¹³⁴. Na aplicação retroativa pura, o novo precedente abrange os fatos ocorridos antes e depois de seu advento, incluindo, portanto, aos casos transitados em julgados. Na aplicação retroativa clássica, o recente precedente deverá ser considerado nas situações jurídicas que ocorreram anteriormente a sua criação, salvo os casos já transitados em julgados. Na aplicação prospectiva pura, o tribunal aplicará o novo entendimento apenas aos fatos posteriores ao seu surgimento, de modo que não se aplicará ao caso em julgamento. Na aplicação prospectiva clássica, aplicar-se-á somente aos fatos novos abarcados pelo novo precedente, com exceção das partes no caso em análise; já na aplicação prospectiva a termo, dispõe que o tribunal, defronte um novo precedente, determine uma data para a sua eficácia¹³⁵.

À vista dessa classificação, nota-se alguns problemas referentes aos possíveis efeitos temporais escolhidos, uma vez que se houver aplicação retroativa do novo precedente, este pode conflitar com os atos e fatos já consolidados. A aplicação prospectiva pura e prospectiva a termo possuem o problema de não incentivar a modificação dos precedentes, pois ainda que ela ocorra, as partes integrantes da lide não irão dela se beneficiar, mas somente os futuros litigantes de situações semelhantes¹³⁶. Na prospectiva clássica, exclusivamente as partes em litígio serão favorecidas pelo precedente atual. Sobre tal circunstância, aduz Fredie Didier:

Assim, embora supostamente haja o incentivo a que as partes invistam na litigância que permite a mudança do precedente, em geral, se terá apenas o fator sorte que irá permitir essa fruição. Isso porque apenas o recurso em que houver a revogação do precedente será por ele beneficiado. Aos demais, mesmo que os fatos jurídicos tenham ocorrido no mesmo momento, será aplicado o entendimento anterior. Assim, tem-se a criação de um *discrimen* para permitir a fruição do novo precedente¹³⁷.

Fato é que cada um dos efeitos temporais da revogação do precedente possui seus prós e contras. O Código de Processo Civil, em seu o artigo 927, §3º, traz a possibilidade de modulação dos efeitos da aplicação prospectiva, nas hipóteses de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores, ou daquela oriunda de

¹³⁴ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Op. cit., pp. 166 – 167.

¹³⁵ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Op. cit., p. 159.

¹³⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., pp. 504 - 505.

¹³⁷ Ibidem, p. 505.

juízo de casos repetitivos. O enunciado nº 55 do Fórum de Processualistas Civis inclusive comenta a respeito de modulação, afirmando que pelos pressupostos do §3º do art. 927, em regra, a modificação do precedente tem eficácia temporal prospectiva, porém pode haver modulação temporal no caso concreto¹³⁸.

A modulação dos efeitos temporais tratada no Código de Processo Civil de 2015 alude os processos em curso, assim como aqueles que ainda serão ajuizados, não sendo possível a relativização da coisa julgada decorrente da alteração do precedente¹³⁹. Vale a ressalva de que a modulação dos efeitos temporais já se encontrava disposta na ordem jurídica brasileira, em sede de controle de constitucionalidade, ao permitir que Supremo Tribunal Federal restringisse a eficácia da declaração de inconstitucionalidade, levando em conta a segurança jurídica e o interesse social do caso, conforme art. 27 da Lei nº 9.868/1999 e art. 11 da lei nº 9.882/1999.

Tanto a aplicação retroativa quanto a prospectiva, para a sua admissão, devem ter como base o princípio da razoabilidade, como forma de se obter êxito em uma decisão justa e coerente, sopesando o grau de confiança do precedente revogado e os prejuízos causados por essa revogação.

Ainda quanto à mudança dos precedentes, considerando o fator temporal e a sua adequação social, há quem conceba a ideia de que deve ser considerada a distinção pelo tempo da decisão em que foi extraída o precedente; assim, mesmo que o caso em julgamento seja semelhante à tese abordada no precedente, se tal orientação jurídica não estiver firmada na mesma época dos fatos que originaram a ação judicial (fato gerador), já é argumento suficiente para que se possa aplicar a técnica de distinção e não aplicar o precedente judicial.

Nesse sentido, se no momento do fato que gerou a ação existia orientação jurisprudencial contrária, o precedente terá que ser afastado, ainda que não se tenha ocorrido a modulação dos efeitos da decisão pelo órgão que realizou a superação - o *overruling* -, pois a verificação de adequação do caso em análise com o precedente é tarefa do juiz ou tribunal que julgar o caso¹⁴⁰.

¹³⁸ BRASIL. **Enunciado nº 55 do Fórum Permanente de Processualistas Civis**. Enunciado aprovado em Salvador, em 08 e 09 de novembro de 2013. Disponível em: https://www.academia.edu/9845423/Enunciados_consolidados_do_F%C3%B3rum_Permanente_de_Processualistas_Civis. Acesso em: 10 set. 2020.

¹³⁹ DONIZETTI, Elpídio. A força dos precedentes no novo Código de Processo Civil. **Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual**, Salvador, n. 175, fev. p. 3 – 30, 2015, p. 13. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/issue/view/207>. Acesso em: 13 set. 2020.

¹⁴⁰ PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello. O precedente judicial e sua alteração: segurança jurídica e adequação do direito. **Coluna ABDPRO**, n. 147. 16 set. 2020. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/abdpro-147-o-precedente-judicial-e-sua-alteracao-seguranca-juridica-e-adequacao-do-direito>. Acesso em: 13 set. 2020.

3.1 DIFERENÇA ENTRE PRECEDENTE E JURISPRUDÊNCIA

A jurisprudência tem origem francesa, teve espaço em razão da preocupação à tutela da lei e garantia da unidade do direito objetivo no âmbito nacional. Pode ser definida como uma forma de exteriorização do direito que se opera por meio do exercício da jurisdição, em razão de uma sucessão compatível de decisões dos tribunais em determinado sentido¹⁴¹. Ela se encontra diretamente conexa a uma indefinida quantidade de julgados sobre um tema jurídico específico, se tornando até custoso ter acesso à decisão que de fato foi a mentora do entendimento firmado pelo órgão jurisdicional¹⁴², não havendo assim uma comunhão fática, no entanto, possuindo uma razão de decidir comum.

Precisamente é o grande número de decisões em igual sentido interpretativo que concretiza uma jurisprudência uniforme, formada mediante o resultado dos recursos, que devem retratar uma determinada solução de uma questão de direito contida na fundamentação e na ementa do acórdão¹⁴³.

Tradicionalmente, a doutrina brasileira emprega à jurisprudência caráter de fonte do Direito, podendo se afirmar que, entre outros aspectos, sua aplicação serve como ponto de partida para a construção de uma decisão judicial. Nesse contexto, caberia ao juiz a utilização daquilo que já foi declarado como de direito no caso concreto em análise¹⁴⁴.

A exposição de motivos que ensejaram a elaboração do Código de Processo Civil de 2015 afirma que a finalidade da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores no ordenamento brasileiro é de nortear as decisões de todos os órgãos do Poder Judiciário, de forma que concretize os princípios da legalidade e da isonomia, e para que isso aconteça, os Tribunais e Juízos singulares também tem o dever de manter a sua jurisprudência suficientemente estável¹⁴⁵.

Desta forma, o CPC de 2015 está em conformidade com a tradição do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que objetiva a construção de um sistema de padronização decisório,

¹⁴¹ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 167.

¹⁴² CAMBI, Eduardo. Precedentes e Dever de Motivação das Decisões Judiciais no Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 241, mar., p. 413 – 438, 2015, p. 416 *apud* SOUSA, Lorena Ribeiro de Carvalho. **O dever de fundamentação das decisões no Código de Processo Civil de 2015: um estudo crítico das decisões do Superior Tribunal de Justiça a partir do modelo constitucional de processo**. 2017. 146 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017, p. 89. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SousaLR_1.pdf. Acesso em: 10 ago. 2020.

¹⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2016, p. 292.

¹⁴⁴ REALE, Miguel. Op. cit., 2013, p. 169.

¹⁴⁵ BRASIL. Senado Federal. Coordenação de Edições Técnicas. **Código de processo civil e normas correlatas**. 7. ed. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf?sequence>. Acesso em: 13 set. 2020.

servindo a jurisprudência como uma das bases para a constituição desses padrões decisórios dotados de eficácia vinculante¹⁴⁶.

Quanto ao precedente, é extraído de uma decisão judicial, isto é, de uma unidade fática-jurídica, decidida no passado (*leading case*)¹⁴⁷, e é operado como princípio argumentativo, através dos seus fundamentos determinantes, em casos posteriores correlatos, sendo responsável por refundir o ordenamento jurídico por meio de sua força vinculante¹⁴⁸. Assim, a alteração normativa da circunstância modifica o conteúdo do precedente.

Ao contrário da jurisprudência, o precedente não é uma propensão de julgamento perfilhada por um tribunal acerca de questão jurídica específica, mas é considerado a resolução de uma matéria em que a sua razão de decidir terá força vinculante para decisões futuras, considerando as similaridades dos casos. Assim sendo, se verifica uma diferença quantitativa entre eles, pois para se instaurar o precedente, não se faz necessário o julgamento de um conjunto de casos concretos, de modo que uma única decisão judicial pode servir a este propósito. O precedente, por vezes, dá início a uniformização da jurisprudência a respeito de determinado tema.

Outro ponto de divergência entre precedente e jurisprudência é que esta não possui caráter vinculante, mas apenas persuasivo, sendo utilizada pelo julgador como forma de se chegar a um resultado razoável por meio do comparativo com casos similares.

3.2 DIFERENÇA ENTRE PRECEDENTE E SÚMULA

Inicialmente, as súmulas serviam somente ao propósito de orientar os ministros do Supremo Tribunal Federal acerca de questão jurídica, não possuindo caráter obrigatório, nem mesmo para os próprios juízes do tribunal que as produziam. Porém, no período da vigência do Código de Processo Civil de 1973 se teve como finalidade, no direito brasileiro, auxiliar o controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, bem como de evitar a admissão de recursos, até que posteriormente passaram a veicular normas não somente para

¹⁴⁶ CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério** – formação e aplicação de precedentes, enunciados e súmulas. São Paulo: Atlas, 2018, p. 130.

¹⁴⁷ O caso principal que gera o precedente judicial.

¹⁴⁸ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fundamentação das decisões judiciais**: o controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 139.

todo o Poder Judiciário, mas também para a Administração Pública, apoderando-se do dever de evitar julgamentos desarmônicos à jurisprudência disposta¹⁴⁹.

Em que pese a súmula poder ser originada pelo precedente, com ele não se confunde, pois se apresenta como o enunciado normativo da *ratio decidendi*¹⁵⁰ de uma jurisprudência predominante. Isto é, o precedente quando reiteradamente aplicado se converte em jurisprudência, que, ao ser utilizada de forma dominante por um tribunal, pode se transformar em um enunciado de súmula¹⁵¹.

Ao se elaborar a súmula, seja ela vinculante ou não, há o objetivo de se criar um enunciado para além da decisão judicial, de modo a demarcar o conteúdo jurídico decidido pelo tribunal sobre dada questão, evidenciando-o¹⁵². Assim, o enunciado da súmula reapresenta a *ratio decidendi*, se tratando de um extrato dos fatos determinantes de um precedente.

Tal como é trabalhada no contexto brasileiro, a súmula possui uma carga de abstração considerável, não estando presentes no seu processo de construção as partes que deram causa a tese jurídica estabelecida, por isso mesmo, em regra, são aplicáveis por método de subsunção¹⁵³; ao passo que o precedente é utilizado mediante circunstâncias jurídica e fáticas similares, para que haja solução em casos análogos futuros e assim promover uma unidade e universalidade do direito.

Apesar da súmula ter como objetivo a adequada delimitação de um enunciado jurídico externo à decisão judicial, ela integra a *linguagem que descreve as decisões*¹⁵⁴, isto é, decorre diretamente do caso que lhe deu origem, não se afastando da jurisprudência que lhe acarretou. Assim, se pode afirmar que para que a sua aplicação seja verdadeiramente adequada constitucionalmente, deve ser feita com base no sentido dos casos originais¹⁵⁵, tendo em mente, portanto, o que foi proclamado anteriormente pela decisão judicial.

¹⁴⁹ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes** - da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 73.

¹⁵⁰ Razão de decidir.

¹⁵¹ Nesse contexto, Didier afirma que “há, pois, uma evolução: precedente → jurisprudência → súmula. São noções distintas, embora umbilicalmente ligadas”. (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 487.)

¹⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2016, p. 160.

¹⁵³ CAMBI, Eduardo. Precedentes e Dever de Motivação das Decisões Judiciais no Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 241, mar., p. 413 – 438, 2015, p. 416 *apud* SOUSA, Lorena Ribeiro de Carvalho. **O dever de fundamentação das decisões no Código de Processo Civil de 2015: um estudo crítico das decisões do Superior Tribunal de Justiça a partir do modelo constitucional de processo**. 2017. 146 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017, p. 90. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SousaLR_1.pdf. Acesso em: 10 ago. 2020.

¹⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2016, p. 159.

¹⁵⁵ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. Fundamentação das decisões judiciais – mudanças no judiciário face o CPC 2015. In: JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata C. Vieira; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; FIGUEIREDO, Helena Lanna. **Inovações e modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, pp. 54 -55.

De qualquer maneira, se tratando de súmula, súmula vinculante ou precedente, não é aceitável que a utilização de cada um desses institutos processuais seja realizada sem o empenho argumentativo de relacioná-los à contextualidade do caso.

Houve, de fato, uma mudança na percepção da interpretação do direito para se considerar o uso não somente de *técnicas repressivas*, mas também de *técnicas preventivas* para a uniformidade do direito¹⁵⁶, de modo que a partir da colaboração entre jurisdição e legislação se tenha como resultado um direito previsível, íntegro e seguro.

3.3 A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL SEGUNDO OS PRECEDENTES JUDICIAIS

A decisão judicial posta como precedente importa aos juízes, para que possam cumprir com o seu dever de aplicar o direito de forma coerente, e aos jurisdicionados, tanto como resposta às questões jurídicas apresentadas, quanto como concretização da segurança jurídica¹⁵⁷. A essência do precedente judicial é de compor uma norma jurídica capaz de ser aplicável a casos futuros semelhantes, com o intuito de promover previsibilidade e isonomia aos jurisdicionados quando do exercício do seu direito.

Isto porque o sistema dos precedentes judiciais, proveniente do *stare decisis*, foi adotado no ordenamento brasileiro para colaborar de forma expressiva para a consecução da garantia de previsibilidade, estabilidade, economia processual, segurança e coerência jurídica, da celeridade processual e da duração razoável do processo.

A aparente transformação entre os Códigos de Processo Civil de 1973 e o de 2015 se explica pela necessidade de se ver no precedente um princípio argumentativo. É que, como ensina Alexandre Freitas Câmara:

(...) disso tudo resulta uma exigência de participação ampliada nos processos destinados à formação de padrões decisórios vinculantes (com a ampliação subjetiva do contraditório de modo a permitir a participação de mais sujeitos com possibilidade de influir na formação do resultado final e com a exigência de uma deliberação mais qualificada pelo órgão jurisdicional responsável por prolatar o pronunciamento que servirá como padrão decisório), assim como se exige também um tratamento adequado dos casos em que se tem distinção ou superação de padrões decisórios, com o incremento do ônus argumentativo das partes e a exigência de fundamentação específica acerca da distinção ou superação¹⁵⁸.

¹⁵⁶ MITIDIERO, Daniel. Op. cit., 2017, p. 74.

¹⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2016, p. 162.

¹⁵⁸ CÂMARA. Alexandre de Freitas. Op. cit., 2018, p. 83.

A fundamentação das decisões judiciais tem seu lugar na obrigatoriedade do juiz de expor os motivos que o levaram a decidir de tal forma e chegar a tal conclusão, apresentando as razões do seu convencimento. Como já abordado em ponto anterior, quando feita uma análise mais cautelosa nessa fundamentação, é possível a identificação do motivo indispensável, central à decisão, que se configura como a *ratio decidendi*.

Não à toa a fundamentação faz parte da estrutura de peça de cunho decisório, pois é através dela que a parte vencida e o tribunal entenderão os motivos da decisão do juiz de primeiro grau, permitindo o controle decisório e oportunizando, inclusive, a interposição de recurso de maneira compatível e adequada ao que foi decidido. A despeito de no sistema *civil law* não se compactuar com a ideia de que a fundamentação é matéria prima para a *ratio decidendi*, ficando, em regra, quase que restrita as partes, no *common law* a fundamentação tem grande relevância para os jurisdicionados, pois lhes garante previsibilidade, estabilidade e constância nos resultados que se obterá ao observar entendimento específico¹⁵⁹.

O Código de Processo Civil de 2015 é o responsável por evidenciar uma nova natureza para a garantia constitucional de fundamentação. É exposta como obrigação do magistrado, ou do órgão julgador, indicar quais são os motivos determinantes da sua decisão como requisito de validade dela, e essa argumentação servirá tanto para a aplicação do precedente, quanto para o afastamento de sua vinculação, seja em razão da distinção entre o caso a ser julgado e a decisão paradigma, seja em razão da necessidade de superá-la, em virtude de alteração jurídica, mas, em todos os casos, reivindica uma sólida fundamentação.

O controle da fundamentação é imprescindível à resolução de problemas de aplicação do direito, como o caráter indefinível e dúbio da língua jurídica, igualmente serve ao combate a discricionariedade da decisão judicial. Há de se considerar que o sistema jurídico, segundo ideais formalistas e normativistas, base essa que deveria ser empregada na concretização da decisão judicial, já vinha sofrendo desde o CPC de 1973, apesar dessa crise ter sido ignorada nas decisões do Poder Judiciário brasileiro¹⁶⁰.

Nos tribunais superiores brasileiros há um contexto de severa contradição entre os julgados, por isso se faz tão pertinente a presença de mecanismos processuais eficientes que possam resguardar a uniformidade das decisões judiciais, mantendo a jurisprudência e os precedentes judiciais estáveis, consoante disposto no art. 926 do CPC.

¹⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2016, p. 207.

¹⁶⁰ MELLO, Cláudio Ari. Interpretação jurídica e dever de fundamentação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo – REPRO**, v. 25, maio. Versão on-line, sem paginação, 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.255.03.PDF. Acesso em: 12 ago. 2020.

Com isso em mente, fácil se dá a correlação entre a fundamentação e os precedentes, não somente porque a *ratio decidendi* está inserida na fundamentação e a partir dela se consagra como norma jurídica capaz de resolver casos para além daquele dos próprios litigantes, ganhando uma dimensão extraprocessual e tornando-se uma decisão paradigma a serviço da segurança jurídica, mas principalmente porque uma vez que tal precedente é construído, ao ser invocado em outra decisão judicial, demandará de uma carga argumentativa maior para o seu emprego.

Quando o precedente judicial é usado como fonte para fundamentação da decisão judicial, é necessário que nessa decisão se apresente uma total vinculação quanto a *ratio decidendi* que está sendo aplicada, isto é, deverá haver uma vinculação entre os fundamentos da decisão judicial com o fundamento central do precedente. Importa dizer que as decisões judiciais, para serem verdadeiramente fundamentadas com base nos precedentes, precisam levar em consideração essencialmente a razão de decidir, principalmente pelo fato dela representar a interpretação da norma aplaudida na decisão.

A atuação jurisdicional, nessa perspectiva, vai além de uma aplicação mecânica da tese a ele imposta para que solucione inúmeros casos análogos no futuro, por isso mesmo é inconciliável com o devido processo legal a difusão de pronunciamentos judiciais que sejam apenas formalmente fundamentados. A bem da verdade, existe uma real necessidade de vinculação da decisão proferida com base no precedente quanto a sua *ratio decidendi*.

A fundamentação, portanto, exigirá do magistrado maior esforço argumentativo para a utilização do precedente, exigindo um exercício mais complexo de exposição do trabalho intelectual envolvido, explicando de que medida a realidade fática apreendida se enquadra na moldura normativa do precedente judicial, declinando as razões que caracterizaram as circunstâncias do caso em análise com os pressupostos definidos na decisão precedente, tudo isso sob base argumentativa coerente. Isso tem razão pelo fato de que não é tarefa fácil demarcar com exatidão o que é *ratio decidendi* e o que é *obiter dicta*¹⁶¹ no contexto da decisão, todavia, será justamente através do discurso argumentativo que essa diferença deverá ser expressa.

O precedente, posto como base de uma decisão judicial, não pode ser meramente empregado através de menção ou transcrição, pois assim o resultado da decisão judicial seria puramente corresponder a valoração individual feita pelo magistrado, o que geraria uma falsa legitimidade da fundamentação e não haveria nenhuma justificação para aquele resultado processual.

¹⁶¹ São os argumentos encontrados na fundamentação da decisão judicial que não importam para efeitos vinculativos, ou até mesmo persuasivos, dos precedentes judiciais. No singular, *obiter dictum*.

Por esse motivo que o art. 489, § 1º, do CPC, passou a considerar como não fundamentada qualquer decisão judicial que se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes ou não demonstrar que o caso em julgamento se ajusta aos fundamentos indicados.

Para que haja a formação adequada da fundamentação da decisão judicial à serviço da invocação e aplicação de um precedente judicial ao caso sob julgamento, exige-se demonstrar uma contextualização, interpretação e vinculação direta a *ratio decidendi*, isto é, aquilo que na verdade existe como fundamento principal do precedente e que está sendo utilizado pelo juiz ao decidir, tanto para o fim de controle do processo hermenêutico empregado, quanto para evidenciar que a solução dada é a mais acertada.

Essa necessidade de vinculação não deixa de conflitar com a ideia de um raciocínio unicamente silogístico na construção das razões de decidir, pois o seu uso inadequado faz com que se perca traços essenciais à justificação e fundamentação do que foi objeto de decisão. O silogismo, portanto, se mostra insuficiente para abordar todas as questões que devem ser consideradas no ato de decidir, no entanto, há quem defenda a sua utilização como método de controle lógico-dedutivo de estruturação do discurso, e sobre isso explica Carlos Frederico Pereira:

O silogismo jurídico acaba funcionando como instrumento ideológico na luta pela certeza do direito, tentando controlar a sua aplicação por meio de um juiz que se vale, supostamente, de uma operação estanque e compartimentalizada do seu raciocínio. A aposta dessa técnica é única e exclusivamente na coerência interna e na lógica formal da decisão como método de controle¹⁶².

Ao não ser conferida a vinculação existente entre a decisão sob análise com a *ratio decidendi* que lhe serviria de fundamento, não há razão de aplicação deste precedente e, de forma a prestigiar a segurança jurídica, não deve ser utilizado.

Isto porque a segurança jurídica é manifestada através da possibilidade de o cidadão antever os resultados jurídicos de determinada situação, isto é, os membros da sociedade têm o direito de saber, de forma antecipada, os efeitos da decisão judicial que interferirão em seu plano individual ou coletivo, evitando assim qualquer surpresa, ao mesmo tempo em que impõe respeito às relações jurídicas anteriormente formadas. Ao se considerar que o precedente será empregado de forma inadequada, confronta com toda a coerência e integridade esperada não só

¹⁶² PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fundamentação das decisões judiciais**: o controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 121.

pelo ordenamento jurídico, de modo geral, mas com o discurso jurídico inserido na decisão judicial.

Para a efetivação de um sistema de precedentes coerente é imprescindível, além da atuação das partes na constituição da decisão judicial, que esteja comprovada que a *ratio decidendi* do precedente invocado se encaixa no caso concreto sob análise e por isso deve ser aplicada.

A decisão judicial deve possuir compromisso com a coerência para que o resultado entre casos semelhantes seja um só, daí a previsibilidade que gerará segurança jurídica e justiça, refletindo, em consequência, a necessidade de uma ordem jurídica estável e previsível, posto que há de se notar a grande problemática em torno de um direito que varia conforme o caso. De forma harmônica a essa concepção, principalmente no que concerne a igualdade nas decisões judiciais em prol de justiça, Nagibe Jorge Neto entende que:

Essa é uma exigência da racionalidade *tout court* quando os casos anteriores tiverem sido julgados pelo mesmo órgão julgador. A fundamentação da decisão judicial pode ser entendida como um argumento que se compõe de premissas e de uma conclusão principal que se resume o julgamento. As premissas são os motivos elencados para a solução do caso desta ou daquela forma, para a aplicação desta ou daquela norma. A conclusão é expressa pela resolução do caso, pelo dispositivo da decisão. De igual modo, estando presentes as mesmas premissas, a mesma solução dada para casos anteriores pelas instâncias superiores deve também ser levada em consideração, quando não por imposição legal, para assegurar a coerência de todo o sistema argumentativo que é constituído pelas diversas instâncias do Poder Judiciário¹⁶³.

O direito, para ser íntegro, deve ser coerente e claro. Se para decidir, o julgador se vale de razões apoiadas unicamente em julgamentos anteriores, fica notório que na decisão faltará a clareza necessária no que diz respeito aos quesitos de compatibilidade e capacidade de ser generalizável¹⁶⁴. Invocar apenas a conclusão do precedente e não a sua argumentação é o equívoco mais comum quando se trata de aplicação do precedente judicial, e nesse sentido prejudica consideravelmente a produção judicial, por isso mesmo se tem como ideal que as Cortes Supremas deixem claras as suas razões de decidir e a norma que funcionou como ponte para entre essas razões e a conclusão¹⁶⁵.

Destarte, é tarefa do julgador aplicar o direito aos casos que lhe sejam apresentados, considerando a equidade, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas e pelo bom uso dos precedentes judiciais, partindo da premissa de

¹⁶³ JORGE NETO, Nagibe de Mello. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 291.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 292.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 301.

que ao invocar o precedente, deverá especificar as razões de decidir que estão concentradas no paradigma adotado. De igual modo, essa demonstração das razões de decidir servirá para possíveis discussões futuras sobre a matéria, possibilitando inclusive mudança de entendimento, graças ao ônus argumentativo envolvido.

Como se vê, é imperioso ter exposto na decisão uma argumentação que comprove que se encontra presente a mesma *ratio decidendi* ao caso sob julgamento, tanto por respeito às partes, quanto porque a invocação adequada do precedente está estritamente ligada às razões de sua aplicação.

4 DIREITOS FUNDAMENTAIS E A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Para ser feita uma análise a respeito dos direitos fundamentais, em primeiro momento, três são os elementos que devem figurar: a) Estado (moderno), pois sem seu poder centralizado se fazendo presente em determinado território e exercendo sua autoridade através da administração pública, de modo geral, não haveria relevância prática na proclamação de direitos fundamentais; b) Indivíduo, considerando, portanto, a figura da pessoa como um ser moral, independente e não social¹⁶⁶, atentando para a autonomia desse indivíduo e o colocando como sujeito de direito; c) Texto normativo regulador da relação entre Estado e Indivíduos, sendo esse texto a Constituição, que irá enunciar e garantir direitos fundamentais, responsáveis por proporcionar a atuação livre desse indivíduo, ao mesmo tempo em que vincula o Estado a regras que impeçam sua interferência injustificada na liberdade individual¹⁶⁷.

A Constituição, como ordenamento jurídico do processo de integração estatal, demanda a aquiescência das pessoas que serão geridas por ela para cumprir seu papel regimental, o que somente se torna possível com a previsão dos direitos fundamentais, principalmente se tratando de um Estado Democrático.

Fazendo uma breve retomada histórica quanto à concepção dos direitos fundamentais, Hélio Ricardo Diniz faz um essencial resumo do que seria o início desse processo, consoante se vê a seguir:

Com efeito, a afirmação dos direitos humanos e o seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, dando origem posteriormente aos direitos fundamentais, ocorreu em três momentos distintos, sempre a partir do poder político. Uma pré-história, que foi das civilizações antigas até a Idade Média, onde se destacaram as limitações de poderes do reino unificado de Davi, entre os anos de 996 e 963 a.C. e, posteriormente, nos séculos VI e V a.C. na democracia ateniense e na República romana respectivamente. Na Idade Média, teve destaque a Magna Carta de 1215, por meio da qual o Rei João Sem Terra reconheceu certos privilégios e liberdades aos barões feudais, limitando a sua própria soberania e vinculando o monarca às leis editadas. Nesse período, portanto, despontou o valor da liberdade, porém, não a liberdade geral, em favor de todos, mas sim algumas liberdades concedidas especificamente às classes superiores da sociedade da época, o clero e a nobreza, recebendo o povo apenas alguns benefícios oriundos, especialmente, da ascensão social dos comerciantes, em razão da abertura das vias marítimas.

Em seguida, destacam-se as declarações de direitos inglesas, efetuadas a partir do século XVII d.C., quais sejam: a *Petition of Rights*, de 1628; o *Habeas Corpus Act* de 1679; o *Bill of Right*, de 1689, promulgado pelo Parlamento e que entrou em vigor já

¹⁶⁶ DUMONT, Louis. **Essais sur l'individualisme**. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne. Paris: Seuil, 1991, p. 84 *apud* DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 24.

¹⁶⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 24.

no reinado de Guilherme d'Orange, como resultado da Revolução Gloriosa, de 1688; e, ainda, o *Establishment Act*, de 1701, que definiu as leis da Inglaterra como as leis naturais de seu povo. Os direitos e liberdades reconhecidos aos cidadãos ingleses por meio desses documentos surgem como resultado da progressiva limitação do poder monárquico e da afirmação do Parlamento perante a coroa inglesa, implicando expressiva ampliação, tanto no que diz respeito ao conteúdo das liberdades, quanto no que toca à extensão da sua titularidade a todos os cidadãos ingleses¹⁶⁸

Por conseguinte, a Declaração de Direitos da Virgínia (*Bill of Rights*)¹⁶⁹, proclamada em 1776, representa um marco não somente na garantia de direitos fundamentais, como na sua positivação, possuindo como contexto uma ruptura do contrato estabelecido entre o povo e o rei e, nessa perspectiva, essa adoção estabeleceu a crença generalizada de que todos os direitos deveriam ser garantidos e não concedidos pela Constituição¹⁷⁰. Por isso mesmo que para alguns autores, como Ingo Wolfgang Sarlet, foi a Declaração da Virgínia que deu origem aos direitos fundamentais constitucionais¹⁷¹.

Outras Declarações de Direito semelhantes foram elaboradas pelos demais Estados norte-americanos e, em 15 de dezembro de 1791, entrou em vigor a Declaração dos Direitos dos Cidadãos dos Estados Unidos (*United States Bill of Rights*), as dez primeiras Emendas à Constituição dos Estados Unidos que foram introduzidas por James Madison e redigidas pelo Congresso dos EUA, em 1789, como uma série de artigos que proclamaram direitos como a livre manifestação do pensamento, a segurança e a liberdade de religião¹⁷².

Juntamente com os direitos fundamentais veio à tona o aspecto da universalidade desses direitos¹⁷³, que se manifestou na Revolução Francesa por ensejo da Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão¹⁷⁴, redigida e adotada na França no ano de 1789, declarou

¹⁶⁸ KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **Sistemas de precedentes e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 24 – 25.

¹⁶⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Declaração dos Direitos da Virgínia (1776)**. Williamsburg, 12 de junho de 1776. Texto traduzido para português em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1776.htm>. Acesso em: 02 set. 2019.

¹⁷⁰ BRIGOLA, João Carlos. **A Declaração dos Direitos da Virgínia**. Enquadramento histórico – político. v. I. Ministério da Educação, Comissão Para a Promoção dos Direitos Humanos e Igualdade na Educação, p. 11-17, 1992, p. 12. Disponível em: <https://dspace.uevora.pt/rdpc/handle/10174/24099>. Acesso em: 02 set. 2019.

¹⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 43.

¹⁷² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Carta de Direitos dos Estados Unidos da América (1791)**. Texto traduzido para português em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/carta_direitos_eua_1789.htm. Acesso em: 02 set. 2019.

¹⁷³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 562.

¹⁷⁴ FRANÇA. **Declaração de Direitos dos Homens e do Cidadão (1789)**. França, 26 de agosto de 1789. Texto traduzido para português em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 02 set. 2019.

direitos tais como reconhecimento da segurança e da resistência à opressão, da propriedade, da igualdade, da liberdade do pensamento e de religião¹⁷⁵.

Ainda na caminhada do reconhecimento dos direitos fundamentais, um passo importante foi dado quando a Corte Suprema dos Estados Unidos decidiu, no caso *Marbury vs. Madison*, que o texto constitucional é superior a qualquer outro dispositivo legal, mesmo que criado pelo legislador federal. À vista disso, quedou-se evidente que ao legislador ordinário não caberia mais fixar ou reprimir direitos fundamentais e que os juízes norte-americanos se tornaram garantidores da supremacia constitucional e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais, devendo assim promover uma fiscalização tanto à devida aplicação desses direitos, quanto às determinações legislativas que queiram desvalidá-los¹⁷⁶, sendo exatamente essa visão de prevalência dos direitos fundamentais que paira atualmente no Direito Constitucional de quase todos os países do mundo.

Mais dois marcos históricos merecem ser destacados, sendo eles: a Constituição do México¹⁷⁷, promulgada em 1917, através da qual foram garantidos muitos direitos sociais, qualificando os direitos trabalhistas – estabeleceu o princípio da igualdade substancial de posição jurídica entre trabalhadores e empresários na relação contratual de trabalho -, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos, sendo considerada uma grande influência para a Constituição Federal brasileira de 1988¹⁷⁸. E a Constituição de Weimar¹⁷⁹, em 1919, sintetizada como um acordo firmado entre a burguesia e as forças sociopolíticas da época, também tratou de positivar longa lista de direitos fundamentais, sendo o rol a respeito do tema dividido em cinco títulos: indivíduo, ordem social, religião e sociedades religiosas, educação e formação escolar, ordem econômica¹⁸⁰.

No que diz respeito aos direitos fundamentais no Brasil e, conseqüentemente, a história constitucional brasileira que permitiu a proclamação deles, encontra-se a Constituição do Império de 25 de março de 1824, que os consagrou em 35 incisos do seu artigo 179 e em muito se assemelhou às Constituições dos Estados Unidos e França da época; no entanto, a

¹⁷⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Op. cit., 2018, p. 25.

¹⁷⁶ Ibidem, pp. 25 – 26.

¹⁷⁷ MÉXICO. **Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos – Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917)**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/mexico/const1917.htm>. Acesso em: 02 set. 2019.

¹⁷⁸ ROBL FILHO, Ilton Norberto. Constituição Mexicana de 1917 e os avanços dos direitos sociais no Brasil. **Cuestiones Constitucionales - Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, Ciudad de Mexico, n. 36, enero/junio, p. 361 – 363, 2017, p. 361. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/319385635_Constituicao_mexicana_de_1917_E_Os_avancos_dos_direitos_sociais_no_Brasil. Acesso em: 02 set. 2019.

¹⁷⁹ ALEMANHA. **Constituição de Weimar – Weimarer Reichsverfassung (1919)**. vom 11. August, 1919. Disponível em: <http://www.documentarchiv.de/wr/wrv.html>. Acesso em: 02 set. 2019.

¹⁸⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Op. cit., 2018, p. 34.

consolidação dos direitos fundamentais foi prejudicada pela criação do Poder Moderador, que conferiu ao imperador poderes irrestritos no texto constitucional¹⁸¹.

Dando seguimento ao desenvolvimento histórico-constitucional, explica Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins que:

A Constituição Republicana de 1891 retoma, em seu art. 72, composto de 31 parágrafos, os direitos fundamentais especificados na Constituição de 1824. A essa lista são feitos importantes acréscimos, como, por exemplo, do reconhecimento dos direitos de reunião e de associação, das amplas garantias penais e do instituto do *habeas corpus*, anteriormente garantido tão somente em nível de legislação ordinária. Observe-se, também, que esses direitos passam a ser garantidos “a brasileiros e estrangeiros residentes no país” (art. 72, *caput*), enquanto a Constituição de 1824 os reconhecia somente aos “cidadãos brasileiros” (art. 179).

Uma lista de direitos fundamentais, semelhantes àquela especificada na Constituição de 1891, pode ser encontrada nas Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967/1969. Uma importante inovação ocorre a partir da Constituição de 1934 que incorpora alguns direitos sociais, referindo-se particularmente ao “direito à subsistência” (art. 113, *caput*), à assistência dos indigentes (art. 113, inc. 34), e também cria os institutos do mandado de segurança e da ação popular (art. 113, incs. 33 e 38)¹⁸².

No que concerne à Constituição Federal de 1988, foi reservado um título específico para tratar do assunto, o *Título II: Dos direitos e garantias fundamentais*, sendo suas espécies baseadas nas divisões de seus capítulos: os direitos individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade, os direitos políticos e os relacionados aos partidos políticos. Em seu artigo 5º, trata de um ampliado rol de garantias e direitos individuais, enquanto o art. 6º define os direitos sociais e o art. 7º aborda os direitos dos trabalhadores. Há também referência aos direitos fundamentais em várias partes do texto constitucional, não estando restrito a tais artigos¹⁸³.

Por todo o esboço histórico desenhado até aqui, mesmo que de forma sucinta, pode-se reconhecer que a formação dos direitos fundamentais, bem como sua efetivação se deu através de embates e conquistas na esfera social, não à toa Eduardo Cambi elenca quais foram os principais acontecimentos:

a afirmação dos direitos fundamentais normalmente é acompanhada pela negação e superação de antigos regimes. Nesse sentido, deve-se ressaltar que as transformações mais importantes no direito constitucional contemporâneo se deram a partir da Segunda Guerra Mundial, destacando-se: a Lei Fundamental de Bonn (1949), na Alemanha, fruto do repúdio ao nazismo; a Constituição Italiana (1947), que nasceu da resistência e da guerra de liberação contra o regime fascista; as Constituições portuguesa (1976) e espanhola (1978), ao romperem com os regimes de Salazar e

¹⁸¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Op. cit., 2018, pp. 37 – 38.

¹⁸² Ibidem, p. 37.

¹⁸³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 nov. 2019.

Franco; e, ainda, a Constituição brasileira (1988), como resposta democrática à ditadura militar¹⁸⁴.

Assim sendo, o período pós-ditadura no Brasil foi o estopim para que o processo de redemocratização tomasse forma, culminando na elaboração e inclusão de um vasto rol de direitos fundamentais na nova ordem constitucional - estabelecida através da Constituição Federal de 1988 –, considerados meios para se chegar a instauração de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, com o propósito de assegurar o exercício dos direitos e garantias fundamentais agora positivados, possuindo assim relevância e força jurídica¹⁸⁵.

O constitucionalismo democrático foi o responsável por libertar a população, principalmente por meio do sufrágio universal, ao passo que no âmbito do Estado jurídico, a sociedade possui o poder de interferir na estruturação da vontade estatal¹⁸⁶.

4.1 DA CONCEITUAÇÃO E DA CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Por definição, de acordo com Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, os direitos fundamentais são:

direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual¹⁸⁷.

A partir dessa definição, há, segundo os autores supracitados, alguns elementos a serem observados, a saber: (i) a relação criada entre indivíduo e Estado; (ii) o objetivo desses direitos quanto à limitação do poder estatal para que seja resguardada a liberdade individual; (iii) a posição dos direitos fundamentais no sistema jurídico, determinado pela sua *fundamentalidade formal*, ou seja, estarem garantidos em normas que possuam força jurídica inerente a supremacia constitucional¹⁸⁸.

¹⁸⁴ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neopositivismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo Judiciário**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011, pp. 32 – 33 *apud* KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **Sistemas de precedentes e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 28.

¹⁸⁵ KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **Sistemas de precedentes e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 29 – 30.

¹⁸⁶ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 200.

¹⁸⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Op. cit.*, p. 52.

¹⁸⁸ *Ibidem*, pp. 52 – 53.

Na leitura de Carl Schmitt, os direitos fundamentais podem ser caracterizados como todos os direitos ou garantias denominados e discriminados no instrumento constitucional, bem como são aqueles que receberam um grau mais elevado de garantia ou segurança da Constituição, que ou são imutáveis ou podem ser modificados apenas mediante emenda à Constituição, na forma de lei¹⁸⁹.

Fato é que a matéria concernente aos direitos fundamentais possui, por vezes, um caráter de abstração e generalidade, designada como fenômeno *da baixa densidade normativa*¹⁹⁰, que implica numa maior dificuldade na resolução de colisões entre direitos fundamentais. De modo a facilitar a solução de tais casos, uma vez que a Constituição não se faz suficiente, a doutrina e jurisprudência têm o grande papel de levantar e estabelecer critérios concretos que possibilitem uma resposta válida e coerente com o texto constitucional. A mesma circunstância se aplica aos casos em que os direitos fundamentais necessitam de uma intervenção infraconstitucional para que sejam de fato concretizados. Essa intervenção do legislador infraconstitucional permitirá a solução de conflitos entre os direitos fundamentais e estará submetida ao controle de constitucionalidade¹⁹¹.

A doutrina majoritária afirma que os direitos fundamentais não surgiram simultaneamente, mas em períodos distintos, conforme a demanda de cada época, tendo esta consagração progressiva e sequencial nos textos constitucionais, dando origem à classificação em gerações.

Utilizando da divisão feita por Bonavides, na primeira geração ocorreu o surgimento dos direitos civis e políticos, no século XVIII, havendo então a limitação do poder estatal mediante a sua não intervenção, de modo a garantir ao indivíduo uma determinada esfera de liberdade e autonomia individual; fazem parte do rol desses direitos: a vida, a liberdade, a propriedade e a igualdade, claramente em uma inspiração jusnaturalista. Os direitos de segunda geração, que dominaram o século XX (pós segunda guerra), são conhecidos como de igualdade, se traduzindo em direitos sociais, econômicos e culturais, bem como direitos coletivos, através do constitucionalismo da democracia social, estruturado no impacto da industrialização e em movimentos progressistas e reivindicatórios de direitos que percorreram o século XIX; são direitos que exigem uma atuação positiva do Estado para serem concretizados, na busca de

¹⁸⁹ SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. Berlin: Neukoeln, 1954, pp. 163 - 173 *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 561.

¹⁹⁰ DIMOULIS, Dimitri. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Problemas de concretização e limitação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 94, n. 832, fev., p. 11 – 36, 2005, pp. 13 – 16. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/32830>. Acesso em: 15 set. 2019.

¹⁹¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Op. cit., 2018, pp. 58 – 59.

justiça social, sendo alguns deles: a saúde, a educação, o trabalho, o direito de greve e de liberdade sindical¹⁹².

Quanto aos direitos fundamentais de terceira geração, também designados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, verificou-se o advento dos direitos com alto teor de universalidade, isto é, na titularidade coletiva ligada ao gênero humano, por isso frequentemente indeterminada e indefinida, figurando nessa seara o direito ao desenvolvimento, à qualidade de vida, à paz, ao meio-ambiente, direito de comunicação e direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade¹⁹³.

Ainda na classificação admitida por Bonavides, se tem a quarta geração dos direitos fundamentais, resultado da globalização desses direitos, equivalendo-se a uma universalização no campo institucional. São pertencentes a quarta geração os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. Por fim, a quinta geração que se traduz no direito à paz, com a intenção de dar o devido destaque a esse direito¹⁹⁴.

Segundo o supracitado autor, as três primeiras gerações de direitos fundamentais tiveram um papel imprescindível para a chegada de uma nova concepção de universalidade dos direitos humanos fundamentais. Essa universalidade coloca os direitos em um grau mais alto de juridicidade e concretude, além de estabelecer positividade e eficácia¹⁹⁵.

No entanto, salienta-se que tal classificação, realizada através de gerações dos direitos fundamentais, vem sofrendo críticas tanto nacionais, quanto internacionalmente, à vista do termo utilizado; por esta razão, Ingo Wolfgang Sarlet explica o contexto da problemática em questão:

Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais, posição essa que optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina. Nesse contexto, aludiu-se, entre nós, de forma notadamente irônica, ao que se chama de “fantasia das chamadas gerações de direitos”, que, além da impressão terminológica já consignada, conduz ao entendimento equivocado de que os direitos fundamentais se substituem ao longo do tempo, não se encontrando em permanente processo de expansão, cumulação e fortalecimento. Ressalta-se, todavia, que a discordância reside essencialmente na esfera terminológica, havendo, em princípio, consenso no que diz com o conteúdo das respectivas dimensões e “gerações” de direitos¹⁹⁶.

¹⁹² BONAVIDES, Paulo. Op. cit., 2004, pp. 562 – 569.

¹⁹³ Ibidem, pp. 569 – 570.

¹⁹⁴ Ibidem, pp. 570 – 572.

¹⁹⁵ Ibidem, p. 573.

¹⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 45.

Ademais, segundo entendimento de alguns autores, como Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, não é cronologicamente preciso o termo *geração*¹⁹⁷. Por esse motivo, sem nenhuma pretensão de esgotar o assunto, serão expostas a seguir outras classificações dos direitos fundamentais, consideradas pelos supracitados autores.

A primeira delas a ser demonstrada parte da premissa de que o principal propósito dos direitos fundamentais é conceder as pessoas uma posição jurídica de direito subjetivo, tanto na esfera material, quanto processual, ao mesmo tempo em que limita a atuação estatal. Nesse seguimento, essa relação culmina em um *fazer* e em um *não fazer* do Estado, traduzida em uma norma de *competência positiva* ou *negativa* quanto à capacidade de atuação dos órgãos do Estado¹⁹⁸.

Tendo isso em mente, os direitos fundamentais podem ser divididos em três categorias ou espécies, a depender da relação criada entre o Estado e o indivíduo, sendo eles: os direitos negativos (*direito de resistência*), direitos positivos (*direitos a prestações*) e os direitos políticos (*direitos de participação*). Os direitos de *status negativus*¹⁹⁹ são aqueles que reconhecem aos indivíduos o direito de resistir a eventual interferência do Estado, protegendo a sua liberdade e limitando a atuação estatal, pois ocasiona uma obrigação negativa ao Estado de não interferir na liberdade do indivíduo, resguardada pela Constituição. Por ter esse caráter quase de se defender de qualquer atividade arbitrária do Estado à liberdade pessoal, são chamados de direito de resistência²⁰⁰.

Os direitos de *status positivus*²⁰¹ dizem respeito aos direitos sociais que buscam uma melhoria de vida através de políticas públicas e medidas de política social, e que permitem aos indivíduos exigir o cumprimento desses direitos mediante a ação do Estado, em consonância com o assentado na Constituição. Essas prestações estatais podem ser de duas espécies: a) prestações materiais, que podem abarcar tanto o fornecimento de bens ou serviços a pessoas que não podem adquiri-los no mercado, quanto o fornecimento geral de serviços exclusivos do Estado, como é o caso da segurança pública; b) prestações normativas, que consistem na criação de normas jurídicas que tutelem interesses individuais, como por exemplo, legislar sobre férias remuneradas (art. 7º, XVII da CF)²⁰². Vale a ressalva que neste trabalho, os direitos fundamentais tratados são direitos de *status positivus*.

¹⁹⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Op. cit., 2018, p. 36.

¹⁹⁸ Ibidem, p. 61.

¹⁹⁹ Direitos de condição negativa.

²⁰⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Op. cit., 2018, pp. 62 – 63.

²⁰¹ Direitos de condição positiva.

²⁰² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Op. cit., 2018, p. 64.

Quanto à categoria dos direitos de *status activus*²⁰³, ou direitos políticos, estes dão a oportunidade do indivíduo de participar ativamente na determinação da política do Estado, como ocorre, por exemplo, no direito ao sufrágio e o direito à participação em partidos políticos. São direitos que permitem a inserção das pessoas na esfera política firmada pelas autoridades estatais; por essa razão, são direitos de participação²⁰⁴.

Em linhas gerais, em razão da crise do Estado social, que ganhou relevância no segundo pós-guerra, o Estado precisou intervir na economia, de modo a garantir liberdade para todos, por meio da criação de pressupostos materiais para o exercício das liberdades dispostas nos textos constitucionais, tais como: seguro social e contra desemprego, ensino gratuito e garantia de promoção da saúde pública, se formando, portanto, um Estado social da democracia, que ofereceu a garantia tutelar dos direitos da personalidade²⁰⁵. Esse acontecimento, por sua vez, gerou consequências no âmbito dos direitos fundamentais, fazendo surgir então uma propensão a distingui-los a partir de seus efeitos, funções e dimensões²⁰⁶.

Foi verificada uma dupla perspectiva nos direitos fundamentais, revelando que eles podem, em princípio, ser considerados tanto como direitos subjetivos individuais, quanto direitos objetivos essenciais a vida em comunidade; assim, se concebeu uma das mais expressivas concepções do direito constitucional contemporâneo, principalmente no âmbito dos direitos fundamentais²⁰⁷.

Nesse sentido, os direitos fundamentais podem possuir dimensão subjetiva e objetiva, e essa classificação não se confunde com as categorias acima descritas, existindo, porém, uma conexão entre elas²⁰⁸.

No que se refere à dimensão subjetiva, em um primeiro momento, surge a ideia de que se torna possível ao titular de um direito fundamental impor seus interesses juridicamente tutelados ao destinatário desse direito. A doutrina sustenta que, com relação aos direitos fundamentais, existe uma relevância da dimensão subjetiva, isto porque o principal propósito dos direitos fundamentais reside na proteção do indivíduo e não da coletividade; assim, a dimensão subjetiva assume um papel de auxílio da proteção jurídica dos direitos subjetivos e não de protagonismo²⁰⁹. De acordo com esse entendimento, Joaquim José Gomes Canotilho

²⁰³ Direitos de condição ativa.

²⁰⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Op. cit., 2018, p. 65.

²⁰⁵ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., 2013, p. 204.

²⁰⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Op. cit., 2018, pp. 137 - 138.

²⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., pp. 147 – 148.

²⁰⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Op. cit., 2018, p. 138.

²⁰⁹ ALEXY, Robert. *Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen*. In: **Der Staat**, n. 29, 1990, p. 49 e ss *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, pp. 158 – 161.

defende que os direitos fundamentais são, precipuamente, direitos individuais²¹⁰, e o fundamento dessa preeminência da perspectiva subjetiva reside no valor concedido à autonomia individual, como expressão da dignidade da pessoa humana²¹¹. Ressalva, porém, Canotilho, que essa presunção em favor da perspectiva subjetiva não é capaz de excluir a possibilidade de se atribuir a titularidade de direitos fundamentais subjetivos à certos grupos ou entes coletivos²¹².

Essa dimensão subjetiva é relacionada principalmente ao *status negativus* de resistir à intervenção estatal, exercendo, portanto, uma liberdade negativa, liberdade de alguma coisa, isto é, liberdade de alguns comandos definidos pelo poder público. Ainda assim, a dimensão subjetiva se faz presente nos direitos fundamentais de *status positivus*, aqueles que pressupõem a ação do Estado para que seja alcançada a liberdade positiva do indivíduo, o que se traduz em liberdade para alguma coisa. Os direitos políticos e as garantias processuais também fazem parte dessa dimensão, merecendo destaque a garantia de acesso ao Judiciário²¹³.

Já a dimensão objetiva faz menção aos princípios máximos do ordenamento jurídico-constitucional, direitos que são componentes estruturais básicos da ordem jurídica²¹⁴, e, sendo assim, independem da percepção de seus titulares para a sua existência e aplicação, transcendendo a seara individual subjetiva, ao mesmo tempo em que oferecem critérios de controle da atividade do Estado.

Tal dimensão abrange quatro desdobramentos, a saber: *normas de competência negativa*, significa dizer que independentemente da reivindicação dos indivíduos, estas normas serão cumpridas em respeito ao direito outorgado a eles de liberdade para ação; *critérios de interpretação e configuração do direito infraconstitucional*, isto é, as autoridades estatais devem interpretar e aplicar o direito infraconstitucional em conformidade com os direitos fundamentais, até mesmo porque ao escolher a interpretação mais adequada aos direitos fundamentais, estará, conseqüentemente, interpretando consoante a Constituição; a *limitação dos direitos fundamentais* - esse aspecto permite que o direito fundamental seja limitado quando for do interesse do titular; e o *dever estatal de tutelar os direitos fundamentais*, referindo-se ao dever do Estado de proteger o direito fundamental contra possíveis violações provenientes não

²¹⁰ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 547.

²¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 161.

²¹² CANOTILHO, Joaquim José Gomes, Op. cit., 1992, pp. 547 – 548.

²¹³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Op. cit., 2018, pp. 138 – 139.

²¹⁴ LINERA, Miguel Ángel Presno. La estructura de las normas de derecho fundamentales. In: FREIJEDO, Francisco J. Bastida et. al. **Teoría General de los Derechos Fundamentales em la Constitución Española de 1978**. Madrid: Tecnos, 2004, pp. 51 – 52 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 149.

somente do poder público, mas também de particulares²¹⁵. A dimensão objetiva trabalhada aqui é o direito da parte na seara processual.

Um importante encadeamento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais decorre da ideia de que eles devem ter sua eficácia avaliada não somente com base na ótica do indivíduo e sua posição perante o Estado, mas também sob o ângulo da sociedade, uma vez que os valores aplicados nesses direitos dizem respeito a comunidade como um todo, devendo ela respeitá-los e concretizá-los²¹⁶. Partindo dessa implicação, Ingo Wolfgang Sarlet bem aponta que:

(...) a doutrina alienígena chegou à conclusão de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais constitui função axiologicamente vinculada, demonstrando que o exercício dos direitos subjetivos individuais está condicionado, de certa forma, ao seu reconhecimento pela comunidade na qual se encontra inserido e da qual não pode ser dissociado, podendo falar-se, nesse contexto, de uma responsabilidade comunitária dos indivíduos. Por tais razões, parece correto afirmar que todos os direitos fundamentais (na perspectiva objetiva) são sempre, também direitos transindividuais²¹⁷.

Nesse contexto é que se afirma que os direitos fundamentais possuem uma ordem dirigida ao Estado e que a este cabe a materialização e execução dos direitos fundamentais de forma permanente²¹⁸.

Os direitos fundamentais são reconhecidos mundialmente mediante pactos, tratados, declarações, além de outros instrumentos de caráter internacional e, no atual viés, tais direitos são vistos como inerentes ao indivíduo. A Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU-1948) aduz que os direitos são proclamados, ou seja, eles precedem a todas as instituições políticas e sociais, não podendo ser retirados ou restringidos pelas instituições governamentais, que devem proteger tais direitos de qualquer violação²¹⁹.

Como se pode perceber, os direitos fundamentais permitem, principalmente através de sua dimensão objetiva, um desenvolvimento de novos conteúdos capazes de gerar o fundamento para outras novas funções desses direitos e de se incumbir, de forma expressiva, na constituição de um sistema eficaz e racional que leva a sua própria efetivação²²⁰.

²¹⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo, Op. cit., 2018, pp. 139 – 142.

²¹⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, pp. 144 – 145.

²¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., pp. 151 – 152.

²¹⁸ Ibidem, p. 152.

²¹⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral da ONU (1948). Resolução 217 A III. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Artigo 30. Paris. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em: 01 set. 2019.

²²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 157.

4.2 A INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conjuntamente com o constitucionalismo, a hermenêutica jurídica evoluiu. Começando com a velha hermenêutica, na qual se interpretava a lei, cabendo ao intérprete apenas o dever de aplicação das normas catalogadas, seguindo uma espécie de formalismo jurídico desenvolvido pela Escola da Exegese no século XIX²²¹, até se chegar ao neoconstitucionalismo, que provocou alteração na ciência jurídica, trazendo à tona reconhecimento de força normativa à Constituição, além de ampliação das técnicas de hermenêutica constitucional²²².

O neoconstitucionalismo possui como premissa básica a relevância do texto constitucional e sua maior densidade, considerando os princípios e direitos fundamentais nele contidos e garantidos, além da ampliação da jurisdição constitucional e o avizinhamento do direito com preceitos morais e éticos. Os princípios não mais dependem de lei que os regulamente para terem aplicabilidade imediata, ao mesmo tempo em que as normas constitucionais ganham notadamente maior espaço no ordenamento jurídico, concebendo a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, apresentando o fenômeno da constitucionalização do direito. À vista disso, os valores contidos nos princípios e normas constitucionais se fazem presentes tanto na aplicação da Constituição, quanto na interpretação das normas infraconstitucionais, havendo assim uma vinculação que alicerça o sistema normativo vivente²²³.

Pela constitucionalização do direito, toda interpretação jurídica é uma interpretação primeiramente constitucional²²⁴. Logo, para se interpretar uma lei, o primeiro passo seria verificar sua compatibilidade constitucional, o que se traduz na chamada *filtragem constitucional*.

O processo de filtragem constitucional decorre diretamente da força normativa da Constituição e se presta a garantir a renovação axiológico-social do espaço jurídico, ao mesmo tempo em que destaca as necessidades apresentadas no paradigma do agir comunicativo, no sentido de trabalhar a legitimação do direito como processo contínuo e variável.

²²¹ ROCHA, Sergio André. Evolução histórica da teoria hermenêutica: do formalismo do século XVIII ao pós-positivismo. **Lex Humana**, Petrópolis, n. 1, p. 77 – 160, 2009, pp. 84 – 85. Disponível em: <http://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana/article/view/5>. Acesso em: 10 dez. 2019.

²²² KREBS, Hélio Ricardo Diniz. Op. cit., p. 45.

²²³ CAMBI, Eduardo. Precedentes vinculantes. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 215, jan., p. 2 – 3, 2013, *apud* KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **Sistemas de precedentes e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 45 – 46.

²²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 161.

A interpretação dos direitos fundamentais carece de uma teoria dos direitos fundamentais que, por sua vez, exige uma teoria da Constituição²²⁵. Existe uma clara vinculação entre a interpretação da Constituição e a interpretação dos direitos fundamentais, pois servem os princípios que regem aquela ao esclarecimento do significado das normas pertinentes a esses direitos²²⁶.

Nesse contexto, os direitos fundamentais não se prestam a interpretação, mas sim a sua concretização. Para tanto, os métodos interpretativos da Escola de *Savigny* se mostraram insuficientes para aplicação na hermenêutica dos direitos fundamentais, fazendo necessário então utilizar o recurso do princípio da proporcionalidade, que também serve de apoio à nova hermenêutica²²⁷.

No Brasil, o princípio da proporcionalidade ampliou a esfera de incidência do Direito Constitucional como ramo da ciência do direito, sobretudo no sentido de proteção mais eficaz dos direitos fundamentais perante o Estado, isto porque é responsável por avaliar a aplicação de outros princípios, de modo que se alcance uma maior compatibilidade com a decisão judicante. Assim sendo, o princípio se determina através da presunção que existe uma apropriada relação entre um ou vários fins específicos e os meios com que são considerados para se chegar em uma conclusão harmônica²²⁸.

Nesse pórtico, se salienta que a exigibilidade da regra da proporcionalidade para a solução de choque entre direitos fundamentais decorre da própria estrutura desses direitos, e não de dispositivos constitucionais²²⁹.

Tal pensamento parte da premissa de que os direitos fundamentais devem ter uma força vinculativa ampla. A Constituição brasileira prevê a possibilidade de aplicação imediata das normas de direitos fundamentais; todavia, o caráter vinculativo dos direitos fundamentais deveria ser reconhecido mesmo se tal previsão não existisse.

O artigo 5º, §2º da Constituição Federal de 1988²³⁰ gera o entendimento que há um conceito material, além do conceito formal de Constituição e de direitos fundamentais

²²⁵ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., 2004, p. 581.

²²⁶ Ibidem, p. 594.

²²⁷ Ibidem, pp. 592 - 593.

²²⁸ MULLER, Pierre. *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*. Band 97, 1978, Basel, p. 218 *apud* BONAVIDES, Paulo. O princípio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal de Minas Gerais**, n. 34, p. 275 - 291, 1994, p. 276.

²²⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, v. 798, abr., p. 23 – 50. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 43.

²³⁰ Constituição Federal, art. 5º, § 2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 out. 2020.)

determinados, que se traduz na existência de direitos, que, por seu conteúdo, pertencem ao corpo do texto constitucional de um Estado, mesmo que não esteja incluído no rol promulgado. Dessa forma, é possível a conclusão que a lista de direitos do art. 5º não é taxativa²³¹.

Por esse ângulo, o reconhecimento da diferença entre direitos formal e materialmente fundamentais permite dizer que há, no direito constitucional brasileiro, a aceitação de valores e princípios dominantes que não precisam estar descritos necessariamente na Constituição, pois estão inclusos no senso jurídico coletivo, levando em consideração, para tanto, o contexto político, social e cultural da ordem constitucional²³².

Consoante demonstrado no item anterior, as classificações explanadas dos direitos fundamentais, principalmente quanto as suas dimensões (subjéctiva e objectiva), evidenciam que estes exercem várias funções na ordem jurídica. Essa constatação reflete na tese doutrinária da multifuncionalidade dos direitos fundamentais²³³.

São os direitos fundamentais que irão orientar a Constituição, assim sendo, não existe constitucionalismo sem direitos fundamentais, tampouco haverá direitos fundamentais sem a constitucionalidade material para norteá-los e consagrar o princípio da igualdade como base de todos os preceitos sociais de justiça²³⁴.

Para Häberle, todo direito fundamental, geralmente, requer para a sua interpretação o exame dos seguintes aspectos: o aspecto objectivo-institucional; o da prestação estatal; o da prestação processual; o aspecto da vertente subjéctiva. Mesmo considerando todos esses aspectos, o que deve prevalecer, quanto à interpretação, é a ideia de preservação do indivíduo²³⁵.

O autor também defende um *pluralismo democrático*²³⁶, que se traduz na harmonização entre o pluralismo existente na Constituição com o ideal democrático e que é colocado em prática mediante os direitos fundamentais, postos, nesse contexto, como meio de possibilidades e opções, de modo que a liberdade vira sinónimo de democracia²³⁷. São exemplos de direitos que dão margens à busca por alternativas: a liberdade de eleição, a

²³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., pp. 79 – 80.

²³² SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 81.

²³³ Ibidem, pp. 161 – 162.

²³⁴ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., 2004, p. 601.

²³⁵ HÄBERLE, Peter. *Efectividad de los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional de los Derechos Fundamentales*. Alemanha, España, Francia e Itália, Madri, 1991, p. 274 *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 598 - 599.

²³⁶ HÄBERLE, Peter. **Pluralismo Y Constitución, Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta**. Madri: Tecnos, 2002, pp. 107 – 115.

²³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. A Influência de Peter Häberle no Constitucionalismo Brasileiro. **Revista de Estudos Institucionais**, v. 2, n. 1, p. 30 - 56, 2016, pp. 34 - 35. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/48>. Acesso em: 15 jun. 2020.

liberdade profissional, de igualdade de oportunidades ao acesso à formação escolar, a liberdade de escolha.

A relevância dada aos direitos fundamentais se traduz na própria consubstanciação do princípio da dignidade humana que se impõe como critério de apreciação que orienta a interpretação e percepção do sistema constitucional²³⁸.

A dignidade da pessoa humana é consolidada, no âmbito constitucional, por meio do estabelecimento de direitos fundamentais. Os princípios constitucionais estruturantes acabam funcionando como limites às restrições aos direitos fundamentais. A violação da dignidade humana consiste em uma violação de um direito fundamental ou de um dever estatal correlativo de um direito fundamental²³⁹.

O art. 5º, §1º da Constituição Federal de 1988²⁴⁰ determina que todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, isto é, individuais, sociais e políticas, são de aplicação imediata, o que, em outras palavras, acarreta a direta e imediata vinculação desses direitos.

Pois bem, a partir do texto contido no referido parágrafo, pode-se retirar duas consequências, sendo a primeira delas que os direitos fundamentais vinculam todas as autoridades do Estado, incluindo o Poder Legislativo, de modo que não pode ser restringido por este nenhum direito fundamental sem permissividade prevista pela Constituição. Quanto à segunda conclusão, diz respeito a afirmação implícita na norma de que os titulares dos direitos não precisam de anuência, execução ou outra determinação estatal para poder exercer seus direitos fundamentais, cabendo ao Poder Judiciário, inclusive, atuar quando verificar alguma violação que impossibilite o exercício de qualquer desses direitos²⁴¹.

Assim sendo, as normas presentes na Constituição que são associadas a direitos e garantias fundamentais são mandamentos normativos que cingem o poder do Estado de forma direta e imediata²⁴².

Ou seja, se consubstancia um efeito imediato dos direitos e garantias fundamentais. Todavia, na doutrina há divergências quanto à abrangência dessa norma, sendo afirmado por

²³⁸ PIOVESAN, Flávia Cristina. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 11, n. 45, out./dez. São Paulo: RT, 2003, versão on-line, p. 3.

²³⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da Pessoa Humana**. v. II. Dignidade e inconstitucionalidade. Portugal: Almedina, 2016, p. 33.

²⁴⁰ Constituição Federal, art. 5º, §1º: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 out. 2020.)

²⁴¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Op. cit., 2018, p. 113.

²⁴² Ibidem, pp. 113 – 114.

alguns que ela seria restrita aos direitos individuais e coletivos. Já outros doutrinadores afirmam que a Constituição, em seu art. §1º do art. 5º não fez nenhum recorte ao promulgar a norma, não correspondendo, portanto, a aplicação contida ao texto literal do dispositivo, conseqüentemente se expandindo a interpretação a todos os direitos fundamentais²⁴³.

No caso dos direitos sociais, porém, não é possível que tal efeito se manifeste de maneira integral, visto que estes direitos se fundam em pretensões dos indivíduos diante do Estado, não podendo assim serem exercidos imediatamente.

Diante desse panorama, duas são as situações jurídicas resultantes do mesmo efeito: de um lado, há o mandamento constitucional da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais que institui um vínculo direto e absoluto com o destinatário passivo dos direitos e garantias (Estado); do outro, tem o problema das circunstâncias necessárias ao exercício de determinado direito ou garantia. Isso porque, amiúde, o titular não pode exercer o direito constitucionalmente estabelecido, mesmo que ao destinatário passivo seja atribuída a tarefa da sua implementação. No entanto, mesmo nesse caso, o direito não perde seu caráter de aplicabilidade imediata, ilimitada e absoluta, pois essa aplicação ainda ocorrerá, ao necessitar que o legislador cumpra imediatamente seus deveres de regulamentação para tornar efetivo esse direito, assim como ocorre com o dever dos tribunais de obrigá-lo a respeitar essa norma²⁴⁴.

A par dessa divergência, o art. 5º, §1º da Constituição Federal obriga os órgãos estatais a potencializar a eficácia dos direitos fundamentais. Há, portanto, um caráter dirigente e vinculante desta norma, uma vez que ela tem como propósito tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos poderes públicos, cabendo a eles proporcionar meios para que os direitos e garantias fundamentais sejam concretizados²⁴⁵.

Como mencionado anteriormente, no que concerne à aplicabilidade dos direitos fundamentais, principalmente quanto aos direitos fundamentais sociais, está a problemática da efetiva disponibilidade do destinatário da norma (Estado) de prestar o que ela lhe impõe. É nessa seara que se sustenta a *reserva do possível*, que é utilizada como critério para limitar o objeto de prestações reconhecidas como dever do Estado pelas normas determinantes de direitos fundamentais sociais. Essa construção é atualmente utilizada pelo Supremo Tribunal Federal e por outros Tribunais. Ainda assim, a reserva do possível não deve servir para limitar a aplicabilidade imediata dos deveres prestacionais, uma vez que o Estado dispõe de várias

²⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 270.

²⁴⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Op. cit., 2018, pp. 114 – 116.

²⁴⁵ PIOVESAN, Flávia Cristina. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas**. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 1995, p. 92 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 276.

medidas que podem tornar possível essa prestação, tal como, por vezes, é visto pelo Judiciário ao declarar a inconstitucionalidade de omissões estatais em relação aos direitos sociais, quando sustentam que esses direitos detêm prioridade²⁴⁶.

Faz-se necessário destacar que o destinatário principal do dever de respeitar os direitos dos indivíduos é o Estado, que aqui é utilizado no sentido mais amplo do termo, isto é, toda autoridade ou órgão que exerça competências estatais²⁴⁷. Nessa linha, os direitos fundamentais correspondem puramente a deveres do Estado, que podem ser deveres de atuação por intermédio de prestação, de conservação de estrutura ou organização, ou deveres de abstenção, quando deixam de interferir na esfera de liberdade dos indivíduos.

A vinculação dos direitos fundamentais aos órgãos judiciais é demonstrada de dois modos; o primeiro deles é a constitucionalização da organização judiciária dos tribunais e do procedimento judicial como um todo, que deve ser entendido nos moldes dos direitos fundamentais. Já o segundo modo trata da vinculação dos direitos fundamentais ao próprio conteúdo dos atos jurisdicionais, que atuam e determinam as decisões judiciais²⁴⁸.

Por intermédio da supremacia da Constituição, os direitos fundamentais asseguram que nenhuma autoridade estatal desrespeitará os direitos dos indivíduos. Com base nessa afirmativa, o efeito vertical dos direitos fundamentais se concebe e se manifesta nas relações qualificadas pela desigualdade entre o indivíduo e o Estado²⁴⁹.

Os direitos fundamentais, para além de vincular todos os poderes públicos, exerce sua eficácia vinculante também no âmbito das relações entre particulares, protegendo os direitos contra agressões. Essa temática é chamada de teoria do efeito horizontal do dever estatal de tutela (efeito horizontal indireto ou de forma imediata), e implica no entendimento de que os direitos fundamentais tutelam, por meio da legislação comum, os interesses dos particulares que estão em uma situação de fragilidade social defronte de adversários influentes. Segundo essa visão, os direitos fundamentais desenvolvem um efeito de *irradiação* sobre a legislação comum²⁵⁰. Tal efeito possui um maior desenvolvimento no âmbito da jurisprudência e da doutrina, uma vez que não há previsão constitucional a esse respeito no Brasil.

O fundamento jurídico que oportuniza um reconhecimento desse efeito horizontal indireto se encontra no art. 5º, §1º da CF, o qual indica a obrigação do Estado em afastar do indivíduo possíveis agressões provenientes de particulares. Na prática, na falta de norma

²⁴⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Op. cit., 2018, pp. 116 – 117.

²⁴⁷ Ibidem, p. 120.

²⁴⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992, pp. 598 – 599.

²⁴⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Op. cit., 2018, p. 121.

²⁵⁰ Ibidem, pp. 120 – 124.

infraconstitucional taxativa, é o Poder Judiciário que irá tratar e resolver esses conflitos através de suas decisões e nelas fazendo a aplicação de normas constitucionais, de modo a defender o direito de quem se sentiu lesado. É importante ressaltar que nem sempre será posto a mesma implicação as relações entre particulares e a relação particular-Estado, o que é proibido ao Estado como intervenção não justificada em direitos fundamentais de liberdade, não o será necessariamente em face de um particular autossuficiente ou “mais forte”²⁵¹.

Fato é que a teoria dos direitos fundamentais serve como uma espécie de ferramenta para o fomento de valores constitucionais, bem como assistência para o reparo de variadas injustiças, cabendo ao intérprete e ao aplicador da norma priorizar a integridade e coerência do direito no processo²⁵², independentemente da técnica de ponderação utilizada para a aplicação desses direitos. Inclusive tal exigência se encontra positivada no artigo 924 do Código de Processo Civil.

No entanto, é pertinente se fazer a ressalva que a teoria dos direitos fundamentais, quando não empregada de maneira devida, pode vir a favorecer o aparecimento de decisões baseadas em arbitrariedades, convertendo-se em um passe livre para a atuação de juízes solipsistas. Essa possibilidade é considerada não somente como um aspecto negativo do neoconstitucionalismo, mas também como uma das causas preponderantes de insegurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, em razão da difusão jurisprudencial²⁵³.

4.3 A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO DIREITO FUNDAMENTAL PROCESSUAL

Uma das características da sociedade contemporânea é o pluralismo, pautado em diversos discursos mutualmente conflitantes, sendo necessário que a Constituição aponte o caminho para manutenção da unidade e integração social e estatal. Uma vez alcançado esse nível de consolidação, o cidadão se vê como parte do Estado e passa a defender sua permanência enquanto órgão político.

²⁵¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Op. cit., 2018, pp. 130 – 131.

²⁵² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 263 - 279 *apud* KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **Sistemas de precedentes e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 56.

²⁵³ KREBS, Hélio Ricardo Diniz. Op. cit., p. 77.

Mesmo que o Direito Constitucional não influencie no processo cultural, ainda sim, é essencial que trace o percurso para que a cooperação social seja desenvolvida, tendo como ponto de partida a identidade em torno dos direitos fundamentais.

Ao tratar do direito e de sua identificação, Thomas Bustamante afirma que este deve ser compreendido como uma prática social de natureza hermenêutica, pois a concretização de seus comandos depende sempre de uma atividade de interpretação dos enunciados normativos por meio dos quais ele se expressa.²⁵⁴

John Rawls, por sua vez, faz uma abordagem mais específica e se refere ao direito das pessoas dentro do próprio Direito, partindo do pressuposto de que como não há outra formulação de justiça fora das fronteiras nacionais dos regimes democráticos, deve-se concluir que as práticas sociais que não violam ativamente direitos universais justificados pelo Estado de direito estão fora da equação, desenvolvendo assim uma teoria contratualizada da justiça²⁵⁵.

Com a teoria da Justiça poderia então se alcançar um universalismo mais sólido, com a condição de afirmar suas capacidades pluralistas e enriquecer a sequência de posições que fundamentam a unidade da concepção rawlsiana, isto é, se o direito do povo se traduz em respeitar a motivação dos direitos universais, as pessoas de todas as posições nacionais originais seriam obrigadas a se resignar aos compromissos assumidos por aqueles que definem os direitos universais dos indivíduos e dos povos²⁵⁶.

Habermas assevera que o direito posto garante a implementação de expectativas de comportamento, resultando, por conseguinte, a segurança jurídica, e esta, caso entendida como princípio, pressupõe decisões jurídicas tomadas consistentemente dentro do contexto da ordem jurídica estatuída. No que se refere a presunção à legitimidade, o mero tratamento semelhante para os casos não se mostra suficiente, tendo em vista o dever de fundamentação racional²⁵⁷.

Em outro vértice, Konrad Hesse defende que a organização estatal pela Constituição se dá com o fito de prover a mínima normatização para que o Estado desempenhe suas funções, tendo o Direito como parâmetro, impedindo o abuso das competências. Ambas as funções são complementares, pois o efetivo apoio social ocorre quando os excessos estatais são coibidos. Outrossim, a Constituição detém uma função de diretriz jurídica, eis que dota os direitos fundamentais de força vinculante, visando tanto a união em torno de um valor quanto o marco

²⁵⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 126.

²⁵⁵ RAWLS, John. **Le droit des gens**. Avant-propos de Bertrand Guillarme. Commentaire de Stanley Hoffmann. Paris: Éditions Esprit, Le Seuil, 1996, p. 33.

²⁵⁶ Ibidem, p. 36.

²⁵⁷ HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia – entre facticidade e validade**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pp. 245 – 246.

moral a ser seguido pelo ordenamento. É por isso que a dignidade da pessoa humana está situada no centro da ordem jurídica²⁵⁸.

O principal pressuposto de existência da Constituição é estar alinhada com a realidade histórica e que acompanhe a evolução de todos os aspectos que são relevantes de seu tempo. Para tanto, é vital que sua interpretação esteja diretamente relacionada com a realidade social do Estado que ela está a gerenciar, isto porque nenhuma interpretação constitucional independe de problemas concretos²⁵⁹.

Como meio de proteção contra os abusos do aparato governamental, surgem princípios como o do acesso à justiça, e através dele, benefícios como o da justiça gratuita, além da inclusão e posterior consolidação de vários novos direitos aos cidadãos. O acesso à justiça se presta tanto como afirmação de que o sistema jurídico deve ser igualmente acessível a todos, quanto como imposição de que o sistema deverá produzir resultados socialmente justos²⁶⁰.

À vista dessa expansão de novos direitos, novas ações foram sendo ajuizadas, em virtude da verificação de uma ampliação dos sujeitos e objetos que poderiam ser questionados, principalmente no que diz respeito as causas que detinham como fundamento de seu direito matérias referentes ao direito do consumidor.

Diante da crescente precisão de segurança, houve a necessidade de formação de uma integridade sistemática baseada em coerência interna, previsibilidade (tomar conhecimento das consequências dos atos) e segurança jurídica. Por esse motivo, alguns instrumentos processuais foram criados no Brasil, de maneira a tornar possível para o Judiciário se encarregar da demanda crescente de ações, a saber: controle abstrato de constitucionalidade; súmula; repercussão geral; recursos repetitivos; incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR); incidente de assunção de competência (IAC). A partir desses instrumentos, passou-se a ter a possibilidade de julgamento liminar de mérito e julgamento monocrático pelo relator.

Fato é que a carga excessiva de trabalho, pode, frequentemente, traduzir-se num declínio da qualidade dos procedimentos e das decisões judiciais; por isso, surge a figura da justiça “coexistencial”, baseada na conciliação e mediação como formas mais acessíveis de resolução de conflitos e que não geram maiores demandas ao Judiciário, tornando mais célere

²⁵⁸ HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Tradução: Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, (versão online), pp. 8 – 9.

²⁵⁹ Ibidem, p. 10.

²⁶⁰ CAPPELLETTI, Mauro, BRYANT, Garth. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 8.

o processo e mais próximo às exigências sociais, tendo em vista os riscos de retardamento inerentes aos processos judiciais, objetivando a efetividade da jurisdição²⁶¹.

Com essa preocupação de manter a qualidade nas decisões judiciais em mente, o Código de Processo Civil de 2015 fez questão de reservar um espaço específico para a fundamentação adequada, que é responsável por resolver questões de fato e de direito no processo. Em seu artigo 489 dispõe acerca dos elementos essenciais da sentença, e no parágrafo 1º declara que não se considerará fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; e 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, conforme preconiza os incisos V e VI do CPC. Isto é, sem fundamentação, a decisão é nula. Diz, ainda, em seu § 2º que na hipótese de colisão entre normas, caberá ao magistrado justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação realizada, declarando as razões autorizadas do afastamento da norma, bem como os fatos que serviram de base àquela conclusão.

A partir da análise do artigo 489 do CPC, pode-se retirar as seguintes conclusões: I) que a fundamentação das decisões é obrigatória; II) uma fundamentação adequada é capaz de diminuir taxas de reformas recursais; III) deverá ser conferido um maior grau de profundidade nos fundamentos determinantes preparados nos acórdãos; IV) diante da consistência dos julgamentos apoiados em uma fundamentação bem construída, os tribunais julgarão menos casos idênticos e, conseqüentemente, haverá uma praticidade e rapidez no sistema; não pela falta de uma fundamentação mais trabalhada, mas sim por meio dela, fazendo cair por terra o argumento de que a obrigatoriedade da fundamentação adequada atrasaria e travaria o seguimento processual.

No que diz respeito ao direito de fundamentação propriamente dito, este já se encontra prescrito no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal. Segundo este artigo, a ausência de fundamentação resulta na invalidade da decisão; no entanto, se a fundamentação for inútil ou deficiente, também haverá prejuízo no ato decisório, e nesse sentido equiparam-se à ausência.

Para abrir a discussão quanto à fundamentação, se faz necessário expor a diferença entre a ela e a motivação. A fundamentação, estipulada como um princípio pela norma constitucional no plano das garantias fundamentais, possui um caráter político de prestar

²⁶¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, Ideologias e Sociedade**. v. I. Trad. e Notas de Prof. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, pp. 390 – 391.

segurança jurídica ao indivíduo em relação ao Estado, assim como à sociedade e ao próprio ordenamento. Quanto à motivação, tem seu foco no livre convencimento da decisão, estipulando como critérios basilares para servir de garantia à parte e ao processo, oferecendo elementos probatórios e de linguagem técnica, sob o enfoque das formalidades processuais. Dessa maneira, se tem que a motivação é a justificação das razões, dos “por quês” que fundamentam a pretensão, de modo que esses motivos e as circunstâncias fáticas são componentes que se reservam a definir a fundamentação²⁶².

De maneira mais simplória, o juiz pode ter várias motivações que o levam a decidir o caso sob julgamento, como por exemplo, motivos políticos, éticos, morais. Porém, ao se tratar de fundamentação, esta deve ser puramente jurídica e construída a partir de elementos hermenêuticos que possam demonstrar a diretiva interpretativa adotada na decisão judicial. Há, portanto, para o juiz a incumbência de expor as razões jurídicas que justificam a sua decisão, até mesmo porque o que confere legitimidade à decisão é o fato de estar sustentada em fundamentos jurídicos²⁶³.

A doutrina, muito comumente, faz a conexão entre contraditório, motivação e direito ao processo justo, e isso se dá em razão do dever de motivação das decisões ser inseparável do Estado Constitucional. Sem motivação, a decisão judicial perde a justificação da aplicação da norma jurisdicional para o caso concreto, assim como a capacidade de direcionar condutas sociais. Nessa linha, Luiz Guilherme Marinoni esclarece que há um discurso jurídico defensor da necessidade de justificação das decisões judiciais:

É um discurso que não está ligado ao caso concreto, mas visa à promoção da unidade do Direito como um todo, sendo necessariamente ultra partes. Interessa nesse momento a primeira função. E basicamente dois problemas surgem a respeito do tema: (i) a extensão do dever de motivação; (ii) a motivação das decisões diante de princípios, regras e postulados, de um lado, e dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais, de outro. O problema da extensão do dever de motivação das decisões judiciais tem de ser resolvido à luz do conceito de contraditório. É por essa razão que o nexos entre os conceitos é radical. E a razão é simples: a motivação das decisões judiciais constitui o último momento de manifestação do direito ao contraditório e fornece seguro parâmetro para aferição da submissão do juízo ao contraditório e ao dever de debate que dele dimana. Sem contraditório e sem motivação adequados não há processo justo²⁶⁴.

²⁶² SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Motivação e Fundamentação das decisões judiciais e o princípio da segurança jurídica. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, v. 7, n. 2, jan./jun., p. 355 – 376, 2006, pp. 358 - 361. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/345/338>. Acesso em: 15 set. 2019.

²⁶³ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fundamentação das decisões judiciais**: o controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 110.

²⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. v.1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 399.

O direito fundamental ao processo justo é um princípio que possui variados elementos, cujas atribuições são essenciais ao ideal de proteção dos direitos fundamentais, são eles: a igualdade (art. 5º, *caput*, CF); a busca pela ampla efetividade do processo quanto à apreciação de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inciso XXXV, CF); a existência de um juiz natural e imparcial (art. 5º, XXXVII e LIII, CF); a formação da coisa julgada (art. 5º, XXXVI); o contraditório e ampla defesa (art. 5º, inciso LV, CF); a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, CF); a publicidade de atos processuais (art. 5º, LX e art. 93, IX, CF); a assistência jurídica aos necessitados (art. 5º, LXXIV, CF); a garantia de razoável duração do processo (art. 5º, inciso LXXVIII, CF), e a fundamentação das decisões (art. 93, inciso IX, CF). Tais elementos abordam direitos fundamentais processuais, o que justifica a influência que os direitos fundamentais desempenham sobre o processo. De fato, os direitos fundamentais influenciam toda a forma como o processo é coordenado²⁶⁵.

É oportuno salientar que, embora a maioria dos princípios processuais não se identifiquem de forma direta com algum direito fundamental, como base dos princípios que informam normas processuais, poderá ser encontrado um comando constitucional²⁶⁶.

O princípio do contraditório é atualmente visto como direito de participação dos sujeitos processuais à influência sobre o desenvolvimento do processo e, conseqüentemente, no conteúdo das decisões judiciais²⁶⁷. Isso se dá em razão da cooperação processual instaurada, tendo em mente também a garantia da não surpresa, que impede que as partes sejam surpreendidas pela prolação de decisões que tomam por fundamento matérias não discutidas anteriormente. As questões de fato e de direito alegadas pelas partes deverão ser consideradas.

O contraditório logo garante às partes o poder de atuar não somente no processo, mas também em seu resultado, e a forma na qual elas poderão conferir se seus fundamentos, alegados no decorrer da demanda, foram aceitos pelo órgão julgador é através da fundamentação da decisão judicial. Daí decorre a exigência que os fundamentos expostos pelas partes e que são aptos a gerar algum resultado positivo sejam enfrentados pelo juiz em sua decisão, até mesmo como uma forma de proteção às partes de um juiz solipsista²⁶⁸.

²⁶⁵ KREBS, Hélio Ricardo Diniz. Op. cit., pp. 70 - 71.

²⁶⁶ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Constituição, processo e o princípio do due process of law. In: ASSIS, Araken de et al. (Coords). **Direito civil e processo: estudos em homenagem ao prof. Arruda Alvim**. São Paulo: RT, 2008, p. 1096 *apud* KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **Sistemas de precedentes e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 72.

²⁶⁷ CÂMARA. Alexandre de Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério – formação e aplicação de precedentes, enunciados e súmulas**. São Paulo: Atlas, 2018, p. 97.

²⁶⁸ *Ibidem*, pp. 99 – 100.

O Supremo Tribunal Federal por vezes já se pronunciou acerca do princípio do contraditório em sua concepção moderna, tal como pode ser visto no acórdão proferido no julgamento do MS 26849 AgRg/DF, cuja ementa segue trecho:

1. O contraditório, na sua hodierna concepção, refere-se ao direito de participação e de influência nos rumos do processo (CABRAL, Antônio do Passo. *Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito*. Rivista di Diritto Processuale. Padova: Cedam, 2005; OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. Revista do advogado, nº 40, p. 35-38, jul. 1993), superando a visão que a restringia à trilateralidade de instância, concebendo o processo como *actus minus trium personarum*. 2. A ideia de contenção do arbítrio estatal, corolário do constitucionalismo, interdita comportamentos e decisões dos órgãos e agentes públicos lesivos ao patrimônio jurídico do cidadão. 3. A garantia do contraditório reclama que, uma vez verificada que uma dada ação estatal possa vulnerar objetivamente a esfera jurídica do cidadão, seja salvaguardada a prerrogativa de pronunciar-se previamente acerca de todas as questões fáticas e jurídicas debatidas no processo com vistas a subsidiar uma decisão amadurecida da controvérsia, inclusive acerca daquelas matérias que o magistrado pode ex officio conhecer (COMOGLIO, Paolo. *La garantizia dell' azione ed il processo civile*. Padova: Cedam, 1970, p. 145-146)²⁶⁹.

À vista disso, o princípio do contraditório se encontra estritamente ligado a garantia de participação que, por sua vez, é conexas a concepção democrática do modelo de cooperação processual, que defende a necessidade de uma atividade cooperativa dos sujeitos processuais, resultando em uma democracia participativa, por meio do exercício ativo da cidadania.

Apesar de ainda ocorrer na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não basta ao órgão jurisdicional apresentar quais as justificativas que formam o dispositivo para que se considere como justificada a sua decisão. Deve existir na fundamentação uma resposta ao debate conferido entre as partes, que ocorreu durante todo o processo através das suas manifestações processuais, fazendo uso, para tanto, dos fundamentos por elas esposados.

²⁶⁹ Em síntese, a ementa destacada se refere ao agravo regimental em mandado de segurança interposto em face de decisão monocrática do relator Ministro Eros Grau, que extinguiu o *mandamus* ante a perda superveniente do objeto sem oportunizar prévia oitiva ao agravante, portanto, contradizendo o princípio do contraditório. O objeto do *writ* foi a concessão de pontos ao primeiro e ao segundo colocados em concurso público para provimento do cargo de auditor do Tribunal de Contas da União. O relator, Ministro Eros Grau, negou seguimento ao mandando de segurança sob fundamento de inexistência de liquidez e certeza do direito alegado, revogando assim medida liminar antecedentemente deferida. Diante desse resultado, inconformado, o impetrante interpôs o primeiro agravo regimental, de modo a demonstrar as razões do seu direito. Neste recurso então se declarou a extinção sem resolução de mérito – perante informação do litisconsorte passivo necessário de que o impetrante foi nomeado para o novo cargo - na decisão alvo do segundo agravo regimental – especialmente em evidência - através do qual se pugnou pela nulidade da decisão. Foi dado provimento ao segundo agravo regimental por não oportunizar a prévia oitiva do agravante, bem como se negou provimento ao primeiro agravo interposto, no que se manteve a extinção do mandado de segurança por ausência do direito líquido e certo. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 26849 AgRg/DF**, Rel. Min. Luiz Fux, órgão julgador: Tribunal do Pleno; Dje de 21/05/2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur264512/false>. Acesso em: 10 out. 2020.)

Luiz Guilherme Marinoni estipula alguns requisitos mínimos para que a fundamentação da decisão, como determinada no texto constitucional, seja considerada adequada, sendo eles:

(i) a enunciação das escolhas desenvolvidas pelo órgão judicial para, (i.i) individualização das normas aplicáveis; (i.ii) acertamento das alegações de fato; (i.iii) qualificação jurídica do suporte fático; (i.iv) consequências jurídicas decorrentes da qualificação jurídica do fato; (ii) o contexto dos nexos de implicação e coerência entre tais enunciados; e (iii) a justificação dos enunciados com base em critérios que evidenciam ter a escolha do juiz ter sido racionalmente correta. Em “i” devem constar, necessariamente, os fundamentos arguidos pelas partes, de modo que se possa aferir a consideração séria do órgão jurisdicional a respeito das razões levantadas pelas partes em suas manifestações processuais²⁷⁰.

A passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional foi responsável por algumas mudanças, como por exemplo, quanto às fontes jurídicas; a compreensão da natureza da interpretação jurídica; e na técnica legislativa. Tais mudanças geraram impactos bastante significativos na seara da fundamentação das decisões, pois a partir delas, foi consagrada uma fundamentação analítica para a concretização de termos indeterminados e para a aplicação de princípios e regras mediante postulados normativos, com possível constituição de consequências jurídicas a serem atribuídas aos destinatários das normas²⁷¹.

A coerência e a integridade também são consideradas critérios para que se suceda uma justificação acertada das decisões judiciais. Segundo Klaus Günther, uma norma estaria adequadamente justificada desde que universalmente aceita, conforme as argumentações demonstradas e, uma vez preenchida esta condição, os participantes do discurso poderiam levar em consideração todas as consequências e efeitos desta regra geral. No entanto, a dificuldade dessa hipótese é que todos devem ter conhecimento ilimitado e tempo infinito²⁷². Para o autor, como esse ideal de sistema coerente de todas as normas jurídicas válidas não será alcançado, o melhor é partir da premissa de uma realização aproximada em toda hipótese, na qual a descrição integral muda a matriz da norma em conflito²⁷³.

²⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. v.1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 400.

²⁷¹ *Ibidem*, pp. 400 – 401.

²⁷² GÜNTHER, Klaus. Cadernos de Filosofia Alemã, n. 6, p. 85 – 102, 2000, pp. 87 – 94. *In*: LEITE, George Salomão. **Coerência e integridade como critério de justificação de sentenças no NCPC**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018 *apud* STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão. **Hermenêutica e Jurisprudência no novo código de processo civil: coerência e integridade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, pp. 112 – 113.

²⁷³ STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão. **Hermenêutica e Jurisprudência no novo código de processo civil: coerência e integridade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 115.

A coerência em Günther se mostra como um elemento essencial da fundamentação das decisões judiciais, pois ela tem que ser harmônica e refletir uma compreensão do direito como um todo, cabendo ao juiz proferir a melhor resposta, levando em consideração a integridade das normas estipuladas.

O processo de aplicação da norma jurídica se efetiva mediante um discurso de aplicação, ao se levar em conta que o restante das normas do sistema jurídico integra a interpretação do caso concreto a ser aplicado. Sendo assim, para que não sejam proferidas decisões arbitrárias, a adequação da norma ao caso concreto exige que a interpretação eleita seja justificada por meio dos discursos de aplicação. Para que a decisão seja considerada coerente, ela exige uma interpretação que preencha o pressuposto da justificação da seletividade do discurso de aplicação; até mesmo em caso de colisão normativa, essa interpretação apresenta qual é melhor princípio a ser aplicado ao caso concreto, considerando o contexto²⁷⁴.

Os discursos de aplicação, no entendimento de Vera Karam de Chueiri e Joanna Maria de Araújo Sampaio, pressupõem que as normas a serem empregadas na decisão judicial sejam consideradas válidas e explicam que:

Os participantes compartilham previamente um conjunto de razões tidas como válidas. O que ocorre é que nos discursos de aplicação, há uma mudança na perspectiva em que são analisadas as normas: não mais é questionada a validade da norma, agora analisa-se o conjunto da situação em que ela está inserida. Os participantes do discurso irão questionar a adequação de uma norma que estaria, a princípio, apoiando um juízo particular²⁷⁵.

Tomando como base para a aplicação da norma jurídica o melhor argumento, este só é verificado em uma decisão judicial através da sua fundamentação.

Como forma de incluir juridicidade a uma decisão, da mesma forma que a lei, a sentença deve conter um procedimento formal que abarque a argumentação jurídica, se tratando do que Ricardo Luis Lorenzetti chama de “hermenêutica de concretização”. Assim, afirma-se que o conteúdo das cláusulas gerais pode ser determinado por princípios, bem como servem de parâmetro para a não permissibilidade do subjetivismo²⁷⁶.

A respeito da declaração de que as cláusulas gerais são limitadas por princípios, Lorenzetti elucida:

²⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão. Op. cit., p. 119.

²⁷⁵ CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Coerência, integridade e decisões judiciais. **Revista de Estudos Jurídicos – UNESP**, v. 16, n. 23, p. 367 – 391, 2012, pp. 376 - 377.

²⁷⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. Tradução: Bruno Miragem. Notas da tradução: Cláudia Lima Marques. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010, p. 179.

Temos dito que a cláusula geral é um conceito linguisticamente determinado, e que sua indeterminação se refere ao plano dos valores e dos costumes. Os princípios são normas que têm uma estrutura deôntica, já que estabelecem juízos de dever ser; são normas *prima facie* sem uma terminação acabada, e, portanto, flexíveis, suscetíveis de serem completadas. (...) Os princípios são normas que recepcionam valores, e como tais podem ser senão aspirações, cujo grau de concreção varia segundo os sistemas jurídicos, os períodos históricos e a relação com as regras²⁷⁷.

É bem verdade que se elabora uma sentença desqualificada quando nela contém uma fundamentação superficial ou quando se é negligenciada a fundamentação conforme as condições da causa. Para a feitura da decisão judicial correta, é preciso definir alguns fatores capazes de restringir a interpretação subjetiva, com o intuito de que prevaleça a igualdade como respaldo das decisões judiciais²⁷⁸.

No discurso jurídico, se presume uma discussão dialógica em que uma pessoa está contra a outra, gerando assim um conflito. Nesse contexto, existe a figura do terceiro comunicador, que pode ser um juiz ou árbitro, que atesta racionalidade ao discurso²⁷⁹. O processo, então, possui um caráter dialógico, em que o juiz irá promover a solução jurídica do caso concreto tendo em mente o debate processual que irá se instaurar. Por isso mesmo, a concepção atual do contraditório (já comentada) reflete essas interações discursivas permitidas pela relação jurídica processual, baseadas numa democracia deliberativa, uma vez que os sujeitos processuais poderão agir e reagir, apresentando suas teses.

Isto posto, alguns direitos processuais, na concepção de Marinoni, são erigidos a categoria de direitos fundamentais, o que ele define como direitos fundamentais processuais. É o caso aqui tratado. O direito de fundamentação é um direito fundamental processual, que surge diante da necessidade de obtenção de resposta adequada do Judiciário no que se refere a lide sob julgamento, e se dá, principalmente, como forma de defesa do jurisdicionado ao se deparar com uma fundamentação insuficiente ou incorreta.

O direito fundamental processual à fundamentação repercute nas relações dos particulares, ao mesmo tempo em que vincula o modo de atuação dos órgãos jurisdicionais. O juiz e os tribunais têm o dever não somente de prestar a adequada tutela jurisdicional aos direitos, mas também de prestar a adequada fundamentação quando for abordá-los e decidir a respeito deles. Por causa disso, tal direito incide sobre o Estado, tendo *eficácia vertical direta*

²⁷⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. Op. cit., p. 180.

²⁷⁸ Ibidem, pp. 180 – 182.

²⁷⁹ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Processo, dialética e fundamentação adequada: um olhar sobre os avanços que a concepção retórica do direito trouxe para a nossa teoria geral do processo. **Revista eletrônica Direito e Sociedade – REDES**, Canoas, v. 4, n. 2, nov., p. 203 – 235, 2016, p. 208. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/2318-8081.16.32>. Acesso em: 15 out. 2020.

sobre a jurisdição - não dependendo da atuação do legislador -, enquanto o conteúdo da decisão jurisdicional incide sobre os particulares.

A exigência de uma fundamentação substancial é indispensável para conferir o caráter democrático aos pronunciamentos jurisdicionais²⁸⁰. Em razão da controlabilidade da decisão judicial que a fundamentação adequada proporciona, ocorre também o exercício do poder estatal de garantir o direito à segurança jurídica, que no processo constitui direito à estabilidade, à confiabilidade e à efetividade das situações jurídicas processuais, exigindo respeito à forma processual, à preclusão e à coisa julgada, bem como ao precedente judicial.

No Estado Constitucional, as normas legais devem ser avaliadas pela jurisdição a partir dos direitos fundamentais. Portanto, todas as regras processuais relacionadas com o direito de fundamentação devem ser compreendidas à luz do direito fundamental à fundamentação.

Como anteriormente mencionado, os direitos fundamentais possuem uma *fundamentalidade formal*, o que implica em dizer que todos os direitos estabelecidos, e conseqüentemente garantidos na Constituição Federal são considerados fundamentais, mesmo que possuam alcance parcialmente limitado²⁸¹.

Portanto, o direito de fundamentação se trata de uma garantia constitucional processual que, em tese, é um aparato constitucional, porém, por vezes, não está sendo efetivamente utilizada.

A questão aqui proposta diz respeito ao embate entre a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais do cidadão, quanto a não ter sua fundamentação adequada violada, e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, de fazer valer critérios objetivos de controle que deveriam ser aplicados, independentemente de interferências de violações particulares do indivíduo²⁸².

A legitimação democrática das decisões judiciais acontece a partir do momento que os atos decisórios são adequadamente fundamentados, viabilizando não somente o controle dos atos do Poder Judiciário por toda a sociedade, mas também porque essa fundamentação em si representa uma resposta a uma garantia constitucionalmente estabelecida, que é direito das partes.

As partes titularizam um direito subjetivo fundamental processual a uma decisão verdadeiramente fundamentada. Se não atendida esta exigência, o ato decisório não corresponderá ao ideário de um processo democrático, de uma decisão sob esse viés democrático.

²⁸⁰ CÂMARA. Alexandre de Freitas. Op. cit., 2018, pp. 84 - 85.

²⁸¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Op. cit., 2018, p. 53.

²⁸² Ibidem, pp. 137 - 141.

O diálogo entre o juiz e as partes tem que estar contido na fundamentação da decisão judicial enquanto direito fundamental processual, pois não basta que o julgador esteja convicto da solução posta, se tal solução não for alcançada de maneira adequada e comensurável. Essa fundamentação, com essas características, eleva a natureza do direito, que passa a ser processual fundamental.

Em um contexto externo a lide, essa atuação dos sujeitos processuais também servirá de espelho para possíveis casos análogos, propiciando um desenvolvimento do direito em sua forma objetiva, se configurando a possibilidade de se tornar um precedente judicial obrigatório²⁸³.

O ideal perseguido pela doutrina processual é que no processo, através de uma série de procedimentos, se busque a verdade admissível relacionada a determinado caso, de modo que quando chegar o seu fim, a justiça se restará feita. Para tanto, trazendo essa noção para o discurso judicial, caberá ao juiz fundamentar a sua decisão e justificar seu convencimento, de modo que a sentença se encontre motivada, pois "a motivação, nesse sentido, é a explicação da convicção e da decisão"²⁸⁴, e aceita pela sua força de persuasão atingida pela participação efetiva dos sujeitos do processo.

Consoante o panorama de um Estado de Direito democrático defendido por Jürgen Habermas, é através de procedimentos que endossam a participação das pessoas na resolução dos casos e deliberação de decisão que haverá a legitimidade do direito. Pelo princípio do discurso, as ações legítimas são aquelas em que todas as pessoas que podem ser atingidas pela decisão fazem parte dela por meio do discurso racional²⁸⁵.

Assim, constata-se que o direito fundamental processual à fundamentação da decisão judicial é um direito subjetivo das partes, e as partes integram esse processo e contribuem dialeticamente nesse processo, sendo extremamente relevante na concretização de um Estado Democrático de Direito.

O que legitimará a decisão judicial será o respeito às garantias fundamentais processuais asseguradas aos cidadãos, como o contraditório e a fundamentação das decisões²⁸⁶.

²⁸³ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Op. cit., p. 213.

²⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 457.

²⁸⁵ SOUSA, Lorena Ribeiro de Carvalho. **O dever de fundamentação das decisões no Código de Processo Civil de 2015: um estudo crítico das decisões do Superior Tribunal de Justiça a partir do modelo constitucional de processo**. 2017. 146 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017, pp. 59 - 60. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SousaLR_1.pdf. Acesso em: 10 ago. 2020.

²⁸⁶ LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

Nesse seguimento, são apropriados os ensinamentos de Álvaro Ricardo de Souza Cruz sobre o tema:

[...] num contexto contemporâneo de democracia participativa, a legitimidade do judiciário só pode ser encontrada na racionalidade de suas decisões, de forma a permitir ao cidadão e, especialmente, às partes a apuração e o exame da fundamentação de cada uma delas. Logo, a fundamentação de suas decisões judiciárias, bem como de qualquer decisão estatal é elemento indispensável da formação do Estado Democrático de Direito (art. 93, IX da Constituição Federal de 1988)²⁸⁷.

Assim, é de fácil constatação que a fundamentação das decisões é uma garantia processual contra os possíveis alvedrios do magistrado como membro a serviço do poder estatal, ao mesmo tempo em que é fator para a legitimidade democrática dos atos decisórios.

Como já mencionada anteriormente, é clara a conexão do dever de fundamentação com o princípio do contraditório, pois, dessa maneira, se constrói a decisão de forma participativa, em que as questões debatidas pelos sujeitos processuais sejam realmente levadas em consideração pelo julgador, não mais se reduzindo a aplicação judicial a um ato puramente silogístico e mecanizado.

Em um Estado Democrático de Direito, a fundamentação das decisões jurisdicionais então deve ser concebida como um direito fundamental processual, de inevitável observância, tanto pelos operadores do direito, quanto pela sociedade, para que seja atingida a legitimidade democrática dos pronunciamentos decisórios.

A partir de um diálogo entre as partes e o juiz, em regime colaborativo, haverá a construção do discurso jurídico, que servirá de base à fundamentação da decisão judicial. Nessa perspectiva, a fundamentação das decisões judiciais é um direito fundamental processual, visto que atende e considera a dialética processual, ou seja, todas as teses trazidas pelas partes em contraditório, considerando as alegações, as provas e tudo mais que de conteúdo aportar no processo por iniciativa das partes.

Esse direito, ou seja, o direito fundamental processual à fundamentação das decisões judiciais, responde em primeiro plano a uma exigência da cidadania em um Estado Democrático, pois, como já visto, além de ser um direito subjetivo das partes ter acesso a uma decisão genuinamente fundamentada, as partes integram efetivamente o processo e contribuem no seu resultado através do debate.

²⁸⁷ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 6.

5 UMA RESSIGNIFICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Antes de adentrar na verdadeira proposta deste capítulo, tendo em vista que já foram abordados os principais conceitos aliados à figura dos precedentes judiciais, se faz necessário expor os principais argumentos favoráveis e desfavoráveis a admissão do uso dos precedentes judiciais em um sistema *civil law*, a fim de fornecer um panorama geral de como esse mecanismo pode ser visto por algumas correntes no direito brasileiro.

Apontando, primeiramente, o caminho que expõe o que de benigno a aplicação dos precedentes proporciona, temos o aumento do nível de segurança jurídica, de igualdade material em seu viés jurídico, auxílio na concretização da celeridade e eficiência processual, a concretização do direito fundamental processual à fundamentação das decisões judiciais e do princípio do contraditório, tudo isso sob o véu da previsibilidade das decisões judiciais inerente ao processo dos precedentes.

Vale ressaltar também os deveres gerais dos tribunais no sistema de precedentes judiciais, como o dever de uniformização e de estabilização da jurisprudência; o dever de dar publicidade aos precedentes; e o dever de assegurar a integridade e a coerência a sua jurisprudência²⁸⁸.

Nessa seara, se pode até elencar alguns efeitos prejudiciais pelo não uso dos precedentes judiciais, tais como: a) a significativa perda de tempo, tanto dos operadores do direito, quanto das partes, considerando também o desgaste emocional delas ao se deparar com uma decisão favorável a sua tese que em seguida é reformada, em virtude de ser contrária a um precedente de órgão judicial superior; b) o custo envolvido no processo como um todo, que se eleva à medida que o processo se prolonga; c) o ônus que recai sobre o Judiciário de analisar cada vez mais recursos para a obtenção de resultados diferentes dos que foram dados em instâncias inferiores, ao se ter em mente os entendimentos divergentes que existem, principalmente se tratando de tribunais superiores; d) há o estímulo a chamada justiça lotérica, através da qual as partes recorrem esperando que haja contrariedade de entendimento; e) o desencorajamento aos acordos judiciais²⁸⁹.

²⁸⁸ ROSA, Fernanda Néri. **Precedentes judiciais**: aspectos controvertidos de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro e o risco do discurso de fundamentação descontextualizado. 2016. 125 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais Aplicadas) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2016, pp. 73 - 77. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/13246>. Acesso em: 09 nov. 2020.

²⁸⁹ AGUIAR, Acácia Lins de. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: análise dos principais argumentos favoráveis e desfavoráveis à adoção dos precedentes vinculantes no Brasil. 2014. 51 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2014, pp. 34 - 35. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/27387>. Acesso em: 09 nov. 2020.

Quanto aos principais pontos negativos da utilização dos precedentes judiciais dentro do contexto brasileiro, o primeiro que merece citação se refere a incompatibilidade entre o precedente com o sistema romano-germânico, dado que é um mecanismo estritamente dependente do *common law* e do seu caráter fértil das decisões judiciais, ao passo que no *civil law* conta-se com a condição puramente declaratória da decisão judicial.

Ocorre que os dois sistemas jurídicos (mais recentemente no caso do *civil law*) não concebem a ideia de que a decisão judicial é fruto do silogismo, de um raciocínio automático, pelo contrário, se alega que existe um cunho interpretativo inerente à construção de uma decisão judicial que, diante de uma norma jurídica, tem o trabalho de relacioná-la com o caso em questão, assim como se vale da argumentação para explicar a conclusão que se chegou.

Importa ressaltar que essa incompatibilidade é irreal, principalmente ao se considerar que o direito constitucional possui inspiração estadunidense, ainda que com um direito infraconstitucional de origem romano-germânica, ou seja, essa mistura com institutos americanos não é de hoje, e de acordo com essa conclusão, Didier tece esclarecimento:

O Direito brasileiro, como seu povo, é miscigenado. E isso não é necessariamente ruim. Não há preconceitos jurídicos no Brasil: busca-se inspiração nos mais variados modelos estrangeiros, indistintamente. [...] Enfim, para bem compreender o Direito processual civil brasileiro contemporâneo não se pode ignorar essa circunstância: é preciso romper com o “dogma da ascendência genética”, não comprovado empiricamente, segundo o qual o Direito brasileiro se filia a essa ou àquela tradição jurídica²⁹⁰.

Sob tais fundamentos, é permitida a compreensão de que o óbice apontado é inexistente.

O precedente judicial também não estaria concordante com o princípio do acesso à justiça, posto que reduziria a relevância da participação das partes em razão de um resultado previamente estipulado²⁹¹. Porém, é um erro pensar que tal declaração de fato acontece, pois cabe não somente ao juiz, mas também as partes o esforço intelectual de demonstrar que o precedente judicial se aplicará ou não ao caso em análise, de maneira que o contraditório continuará presente e as partes terão importante papel para a verificação do bom uso ou não do precedente.

Além disso, a vinculação ao precedente na verdade permitirá o fortalecimento da garantia de acesso à justiça, na medida em que o juiz estará obrigado a agir com

²⁹⁰ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, pp. 42 – 43.

²⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 154 – 155.

responsabilidade diante das partes para que a decisão não seja contraditória com o entendimento estabelecido.

O próximo argumento a ser discutido é que o uso do precedente viola a independência do magistrado de primeira instância quanto a sua decidibilidade, uma vez que caberia apenas as Cortes Supremas ditar a melhor interpretação das normas a serem empregadas em determinado caso concreto, tanto em matéria constitucional quanto infraconstitucional, engessando assim a atuação dos magistrados iniciais e, conseqüentemente, o direito²⁹².

Esse discurso não merece prosperar por dois principais motivos: primeiramente, de maneira prática, o precedente ocorre quando a questão já foi decidida pelas instâncias inferiores e atinge os tribunais superiores por meio de recursos; logo, se presume que a matéria já foi amplamente discutida pelos órgãos judiciais inferiores ao ponto de que toda a argumentação encontrada nos julgados servirá de base para se formar um entendimento capaz de influenciar os demais casos semelhantes, virando uma decisão padrão. É nesse ponto que entra a regra do *stare decisis*²⁹³, isto é, uma vez formado esse entendimento sobre tal tema jurídico pelos tribunais superiores (o precedente), tal decisão padrão (mais precisamente os fundamentos determinantes do ato decisório) deverá ser respeitada e utilizada pelos demais órgãos judiciais, por isso somente após a criação do precedente é que haveria certa limitação do ato de decidir dos magistrados, porém deve ser levado em consideração que eles colaboraram na sua criação de certa forma.

Igualmente deve ser ressaltado que, até mesmo antes da incorporação do precedente judicial no ordenamento jurídico brasileiro, já existe no Poder Judiciário a hierarquização do sistema recursal, no qual há uma sobreposição dos tribunais superiores a outros tribunais, que, por seu turno, se sobrepõem aos juízes de primeira instância, havendo a concentração da interpretação do direito nos órgãos judiciais superiores. No caso do sistema de precedentes, sendo eles obrigatórios, sucederá uma observância ao entendimento consolidado desde que haja condições favoráveis que de fato permitam a aplicação desse entendimento, o que induz uma vinculação, porém ela não é feita de qualquer maneira²⁹⁴.

Ainda tratando desse primeiro motivo, o papel dos juízes é de fundamental importância na construção do precedente, já que irão examinar e decidir as demandas que lhe são apresentadas, mediante argumentação pertinente, tomando como norte as deliberações feitas no passado sobre casos semelhantes, posicionamento muito bem explicado por Dworkin:

²⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 150 – 153.

²⁹³ Permanecer com o que foi decidido.

²⁹⁴ AGUIAR, Acácia Lins de. Op. cit, pp. 38 – 40.

Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou tema da prática até então²⁹⁵.

Não há de se falar em quebra na independência do juiz em decidir, pois a liberdade ainda existe, entretanto, está atrelada ao respeito ao sistema de precedentes, que irão servir aos próprios magistrados.

O segundo motivo que colabora para a compreensão de que o direito não ficará engessado por meio do uso dos precedentes judiciais é que existem técnicas de aplicação do precedente obrigatório, como por exemplo, o *distinguishing*, *overruling* e *overriding* - técnicas de distinção, superação e modificação, respectivamente – que atestam certa flexibilidade à sistemática, pois permitem que o precedente não impeça ou até acompanhe possíveis mudanças sociais e de entendimento anteriormente consolidado pela evolução interpretativa. De igual modo, o uso dessas e de outras técnicas impedem a aplicação dos precedentes de forma impensada²⁹⁶. Há certa compatibilidade entre a garantia democrática da independência funcional do juiz e a vinculação dos precedentes judiciais.

Dessa forma, percebe-se a importância de o precedente judicial vinculante ser propriamente interpretado pelo juiz, pois caberá a ele afastá-lo ou aplicá-lo ao caso em análise para que de fato o processo seja justo ao direito em questão. Para que o Poder Judiciário possa cumprir o seu papel diante da sociedade civil em um Estado Democrático de Direito, os juízes e os órgãos judiciais devem prestar a tutela jurisdicional de maneira isonômica e coerente, servindo como elementos dentro de um sistema de distribuição de justiça que preserve pela sua unidade²⁹⁷.

Diante do panorama geral traçado, de modo a facilitar a compreensão do que será tratado a seguir, pode-se dizer que há o precedente judicial clássico, com suas variadas técnicas e efeitos, sendo este o utilizado nos países adeptos do sistema jurídico do *common law*, baseado primordialmente nas decisões dos seus tribunais, e o modelo de precedente judicial importado

²⁹⁵ DWORKIN, Ronald. De que maneira o direito se assemelha à literatura. In: DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 238.

²⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 140 – 145.

²⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A força dos precedentes**: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. Salvador: Juspodivm, 2010, pp. 206 – 207.

para o direito brasileiro, que não trouxe consigo a aplicabilidade de todas as técnicas ligadas a essa ferramenta, como por exemplo, as técnicas de sinalização e de transformação, que são admitidas no sistema de precedentes norte-americano, porém, por não fazerem sentido no ordenamento jurídico brasileiro, não são ponderadas no nosso sistema.

Logo, é valioso que se tenha em mente que existe essa diferenciação em termos não somente teóricos, mas práticos, e o que aqui se propõe é que esse modelo importado de precedentes seja reajustado, ressignificado para melhor servir o seu propósito, pois, caso bem assimilados e bem aplicados, os precedentes têm muito a contribuir com a garantia da segurança jurídica, racionalidade e coerência à prática do Direito.

É relevante dizer, porém, que não é o propósito criar uma imagem de que os precedentes obrigatórios possuem o condão de resolver todo e qualquer problema quanto a contradição jurisprudencial e que suas aplicações serão sempre realizadas de maneira adequada, pois esse pensamento não se mostra fidedigno. O que se propõe é que se tenha um cuidado nessa utilização para que de fato seja uma ferramenta apta a auxiliar na segurança jurídica e previsibilidade das decisões judiciais. Isto posto, se adentrará a partir de agora na problemática envolvendo precisamente essa aplicação dos precedentes e de que maneira ela pode ser mais bem ajustada ao cenário brasileiro.

De maneira oposta ao sistema do *common law* inglês e norte-americano, nos quais a *ratio decidendi*²⁹⁸ está relacionada a ideia que reflete a solução do caso e não a solução das questões nele envolvidas, no direito brasileiro as decisões dos Tribunais Superiores estão voltadas à discussão de questões e teses jurídicas e não a (re)apreciação de fatos, como os recursos excepcionais (extraordinário e especial) e as ações de controle de constitucionalidade²⁹⁹.

Para que a *ratio decidendi* seja aplicada corretamente nos outros casos análogos, demanda o conhecimento não somente da tese adotada pelo julgador, mas também os fatos que foram analisados para se chegar naquela solução jurídica. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni aponta:

A interpretação de lei federal realizada no acórdão considera determinados fatos e fundamentos do direito. Quando o acórdão decide a questão de direito sem fazer referência à situação fática que lhe deu origem, o texto legal não é relacionado a uma situação específica de aplicação, indispensável para se conhecer o contexto de

²⁹⁸ Razão de decidir.

²⁹⁹ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: Os precedentes dos Tribunais Superiores e sua eficácia Temporal. Curitiba: Juruá, 2012, p. 78.

aplicação da lei e, por consequência, para se compreender o próprio sentido a ela outorgado³⁰⁰.

Pois bem, não se trata, portanto, de rediscutir os fatos analisados na decisão, muito menos de serem examinados em um panorama probatório, mas sim tomar conhecimento deles, individualizá-los para que se possa compatibilizar melhor o precedente com o caso sob julgamento, até mesmo porque a sua aplicação é forçosamente contextualizada.

Ao magistrado cabe achar e examinar qual é o cerne do caso, o que deu origem aquele resultado da decisão paradigma, qual foi a sua problemática e a sua solução, por isso mesmo é que se dá a importância de melhor conhecer os fatos originários, pois questionamentos iguais ou semelhantes gerarão soluções iguais ou semelhantes, e a mesma lógica serve para questionamentos diversos³⁰¹.

Uma preocupação pertinente é com a qualidade da fundamentação, principalmente quando são dois ou mais motivos que levam o órgão julgador a decidir, de modo que é necessário verificar se todos os aspectos e questões principais foram devidamente explorados e debatidos pelos membros do colegiado. Ao se verificar que algum motivo determinante não foi suficientemente bem discutido e explorado, este não poderá ser conhecido como tal – consequentemente não ganha a condição de *ratio decidendi* -, pois para que esteja em conformidade com a natureza de um precedente obrigatório, imperiosa é a sua análise de maneira adequada³⁰².

Isso se dá porque é vital que esteja claro como foi elaborado o raciocínio decisório que deu origem a *ratio decidendi*; qual foi a atividade interpretativa empregada para a construção do convencimento do julgador e como se deu a formação dessa *ratio*.

Partindo da premissa que essa identificação mais precisa dos motivos determinantes da decisão é importante, também é a consideração do voto divergente, uma vez que revela um outro entendimento que pode ser concedido ao texto legal³⁰³. Nesse sentido, tanto pode-se considerar o voto divergente como mais uma oportunidade de se justificar a discordância

³⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de Precedentes**: recompreensão do sistema processual da corte suprema. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 197.

³⁰¹ ROSA, Fernanda Néri. **Precedentes judiciais**: aspectos controvertidos de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro e o risco do discurso de fundamentação descontextualizado. 2016. 125 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais Aplicadas) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2016, p. 105. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/13246>. Acesso em: 09 nov. 2020.

³⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 210.

³⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de Precedentes**: recompreensão do sistema processual da corte suprema. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 209 - 210.

interpretativa, como também o conteúdo desse voto pode vir a se tornar, em um futuro, o voto da maioria, tendo em vista possível modificação de orientação acerca do direito.

A Corte Suprema, quando destinada a tutela dos direitos por intermédio de uma decisão justa, utiliza a interpretação normativa como meio de obtenção de uma decisão efetiva do caso. No entanto, quando se trata de uma decisão judicial direcionada a tutela do direito mediante precedente, o caso concreto é um meio para que haja a vinculação com a fundamentação empregada, havendo assim a elaboração da interpretação adequada dos motivos nele abrangidos³⁰⁴.

Na concepção de Daniel Mitidiero, o precedente judicial gira em torno de um conceito apreciativo das razões evocadas para justificar a sua aplicação. Por esse ângulo, afirma:

Precedentes são razões jurídicas necessárias e suficientes que resultam da justificação das decisões prolatadas pelas Cortes Supremas a pretexto de solucionar casos concretos e que servem para vincular o comportamento de todas as instâncias administrativas e judiciais do Estado Constitucional e orientar juridicamente a conduta dos indivíduos e da sociedade civil³⁰⁵.

Apesar de o precedente judicial servir como uma ferramenta que auxilia os Tribunais a lidar, de modo mais célere, com a litigiosidade repetitiva, a sua razão de ser não se liga a uma função quantitativa, mas sim a uma integridade sistêmica, e por isso, a vinculação com o precedente existe a partir do raciocínio jurídico aplicado no caso concreto, gerando previsibilidade, integridade e segurança.

A fiel aplicação do precedente exige circunstâncias jurídicas e circunstâncias fáticas similares, respeitando assim as razões necessárias e suficientes empregadas pelas Cortes Supremas para a solução de delineada questão do caso concreto. Ao se criar um precedente, pretende-se dar unidade ao direito através da sua futura aplicação em casos análogos, o que implica respeito a *ratio decidendi* para que seja possível a sua vinculação com outra decisão judicial.

O precedente, por sua vez, para que seja construído democraticamente, deverá ser extraído de decisão judicial em que houve a participação dos sujeitos processuais em sua construção. Com relação ao tema, Ricardo Tinoco afirma:

(...) desta feita com referência ao dever de motivação das decisões judiciais. Sobre ele, cremos que a proposta que se aferra no sentido legitimante da participação cidadã abstrai o sentido clássico que esse dever assumiu ao longo do tempo. Para além de uma mera exteriorização do sentido interpretativo internalizado no esquema

³⁰⁴ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes** - da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 77.

³⁰⁵ Ibidem, p. 90.

sujeito/objeto, o dever de motivar as decisões crava-se agora na dimensão política que a Jurisdição assume, devendo traduzir-se como o meio adequado para retratar a contribuição discursiva advinda da cidadania na construção do convencimento aportado na decisão judicial. Consoante já se disse, a Jurisdição não deve ser só convencida; ela também precisa convencer e esse convencimento que dela parte dirige-se a esse auditório universal, formado por todos aqueles que, no dizer de Habermas, assumem a dupla condição de autores e destinatários do Direito democrático³⁰⁶.

A democracia, portanto, exige o respeito aos direitos fundamentais, ao princípio da cooperação e, tomando como base a democracia deliberativa, a participação cidadã na decisão judicial.

O procedimento para a formação do precedente obrigatório não foi disposto de maneira a assegurar a participação da sociedade civil na construção destas normas universais a serem extraídas de casos individuais, uma vez que se manteve a natureza impositiva da *ratio decidendi* vinculante. Entretanto, sua adoção capacita o Judiciário a rediscutir a norma tida como universal, havendo a possibilidade de superação do precedente, e a partir da argumentação e fundamentação incluída no precedente, poderá haver a sua reinterpretação, pois tanto a sua aplicação quanto a sua superação dependem de se saber de forma clara as razões determinantes do ato decisório.

5.1 A ESSENCIALIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO E DA ARGUMENTAÇÃO À CONSTRUÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Toda e qualquer decisão judicial deve conter uma fundamentação, tratando-se, pois, de uma obrigação constitucionalmente estipulada ao juiz de fundamentar suas decisões (art. 93, inciso IX, da Constituição Federal), além de ser um direito fundamental processual, e por que isso é tão importante? Para que, ante ao fato de ter que se explicar, as decisões solipsistas sejam obstaculizadas e seja determinado, ainda que de maneira implícita, certo padrão decisório.

Para tanto, cabe a compreensão de como a decisão judicial carecerá ser construída para que se alcance um nível satisfatório de fundamentação - e por motivo da clara conexão entre fundamentação e *ratio decidendi* - que servirá à criação e utilização dos precedentes judiciais. Por não existir um regramento definidor de como se daria essa construção com esse fim específico, o tema é abordado por vários autores que sugerem possíveis direcionamentos.

³⁰⁶ GÓES, Ricardo Tinoco de. **Democracia Deliberativa e Jurisdição: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas**. Curitiba: Juruá, 2013, pp. 274 – 275.

Para fins deste trabalho, se considerará como necessário para a elaboração da decisão judicial, quanto a sua fundamentação, o respeito a duas atividades: a fundamentação (interpretação) e a argumentação (justificação).

É certo afirmar que a decisão judicial vai além da aplicação da lei pura e simples na análise de um determinado caso. Para a aplicação do direito, o juiz segue vários passos, sendo o primeiro deles a identificação da situação fática, seguido da definição das normas jurídicas aplicáveis ao caso. Para se chegar até essa definição, por sua vez, o juiz precisará realizar uma atividade interpretativa, que pode ser dividida em três processos: a) interpretação; b) integração das lacunas; c) interpretação enunciativa. A interpretação pode ser considerada como a busca de uma regra que se coadune ao caso concreto; a integração de lacunas se faz presente quando não há nas fontes de direito admitidas uma solução jurídica específica para o determinado caso, cabendo ao juiz integrar o ordenamento, e a interpretação enunciativa se traduz no processo de se partir de regras já conhecidas para se chegar a outras que estão implícitas³⁰⁷.

A interpretação então é ato prévio a argumentação, sendo seguro dizer que esses dois atos estão estreitamente imbricados. Em um primeiro momento, é por meio da interpretação que se constrói o convencimento que leva o juiz a decidir de tal forma, através da apreensão da realidade fática que é demonstrada em juízo. Por intermédio da hermenêutica, propõe-se um modelo processual de interpretação, que advém de uma prévia percepção valorativa e estipula uma relação entre a norma e as circunstâncias postas em análise³⁰⁸.

A respeito do tema, Bianor Arruda relaciona a compreensão da linguagem – atuação hermenêutica - como meio de o juiz chegar ao seu próprio relato do caso concreto, considerando o fato e a norma jurídico relacionados e resultando no ato decisório por fim, senão vejamos:

Na sua atividade interpretativa, portanto, o magistrado dá vida aos textos e, como resultado, cria um novo texto, no qual fixa a realidade dos fatos, a realidade da norma jurídica e, enfim, a realidade da decisão judicial. A atividade interpretativa, portanto, consiste em um grande diálogo entre os textos descritivos apresentados pelas partes, a linguagem das provas produzidas e os textos prescritivos das normas invocadas e daquelas efetivamente consideradas pelo magistrado. O resultado é a sentença judicial, a qual se apresenta como a síntese produzida a partir dessa intertextualidade³⁰⁹.

³⁰⁷ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A decisão judicial. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, SP, n. 16, jul./set., p. 131-146, 2001, pp. 135 – 136. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/110446>. Acesso em: 15 ago. 2020.

³⁰⁸ HABERMAS, *Jürgen*. **Direito e Democracia – entre facticidade e validade**. v. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 247.

³⁰⁹ BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **O que define um julgamento e quais são os limites do juiz?**. São Paulo: Noeses, 2018, p. 240.

A fundamentação então refere-se à interpretação realizada pelo magistrado, segundo a narrativa dos fatos sociais e pela norma jurídica aplicada ao caso. A essencialidade da fundamentação diz respeito a interpretação que o juiz faz ao decidir, pois é justamente essa interpretação que irá lhe proporcionar subsídios para a sua decisão.

Assim, fundamentar uma decisão é expor os aspectos que possibilitaram a tomada de decisão, sendo elas, segundo Bianor Arruda, “as opções de ação, o critério de escolha e a finalidade da ação, objeto da decisão”³¹⁰. A determinação desses aspectos demonstra a compreensão que se tem da realidade fática na qual se desenvolveu o processo decisório, afastando-se, dessa forma, de uma exposição analítica, não podendo a interpretação ser infectada por comparações simplistas, o que é imprescindível para a elaboração dos precedentes, principalmente ao se planejar construir uma linha de precedentes que sejam condizentes uns com os outros.

Por ser assim, se verifica a essencialidade também de demonstração argumentativa-discursiva daquilo que foi objeto de convencimento do juiz na decisão judicial. É papel do julgador, portanto, apontar quais foram as razões maiores do seu convencimento, e esse caminho será percorrido através da atividade argumentativa, que se apoia em justificar como ele alcançou a conexão entre fato jurídico, norma e resultado, com o propósito de persuadir, sempre através dos seus argumentos, os destinatários daquela decisão de que os seus motivos são fundados no que lhe foi apresentado pelos autos do processo e no ordenamento jurídico prescrito.

Essa percepção é explorada por Bianor Arruda, que estipula alguns pontos que o juiz terá de expor na redação da sua decisão para que ela se mostre acertadamente fundamentada e justificada, sendo eles:

a) descrever a demanda posta em juízo em todos os seus pontos relevantes, detalhando a causa de pedir, o pedido e as respectivas provas apresentadas; b) descrever as questões, materiais e processuais, originadas em razão da resistência a um ou todos os pontos alusivos aos pedidos formulados, à causa de pedir apresentada e às provas produzidas; c) descrever como foi conduzida a instrução processual, enfatizando quais provas foram produzidas e quais foram negadas; d) expor, se for o caso de forma argumentativa, qual foi o enunciado normativo utilizado como critério central da decisão; e) justificar, argumentando, como foi construída a norma jurídica em sentido estrito; f) justificar, argumentando, quais fatos foram tidos como provados e quais não o foram; g) justificar, argumentando, como foi feita a qualificação jurídica dos fatos a partir da norma jurídica válida; h) expor, justificando, os precedentes utilizados e os que, invocados, tenham sido rejeitados; i) por fim, apresentar o resultado da demanda, precedente/improcedente, e as providências determinadas para a sua efetivação³¹¹.

³¹⁰ BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **O que define um julgamento e quais são os limites do juiz?**. São Paulo: Noeses, 2018, p. 135.

³¹¹ BEZERRA NETO, Bianor Arruda. Interpretação não é o mesmo que argumentação judicial. **Revista Consultor Jurídico**, 15 dez. 2018, sem paginação. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-15/bianor-arruda->

Essa premissa de exposição dos motivos que se prestou o magistrado ao decidir, seja fazendo uso de ato normativo, conceito jurídico indeterminado, súmula ou precedente, está positivada no artigo 489 do Código de Processo Civil.

A argumentação é um ponto chave para a implementação do precedente judicial no Brasil, pois como se criar um entendimento padrão para casos semelhantes sem de fato estarem claras as justificativas das premissas usadas naquele desfecho? O argumentar permite isso, principalmente com o fim de se deixar evidente o caminho escolhido em prejuízo de outros também teoricamente viáveis³¹². É preciso justificar o porquê de reconhecer ou restringir direitos no caso em concreto, principalmente como controle da atividade jurisdicional, que deve partir de critérios racionais e assim conferir importância ao raciocínio jurídico.

O ônus argumentativo é uma característica própria do Direito, tendo em vista que “qualquer que seja a questão ou o problema que tenhamos em mente, se o colocarmos como uma questão ou problema jurídicos, procuraremos uma solução ou resposta em termos de uma proposição que pareça adequada do ponto de vista do Direito”³¹³.

Claramente, a argumentação está à serviço da disseminação de teses jurídicas, ao mesmo tempo em que serve à evolução do Direito no caso de mudança na percepção do entendimento sobre dada matéria que ensejou a decisão, dando-se a oportunidade de discussão e novas possibilidades argumentativas, pois o processo argumentativo não é imutável.

Com isso em mente, ao raciocínio jurídico interessa elucidar de que modo o juiz constrói as razões de sua decisão, assim como de que maneira as partes sustentam suas teses jurídicas. Nesse sentido, a argumentação, basicamente, é o meio através do qual se indicará as razões pelas quais se chegou a este juízo.

interpretacao-nao-mesmo-argumentacao-judicial#:~:text=Interpreta%C3%A7%C3%A3o%20n%C3%A3o%20C3%A9%20o%20mesmo%20que%20argumenta%C3%A7%C3%A3o%20judicial,-15%20de%20dezembro&text=Quando%20se%20pensa%20na%20decis%C3%A3o,IX%2C%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20da%20Rep%C3%BAblica. Acesso em: 12 nov. 2020.

³¹² “La argumentación es la actividad de formular argumentos a favor o en contra de algo. Esto se puede hacer en contextos especulativos o prácticos. En cuestiones puramente especulativas, se aducen argumentos a favor o en contra de una creencia sobre lo que se considera verdadero. En contextos prácticos, se aducen argumentos que pueden ser, o razones en contra o a favor de hacer algo, o razones para sostener una opinión sobre lo que debe, podría o puede hacerse”. (MACCORMICK, Neil. *Argumentación e interpretación en el Derecho. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Espanha, Alicante, n. 33, p. 65 – 78, 2010, p. 66. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc6x136>. Acesso em: 12 nov. 2020.)

³¹³ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado do direito*. Uma teoria da argumentação jurídica. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 19 *apud* PEREIRA, Paula Pessoa. *Legitimidade dos Precedentes*: universalidade das decisões do STJ. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 32.

Dentro da perspectiva de um Estado Democrático de Direito, basilar é a ideia de que o poder público, diante de problemas jurídicos, deverá apresentar argumentos que validem seu entendimento, por isso mesmo que ao se falar em argumentação, se refere à justificação pública que a decisão judicial deve conter, apresentando boas razões para as pessoas, de forma imediata para as partes litigantes e em segundo plano à sociedade civil.

No cenário contemporâneo, é manifesto o congestionamento do Poder Judiciário, sendo perigosa a tentativa de resoluções rápidas para que as demandas corram de forma mais célere, até mesmo porque se pressupõe também um acréscimo qualitativo no que diz respeito a justificação requerida e prevista nas demandas judiciais, de maneira que ao juiz é imposta a obrigação de apresentar argumentação quanto aos motivos que o levaram a decidir, que por sua vez estará demonstrada na fundamentação da decisão judicial³¹⁴.

O processo argumentativo serve não só para o objetivo de justificação, mas também assenta com o caráter dinâmico do direito, através da proteção ao direito do contraditório e ampla defesa das asserções jurídicas, condizendo com o Estado democrático³¹⁵.

Certo é que para que seja compatível com o ideário democrático, a decisão judicial, que servirá como decisão universal acerca de determinada situação jurídica, precisa do argumento racional, pois é ele que lhe concederá força persuasiva quanto as suas razões. Tais razões, por sua vez, devem ser debatidas e deliberadas a fim de que se chegue a um consenso que sirva de base para as decisões judiciais futuras, existindo assim caráter legítimo no paradigma.

A decisão judicial precisa de uma justificação, tanto interna quanto externa, para o seu resultado jurídico. Na justificação interna importa a correção lógica e a integridade da fundamentação da decisão, ou seja, a exigência de que ela não se contradiga, ao passo que a justificação externa se dirige a adoção de razões suficientes para a deliberação³¹⁶.

A justificação se transforma então em um limite decisório ao juiz, tendo em vista que irá dirimir os conflitos, e para chegar em alguma solução, precisa fazer uso e oferecer argumentos de caráter jurídico. Nesse sentido, a justificação está diretamente conectada ao direito dos cidadãos a obter uma tutela jurisdicional, por isso mesmo colabora na concretização

³¹⁴ PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos Precedentes**: universabilidade das decisões do STJ. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 38.

³¹⁵ Ibidem, p. 43.

³¹⁶ MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 62.

de um processo igualitário e democrático, partindo-se da análise de cada caso e suas circunstâncias particulares³¹⁷.

É esperado do Poder Judiciário um maior encargo quanto a racionalidade encontrada no ato decisório para que haja a criação do precedente judicial³¹⁸, pois a fundamentação que servirá a sua elaboração deve possuir amparo em uma regra universal, consagrando a justiça formal e, conseqüentemente, estatuidando que os casos em que haja a semelhança fática e de direito haverão de serem julgados de forma igual ou equivalente; assim, o precedente, especialmente o de efeito vinculante, terá de ser obedecido. O que se busca aqui também é a solução de conflitos, que deve ser objetivamente demonstrada no caso concreto.

A invocação de um precedente vinculante depende da análise não somente dos seus motivos determinantes, mas também dos fatos para que se possa aferir possíveis divergências entre o caso em análise e o que serviu de paradigma. Obviamente que, uma vez constatada a diferença entre os casos, será aplicada a técnica do *distinguishing* (distinção), e o precedente não será capaz de ser empregado. O interessante é que essas diferenças não somente se referem aos fatos ou fundamentos, mas também a alterações de cunho social que podem intervir no ato decisório; nessa hipótese em específico, se operaria a técnica de *overruling* (superação) do precedente.

Daquele que invoca ou quer afastar um precedente obrigatório, espera-se também um esforço argumentativo, como explicita Humberto Theodoro Júnior e outros:

Ora, se a parte invoca na petição inicial as normas jurídicas “a”, “b” e “c” e o juiz julga improcedente a ação invocando a norma jurídica “f”, ele tem o dever de explicar por que as normas jurídicas “a”, “b” e “c” seriam inaplicáveis ao caso, sob pena de estar ocasionando uma antinomia real entre normas jurídicas de mesma hierarquia entre si (pois, se de hierarquia diferentes, a de hierarquia superior evidentemente irá prevalecer, com a invalidade da inferior contrária – mas, se no exemplo citado, o juiz invocar a norma jurídica “f” superior, ele precisa explicar por que as normas “a”, “b” e “c” em questão seriam contrárias à norma “f” por ele invocada). Se o Juízo/Tribunal rejeita a pretensão da parte sem enfrentar a argumentação jurídica que o justifica, ele passa a mensagem de que pura e simplesmente não sabe como enfrentar referida argumentação, mas, mesmo assim, decide da forma como decidiu por mero “ato de vontade”, em uma lamentável ressurreição da Escola do Direito Livre que entende que não estaria vinculada a todas as normas jurídicas vigentes no país – ao menos por aquelas invocadas pela parte³¹⁹.

³¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e ensino jurídico em *terrae brasiliis*. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Paraná, v. 46, n. 0. p. 27-50, 2007, pp. 42 - 43. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/13495/9508>. Acesso em: 09 nov. 2020.

³¹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Trad. Zilda H. S. Silva. São Paulo: Landy, 2005, p. 47.

³¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC**: fundamentos e sistematização. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, pp. 320 – 321.

A estabilização do sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro depende da implementação dessa racionalidade nas decisões ao ponto de introduzir no discurso jurídico matéria-prima para a criação de um precedente - possibilitando posterior utilização -, uma vez que a *ratio deducendi* tem de ser facilmente localizada. Essa mudança importa no ajuste necessário para que se verifique uma compatibilidade, tendo em vista que estamos inseridos no sistema jurídico do *civil law*, logo, há também a primazia da lei positivada a ser considerada num contexto de julgamento.

Diante das reformas conferidas no Direito Processual Civil brasileiro, fica comprovado que o legislador teve a preocupação em conceder ao processo uma racionalização fundada na logicidade e demonstrada através de argumentação, que por sua vez será encontrada dentro da fundamentação, expressão aqui utilizada como parte estrutural e integrante da peça processual, o que se mostra como um ótimo pontapé para haver uma mudança do atual cenário, em que os órgãos judiciais não observam requisitos básicos de racionalidade ao deliberarem, pois ainda não foi efetivado o ato de argumentar como essencial à explicação das predileções decisórias³²⁰. Mesmo para emprego de uma norma positivada, cabe aos magistrados prestarem um raciocínio argumentativo que embase a valoração e a escolha ocorrida.

Decorre, assim, a compreensão de que para a elaboração de precedentes judiciais, a prática argumentativa também tem que se fazer presente, tanto quanto a atividade interpretativa - que mais facilmente é conferida nas decisões -, pois uma vez que esses procedimentos estão presentes e claros, qualquer que seja o desfecho jurídico haverá o ganho de ser explicável em termos razoáveis e, portanto, é passível de discussão no campo judicial, bem como no democrático³²¹.

O raciocínio jurídico, como parte do discurso, possui uma referência claramente dialógica, partindo-se da proposição que tem como finalidade solucionar o problema³²². No caso do precedente judicial, a vantagem consiste em gerar argumento comum, de maneira a auxiliar nos debates interpretativos em casos análogos.

³²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 70.

³²¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Tradução: Bruno Miragem. Notas da tradução: Cláudia Lima Marques. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010, p. 165.

³²² *Ibidem*, p. 177.

5.2. OS PRECEDENTES JUDICIAIS E A CONSTRUÇÃO LEGÍTIMA DAS DECISÕES JUDICIAIS

O precedente, para que seja elaborado, requer, em primeiro momento, que se tenha tido no processo a adequada participação dos litigantes através do contraditório, e a partir disso, serve como resposta a este debate e para tantos outros, desde que semelhantes³²³. O enaltecimento do contraditório nos processos é essencial para que seja atingido um resultado mais justo.

O conceito de contraditório foi reformulado com o passar do tempo, não sendo mais concebido como um procedimento mecânico de oposição de direitos e obrigações, assentado primordialmente na ciência dos atos processuais e na devida manifestação em resposta. É traduzido atualmente como princípio de participação democrática, que serve de influência no desenvolvimento e na construção do provimento processual.

Através dessa garantia constitucionalmente assegurada (art. 5º, inciso LV da Constituição Federal), se promove o exercício das prerrogativas inerentes ao direito de defesa, preservando o direito de debate dos efeitos da decisão judicial que for proferida sem a devida manifestação anterior; permite-se que as partes, de fato, interfiram de maneira eficiente no processo; assevera a avaliação de todos os fundamentos trazidos pelas partes na decisão a ser proferida, o que endossa a isonomia entre elas³²⁴.

De forma a assegurar a legitimidade da decisão, é primordial que tais garantias processuais atribuídas às partes sejam respeitadas, especialmente no que se refere ao contraditório e a ampla defesa, além de nela conter uma fundamentação adequada, capaz de expor não apenas as razões do convencimento do juiz, mas como se deu esse convencimento, estando assim de acordo com o mandamento estabelecido no art. 93, inciso IX da Constituição Federal de 1988.

A decisão judicial, quando bem fundamentada, é uma das formas de exercício de direitos democráticos, e a sua legitimação é uma das formas de legitimação do Direito. Cabe a decisão interpretar o direito relativo às partes, bem como contribuir para o ordenamento jurídico como um todo. Quanto maior for a adesão a decisão judicial, maior será o seu caráter de legitimidade e, consoante entendimento de Nagibe Jorge Neto, essa aceitação pode ser auferida sob os seguintes critérios:

³²³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 159 – 160.

³²⁴ ALMEIDA, Marcelo Pereira de. **Precedentes Judiciais**: análise crítica dos métodos empregados no Brasil para a solução de demandas de massa. Curitiba: Juruá, 2014, pp. 226 – 227.

(a) ausência de recurso contra a decisão; (b) ausência de ações judiciais ou de pedidos que desafiem a decisão ou a interpretação estabelecida por ela; (c) seguimento da decisão por outras que lhe são posteriores pelos órgãos de igual hierarquia; (d) seguimento da decisão pelas instâncias inferiores, no contexto da sistemática dos precedentes; (e) confirmação da decisão pelas instâncias superiores³²⁵.

Assim sendo, a decisão é fruto do processo dialógico do discurso jurídico em que a exigência de legitimidade advém da argumentatividade presente no ato de decidir.

A aceitabilidade social de uma decisão judicial depende se ela exprime os argumentos que a apoiam. Nesse contexto, ganha uma maior relevância a justificativa das decisões proferidas pelas Cortes Supremas, tendo em vista que, por conter aspectos gerais e obrigatórios em seu ato decisório, ela norteará a vida em sociedade, para além dos litigantes do caso sob julgamento³²⁶.

Por sua vez, a legitimidade do precedente está estritamente relacionada ao fato de ter sido proferida uma decisão judicial no bojo de um processo no qual houve a adequada participação dos litigantes por meio do contraditório. Havendo a construção de uma decisão judicial genuinamente fundamentada, ela é dotada de legitimidade se ela também invocar os precedentes com esse nível de argumentação.

À vista da importância da participação discursiva da cidadania ativa no processo judicial, segue lição de Ricardo Tinoco:

(...) Com isso, é preciso resgatar para o âmbito do Judiciário a mesma possibilidade de formação discursiva da vontade que serviu de base ao Parlamento e, por conseguinte, à produção da normatividade jurídica, de eficácia geral e abstrata. Só que agora, essa participação discursiva da cidadania tem o processo como o espaço público adequado e a normatividade que dela brotará corresponderá ao conteúdo das decisões judiciais legitimamente proferidas³²⁷.

A *ratio decidendi* só poderá ser aplicada em outro caso quando for possível conferir estritamente contextualização e compatibilidade com os seus elementos essenciais, dependendo, portanto, de um largo debate entre os sujeitos processuais para que seja construído, de maneira argumentativa, o provimento judicial apto a explicar essa aplicação. Também compete aos sujeitos processuais exercer esforço argumentativo para que fique comprovado,

³²⁵ JORGE NETO, Nagibe de Mello. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 277.

³²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de Precedentes**: recompreensão do sistema processual da corte suprema. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 206 – 207.

³²⁷ GÓES, Ricardo Tinoco. A legitimidade decisória da jurisdição segundo os postulados de democracia deliberativa: a teoria de Jürgen Habermas em base prospectiva. **Revista Pensamento Jurídico**, v. 8, n. 2, p. 130 – 152, 2015, p. 190. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/31/40>. Acesso em: 16 set. 2020.

em razão de maior ou menor grau de compatibilidade, que a *ratio decidendi* do precedente apontado tem de ser empregado, equitativamente, ao caso sob julgamento³²⁸.

Existe uma verdadeira corrente que deve ser considerada quanto a aplicação dos precedentes judiciais, pois ao juiz de primeiro grau que usa um precedente do tribunal, que usa por sua vez o precedente do Superior Tribunal de Justiça, ao passo que essa Corte de Justiça usa um precedente do Supremo Tribunal Federal e que o faz de maneira fundamentada, vinculando-se a *ratio decidendi*, construirá por fim uma decisão judicial legítima.

Melhor explicando, uma vez que o precedente judicial é construído de forma fundamentada, atendendo ao pressuposto do direito fundamental processual à fundamentação, consequentemente as decisões que serão proferidas com base nele pelos outros juízos que estão hierarquicamente fixados na ordem das estruturas judiciais serão igualmente legítimas.

A legitimidade democrática se desenrola a partir do princípio de soberania popular e se amplifica até as competências dos órgãos estatais, em um conjunto de etapas consecutivas, sendo esse o campo de atuação do Estado de Direito³²⁹. De maneira a estimular o caráter democrático no processo de construção de precedente, sugere-se que sejam estabelecidos consensos na construção dos precedentes judiciais, ampliando a participação popular no debate jurídico de criação dos precedentes.

Isso se daria por meio da construção discursiva, em seu sentido argumentativo, o que implica em dizer, na concepção de Habermas, que no procedimento discursivo devem se envolver todos os interessados e à Jurisdição incumbe a elaboração de uma regra de argumentação estabelecida pela autoridade do melhor argumento³³⁰, de modo que as Cortes Supremas e os tribunais poderiam dialogar em condições de simetria e de inteligibilidade para que a construção dos precedentes se dê de forma mais legítima possível.

Nessa acepção, ainda sob a ótica de Habermas, haverá uma decisão majoritária como regra, que tem o objetivo de solucionar, ainda que provisoriamente, controvérsias, sem obstar novas discussões a respeito do tema³³¹. Há de se considerar que existe certa inquietação quanto a se alcançar a justiça do caso concreto e em como isso seria possível mediante o uso do precedente judicial, já que se estabelecerá uma instrução geral a ser considerada em julgamentos

³²⁸ LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 242.

³²⁹ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia**. Madrid: Editorial Trotta. 2000, p. 55 *apud* MAGALHÃES, Bruno Dias. Legitimidade constitucional e democrática nos novos contextos do constitucionalismo. **Revive – Revista de Ciências do Estado**, Belo Horizonte, v. 3. n. 2, p. 331 – 347, 2018, p. 334. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/revice/article/download/5141/3191/>. Acesso em: 13 nov. 2020.

³³⁰ GÓES, Ricardo Tinoco de. Op. cit., 2013, p. 224.

³³¹ *Ibidem*, p. 222.

futuros de casos semelhantes. Todavia, parte-se da premissa de que quando os tribunais superiores decidirem por firmar um precedente, antes já se terá ocorrido a construção do discurso, mediante prática argumentativa realizada pelos sujeitos processuais, tudo isso em primeira instância, ficando demonstrado que a argumentação encontrada nos julgados serviu de base para a formação do precedente.

Os direitos fundamentais, por seu turno, igualmente exercem um papel limitador na decisão que irá proporcionar uma resposta a maioria. De toda a forma, esse tipo de decisão é permitido, ao se ter em vista que é constitucional a democracia embasada no princípio majoritário³³². Por isso mesmo, é de extrema importância a figura do consenso, que na compreensão de Habermas, resultaria em um agir comunicativo forte, que seria contemplado quando os intérpretes harmonizam seus planejamentos e somente atuam sob o viés de um efetivo acordo sobre como agir e pela análise das possíveis consequências³³³. Nessa seara, a ação comunicativa é a responsável por consolidar o processo de cooperação entre os sujeitos.

O consenso então sucede pela mediação dos discursos, isto é, dos pressupostos comunicativos de formação de vontade e opinião, e será alcançado através da motivação, implicando em uma racionalização discursiva dos órgãos judiciais. Esse caminho é responsável por legitimar o direito dentro de um processo democrático. Essa mencionada relação é tratada por Ricardo Tinoco quando diz:

A inserção da ideia de democracia na análise habermasiana sobre o discurso jurídico é sumamente importante à vista da necessidade de assegurar-se, por intermédio do discurso, uma dimensão de legitimidade para o Direito. Além disso, o ideário democrático também se faz vivo quando presentes certas condições políticas para a eficácia do próprio Direito³³⁴.

Por vezes não são apresentadas soluções legislativas de maneira a suprir o déficit de legitimação democrática no direito brasileiro, havendo certo distanciamento da informação necessária de base democrática que se deve ter quando em situações pontuais, pois não há a expressão, de maneira categórica e substantiva, do compromisso com a interlocução com os

³³² LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Tradução: Bruno Miragem. Notas da tradução: Cláudia Lima Marques. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010, p. 185.

³³³ HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Trad. Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 165 *apud* PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. **Democracia deliberativa**: a opinião pública e o Amicus Curiae na ótica da jurisdição procedimental. 2017. 149 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2017, p. 24. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/jspui/handle/123456789/24736>. Acesso em: 13 nov. 2020.

³³⁴ GÓES, Ricardo Tinoco de. Op. cit., 2013, p. 87.

verdadeiros interessados e atores desses direitos constitucionalmente estabelecidos, que são os cidadãos.

É por esse caminho que se considera devido o viés hermenêutico do órgão judicial, isto é, o estabelecimento de critérios de fundamentação para as decisões judiciais, mais especificamente aquelas que venham a aplicar o precedente judicial, buscando-se também justificar para a sociedade civil o porquê daquela decisão e consequente aplicação, satisfazendo, portanto, a defesa da jurisdição democrática.

Dentro da perspectiva de uma democracia discursiva, deve existir uma fundamentação legítima e racional que assim o é pela influência dos cidadãos no seu processo de construção, por isso mesmo se daria para instrumentalizar a deliberação, segundo visão Habermasiana, como explica Cláudia Feres Faria:

A operacionalização desse procedimento ideal de deliberação e tomada de decisão, ou seja, das políticas deliberativas, depende, segundo a teoria do discurso, da institucionalização dos procedimentos e das condições de comunicação, bem como da inter-relação de processos deliberativos institucionalizados com as opiniões públicas informalmente construídas³³⁵.

A fundamentação da decisão judicial possui um compromisso prévio com a correção racional do discurso decididor, estabelecendo um diálogo entre o papel do Judiciário e os cidadãos, principalmente ao se ter em mente que serão discutidos direitos, podendo existir inclusive colisão entre direitos fundamentais, que poderão explicitar posições antagônicas.

Assim, de modo a ficar claro como o posicionamento foi tomado e os pressupostos utilizados, até com o fim de vencer quaisquer colisões, é preciso assegurar, através do discurso jurídico argumentativo e dialógico, a eficácia da decisão judicial, que se apoia em primeiro momento nas normas constitucionais.

O precedente legitimamente construído, isto é, a partir de instrumentos discursivos e deliberativos do discurso jurídico, que mais especificamente se traduzem em seu texto através da fundamentação e da argumentação, poderá dar origem a decisões legítimas, o que importa em dizer que ele será uma fonte suficiente para bem servir decisões judiciais futuras também dotadas de legitimidade.

Esse aspecto de codependência entre a fundamentação e a argumentação com a construção do precedente reforça a ideia de uma atuação do Judiciário apoiada no princípio da

³³⁵ FARIA, Cláudia Feres. Democracia deliberativa: Habermas, Cohen e Bohman. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 50, p. 47 - 68, 2000, p. 49. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0102-6445200000200004&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 15 ago. 2020.

cooperação, tendo em vista que não se constrói uma decisão paradigma a partir de uma função meramente declaratória da jurisdição.

Cabe ao magistrado então interpretar (fundamentar) e argumentar (justificar) para a construção do precedente e, da mesma maneira, deverá interpretar e argumentar para aplicá-lo ao caso concreto, se valendo, portanto, dos mesmos parâmetros.

Como se vê, as decisões judiciais que tenham por base precedentes construídos de forma fundamentadamente democrática, isto é, que invocam precedentes legítimos – estruturados nas razões apresentadas no processo, que por sua vez foram efetivamente consideradas na interpretação judicial e argumentação que serve à justificação pública -, são capazes de servir de boas fontes para a construção de novas decisões.

6 CONCLUSÃO

A legitimidade das decisões do Poder Judiciário, atestada pela diminuição da arbitrariedade judicial, torna prática uma maior aceitabilidade social dos pronunciamentos judiciais, tanto pela consagração do contraditório, quanto pela adequada e racional fundamentação das decisões judiciais, fundamentação essa que deve ser vista como condição de legitimidade do ato de decidir.

Para que seja alcançada a legitimidade almejada, é imperioso se afastar daquele antigo entendimento de que a fundamentação das decisões não seria obrigatória e que a mesma induziria uma quebra da praticidade e rapidez do sistema, a fim de perceber a absoluta necessidade e relevância de seu papel, não à toa considerada como direito fundamental disposto na Constituição Federal de 1988, por meio do seu artigo 93, inciso IX. A expressa previsão de nulidade da decisão judicial não fundamentada deixa claro que esse dispositivo tem um caráter normativo, razão pela qual não se pode mais tolerar simulações de fundamentação, nas quais o magistrado repete o texto normativo ou ementa de julgado que lhe pareceu adequado ou preferível, sem qualquer esforço argumentativo.

O direito a uma fundamentação adequada nas decisões judiciais é um direito fundamental processual que, por vezes, não tem sido efetivamente exercido. Ele vem para ancorar uma exigência democrática do Estado de Direito, não somente por ser um direito subjetivo das partes litigantes a ter uma decisão verdadeiramente fundamentada, mas também pelo fato de assegurar a possibilidade de as partes contribuírem através do discurso para o resultado obtido, importando inclusive na qualidade dessas decisões, através da dialética processual.

Assim sendo, a solução para o embate entre a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais do cidadão e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais seria o equilíbrio entre os dois, de modo que o indivíduo, inserido em um processo judicial, possa ter uma resposta do Judiciário a sua pretensão de forma satisfatória, por estar a decisão judicial bem fundamentada, ao mesmo tempo em que não seja uma fundamentação viciada por algum critério não objetivo.

A efetivação do devido processo legal constitucional depende do respeito ao dever de fundamentação, cabendo ao juiz proferir uma decisão de forma justa e que nela fundamente sua deliberação e justifique sua convicção. Dessa maneira, a fundamentação é equivalente à correção, o que influi argumentação.

Quanto às decisões das Cortes Supremas, responsáveis pela guarda da Constituição, essa exigência deve ser colocada de forma especialmente vigorosa. Clareza conceitual é uma condição de possibilidade de qualquer ciência, não sendo diferente no Direito.

Para que sejam alcançados resultados satisfatórios quanto ao respeito do direito fundamental processual à fundamentação nas decisões judiciais ante a realidade brasileira, ainda se faz necessário uma maior atenção dos operadores do direito em geral, no intuito de harmonizar sua compreensão e definir parâmetros relativos a uma melhor construção da fundamentação para a aplicação do direito ao caso concreto, se utilizando, para tanto, de um processo dialógico entre os sujeitos processuais e de demonstração argumentativa nas suas decisões, tanto para que os Tribunais Superiores possam definir uma jurisprudência mais coerente, íntegra e sólida, como para que as partes envolvidas no processo obtenham a justificativa que merecem.

A essencialidade da fundamentação se dá pela atividade hermenêutica interpretativa que o juiz tem de realizar ao decidir, partindo do texto apresentado por meio dos autos, das teses trazidas pelas partes processuais e de suas narrativas, e pela norma jurídica aplicada ao caso concreto. Do mesmo modo, é necessária a argumentação, que concerne em uma demonstração argumentativa-discursiva daquilo que foi objeto de convencimento. Portanto, compete ao magistrado explicar como se chegou àquele resultado, ante a conexão do fato jurídico e a norma, havendo assim uma justificação pública da sua decisão.

Diante do congestionamento do Poder Judiciário e sua conseqüente morosidade processual, natural é a busca por ferramentas que possam auxiliar na tutela dos princípios da segurança jurídica e acesso à justiça. Com essa finalidade, o direito brasileiro vem se aproximando do sistema jurídico do *common law*, especialmente em virtude do combate à litigiosidade repetitiva, o que levou a incorporação formal dos precedentes judiciais no âmbito processual brasileiro através do Código de Processo Civil de 2015, uma vez que neles se observa um sistema eficiente que objetiva servir de diretriz para casos análogos futuros em prol da estabilidade.

Não obstante aos argumentos desfavoráveis ao acolhimento dos precedentes judiciais em um sistema *civil law* e o fundado receio de inconsistência em seu emprego – levando em consideração decisões judiciais que se limitam a invocar o precedente ou até mesmo o aplicam por meio de uma superficial explanação -, fato é que, tendo em vista alguns ajustes para melhor servir o seu propósito, os precedentes, desde que adequadamente aplicados, têm muito a contribuir com a garantia da segurança jurídica, racionalidade e coerência à prática do Direito no contexto brasileiro. Sua adoção capacita o Judiciário a rediscutir a norma tida como

paradigma, não somente pela técnica de superação do precedente, mas também pela argumentação e fundamentação incluídas em sua elaboração, que poderão permitir a sua reinterpretação. De toda forma, a sua aplicação, bem como a sua superação, dependem de se conhecer e compreender de maneira clara as razões determinantes do ato decisório.

Para que seja praticada de maneira adequada a aplicação do precedente, imprescindível é o conhecimento dos fatos que lhe originaram, bem como os de suas razões determinantes (*ratio decidendi*), havendo assim compatibilidade e contextualização com os seus elementos. Vale a ressalva que a obrigatoriedade de emprego do precedente somente se dará se tiver efeito vinculante, caso contrário, tratará de um entendimento judicial com possível efeito persuasivo, podendo ser inserido ou não em decisões análogas futuras.

É importante que esteja evidente qual foi a atividade interpretativa empregada para a construção do convencimento do magistrado e como se deu a formação dessa *ratio*, através da atividade argumentativa. Isso porque, quando o precedente judicial é utilizado como fonte para a fundamentação do ato decisório, é essencial que na decisão a ser proferida se configure total vinculação quanto aos fundamentos dispostos pelo juiz na *ratio decidendi* da decisão paradigma, isto é, deverá haver uma vinculação entre os fundamentos da decisão judicial com o fundamento central do precedente, principalmente pelo fato dele representar a interpretação da norma aplaudida na decisão.

A reflexão acerca do papel da fundamentação judicial na construção legítima das decisões judiciais trouxe à tona a percepção de que o direito a uma decisão fundamentada não é um direito infraconstitucional, portanto de menor estatura, mas que se insere nos direitos fundamentais processuais, e por isso, é essencial à expressão da cidadania dentro de um Estado Democrático. A jurisdição democrática, portanto, consiste em apresentar publicamente as justificativas da razão de decidir enquanto critério substantivamente legitimador do ato decisório.

Igualmente, percebe-se que, uma vez criado o precedente em uma decisão judicial verdadeiramente legítima, isto é, atendendo aos pressupostos de interpretação (fundamentação) e argumentação (justificação), conseqüentemente as outras decisões proferidas com base nele serão também legítimas, desde que se aplique o precedente com o mesmo nível de argumentação que lhe é necessário.

O direito fundamental processual à fundamentação das decisões judiciais, nesse contexto, impõe não somente a consciência e o dever de bem fundamentar as decisões, com o intuito de que um dia elas sirvam para a construção dos precedentes judiciais, mas também para que quando da aplicação do precedente, a decisão judicial igualmente se valha do mesmo

critério interpretativo e argumentativo utilizado na ocasião de criação do precedente invocado. Esse caminho de criação de decisões legítimas e aplicação posterior do precedente legítimo em outras decisões importará na concretização do direito fundamental processual à fundamentação.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Acácia Lins de. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: análise dos principais argumentos favoráveis e desfavoráveis à adoção dos precedentes vinculantes no Brasil. 2014. 51 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2014. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/27387>. Acesso em: 09 nov. 2020.

ALEMANHA. **Constituição de Weimar – Weimarer Reichsverfassung (1919)**. vom 11. August, 1919. Disponível em: <http://www.documentarchiv.de/wr/wrv.html>. Acesso em: 02 set. 2019.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Trad. Zilda H. S. Silva. São Paulo: Landy, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Marcelo Pereira de. **Precedentes Judiciais**: análise crítica dos métodos empregados no Brasil para a solução de demandas de massa. Curitiba: Juruá, 2014.

ALVARENGA, Luiz Carlos. Discurso de justificação versus discurso de aplicação: em busca de uma interpretação coerente do direito. **Revista Eletrônica Direito e Política**. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 3, n. 3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Luiz%20Carlos%20Alvarenga.pdf>. Acesso em: 15 set. 2020.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: Os precedentes dos Tribunais Superiores e sua eficácia Temporal. Curitiba: Juruá, 2012.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. Fundamentação das decisões judiciais – mudanças no judiciário face o CPC 2015. *In*: JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata C. Vieira; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; FIGUEIREDO, Helena Lanna. **Inovações e**

modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

BANDEIRA, Regina Maria Groba. **A Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004: O novo perfil do Poder Judiciário brasileiro.** Estudo. Câmara dos Deputados, Brasília, setembro de 2005. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4584546/mod_resource/content/1/BANDEIRA%20Regina%20Maria%20Groba.%20A%20EC%2045_2004.%20O%20novo%20perfil%20do%20Poder%20Judici%C3%A1rio%20brasileiro.pdf. Acesso em: 03 set. 2020.

BARBOSA, Maria Augusta Vieira. O processo como instrumento do estado democrático de direito. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, n. 4, 2015. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_processual_civil/edicoes/n4_2015/pdf/MariaAugustaVieiraBarbosa.pdf. Acesso em: 17 jul. 2020.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira.** São Paulo: Saraiva, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Rodrigo Reis Ribeiro. **A Fundamentação Racional das Decisões Judiciais e Garantia da Democracia.** (eBook Kindle).

BEZERRA NETO, Bianor Arruda. Interpretação não é o mesmo que argumentação judicial. **Revista Consultor Jurídico.** 15 dez. 2018, sem paginação. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-15/bianor-arruda-interpretacao-nao-mesmo-argumentacao-judicial#:~:text=Interpreta%C3%A7%C3%A3o%20n%C3%A3o%20%C3%A9%20o%20mesmo%20que%20argumenta%C3%A7%C3%A3o%20judicial,-15%20de%20dezembro&text=Quando%20se%20pensa%20na%20decis%C3%A3o,IX%2C%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20da%20Rep%C3%BAblica>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **O que define um julgamento e quais são os limites do juiz?.** São Paulo: Noeses, 2018.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Cláudio de Cicco, Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Polis, 1989.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BONAVIDES, Paulo. O princípio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal de Minas Gerais**, n. 34, p. 275 – 291, 1994. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1077>. Acesso em: 10 ago. 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRANCO, André Soares Azevedo. A interpretação dos precedentes judiciais e os deveres de uniformização, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência previstos no art. 926 do código de processo civil. **Revista Jurídica Faculdade de Direito Franca**, São Paulo, v. 14, n. 2, 2019. Disponível em: <https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/853>. Acesso em: 12 ago. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Código de Processo Civil: Anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1>, Acesso em: 05 nov. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília/DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 05 nov. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850**. Determina a ordem do juízo no processo commercial. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm#:~:text=LEGISLA%C3%87%C3%83O%20COMMERC%5BAL-,Art.,commercial%20aos%20casos%20occurrentes%20\(art](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm#:~:text=LEGISLA%C3%87%C3%83O%20COMMERC%5BAL-,Art.,commercial%20aos%20casos%20occurrentes%20(art). Acesso em: 05 set. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939.** Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em: 05 set. 2020.

BRASIL. **Enunciado nº 55 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.** Enunciado aprovado em Salvador, em 08 e 09 de novembro de 2013. Disponível em: https://www.academia.edu/9845423/Enunciados_consolidados_do_F%C3%B3rum_Permanente_de_Processualistas_Civis. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. **Enunciado nº 170 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis.** Enunciado aprovado no Rio de Janeiro, de 25 a 25 de abril de 2014. Disponível em: https://www.academia.edu/11813197/Enunciados_do_FPCC_Vers%C3%A3o_final_do_evento_realizado_em_BH. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. **Enunciado nº 307 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.** Enunciado aprovado em Belo Horizonte, de 05 a 07 de dezembro de 2014. Disponível em: https://www.academia.edu/11813197/EnunciadosdoFPCCVers%C3%A3ofinaldoeventorealizadoem_BH. Acesso em: 08 jul. 2020.

BRASIL. **Enunciado nº 317 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.** Enunciado aprovado em Belo Horizonte, de 05 a 07 de dezembro de 2014. Disponível em: http://www.academia.edu/9845423/Enunciados_consolidados_do_F%C3%B3rum_Permanente_de_Processualistas_Civis. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. **Enunciado nº 318 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis.** Enunciado Aprovado em Belo Horizonte, de 05 a 07 de dezembro de 2014. Disponível em: https://www.academia.edu/11813197/Enunciados_do_FPCC_Vers%C3%A3o_final_do_evento_realizado_em_BH. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. **Enunciado nº 319 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis.** Enunciado Aprovado em Belo Horizonte, de 05 a 07 de dezembro de 2014. Disponível em: https://www.academia.edu/11813197/Enunciados_do_FPCC_Vers%C3%A3o_final_do_evento_realizado_em_BH. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm. Acesso em: 05 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 03 set. 2020.

BRASIL. Senado Federal. Coordenação de Edições Técnicas. **Código de Processo Civil e normas correlatas**. 7. ed. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf?sequence>. Acesso em: 13 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI nº 797.581/PB-AgR**, Primeira Turma, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 1/2/11. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:sa0-xC7ZVxIJ:www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp%3Fid%3D3009009%26tipoApp%3DRTF+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **EDcl no MS 21.315-DF**, Primeira Seção, Relatora: Min. Diva Malerbi – Convocada do TRF da 3ª Região, DJe de 8/6/16. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento?data_pesquisa=19/09/2017&seq_publicacao=15347&seq_documento=17442564&versao=impressao&nu_seguimento=00001¶metro=nul. Acesso em: 12 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 26849 AgRg/DF**, Relator: Min. Luiz Fux, órgão julgador: Tribunal do Pleno; Dje de 21/05/2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur264512/false>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRIGOLA, João Carlos. **A Declaração dos Direitos da Virgínia**. Enquadramento histórico – político. v. I. Ministério da Educação, Comissão Para a Promoção dos Direitos Humanos e Igualdade na Educação, 1992, p. 11-17. Disponível em: <https://dspace.uevora.pt/rdpc/handle/10174/24099>. Acesso em: 02 set. 2019.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Uma Teoria Normativa do Precedente Judicial**: o peso da jurisprudência na argumentação jurídica. Tese (Doutorado). Instituição Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-RIO, 2007. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nrSeq=11988@1>. Acesso em: 15 jul. 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério** – formação e aplicação de precedentes, enunciados e súmulas. São Paulo: Atlas, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da Primazia do Mérito e o Novo Código de Processo Civil. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 70, set./out., p. 42-50, 2015. Disponível em:

http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista70/revista70_42.pdf. Acesso em: 12 ago. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e a teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, Ideologias e Sociedade**. Trad. e Notas de Prof. Elício de Cresci Sobrinho. v.1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CELLA, José Renato Gaziero. **Controle das decisões jurídicas pela técnica do auto-precedente: lógica deôntica paraconsistente aplicada em sistemas especialistas legais**. 2008. 282 f. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2008. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/92065>. Acesso em: 10 out. 2020.

CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Coerência, integridade e decisões judiciais. **Revista de Estudos Jurídicos – UNESP**, v. 16, n. 23, p. 367 – 391, 2012. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4816051>. Acesso em: 16 jul. 2020.

CIONELLO, Alexandre. A participação social como processo de consolidação da democracia no Brasil. From Poverty to Power: how active citizens and effective states can change the world. **Oxfam International**, jun., p. 1 – 12, 2008. Disponível em: https://aedmoodle.ufpa.br/pluginfile.php/191946/mod_forum/attachment/300193/Bibliografia.pdf. Acesso em: 18 ago. 2020.

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Ensaio sobre decisão judicial no Código de processo civil de 2015. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba/PR, v. 4, n. 39, abr., p. 154 - 170, 2015. Edição especial. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/91443>. Acesso em: 03 set. 2020.

COSTA, Alexandre Araújo; COELHO, Inocêncio Mártires. **Teoria Dialética do Direito: a filosofia jurídica de Roberto Lyra Filho**. Brasília: Faculdade de Direito – UnB, 2017.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A constitucionalização do novo Código de Processo Civil. *In*: DIDIER JR, Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Normas Fundamentais**. v. 8. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 59 - 74.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Suzana Oliveira Marques; DIAS, Renato José Barbosa; BRÊTAS, Yvonne Mól. **Estudo Sistemático do NCPC** (com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.256, de 4/2/2016). Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v.1. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIMOULIS, Dimitri. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Problemas de concretização e limitação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 94, n. 832, fev., p. 11 – 36, 2005. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/32830>. Acesso em: 15 set. 2019.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A decisão judicial. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, SP, n. 16, jul./set., p. 131 - 146, 2001. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/110446>. Acesso em: 15 ago. 2020.

DONIZETTI, Elpídio. A força dos precedentes no novo Código de Processo Civil. **Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual**, Salvador, n. 175, p. 3 – 30, fev., 2015. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/issue/view/207>. Acesso em: 13 set. 2020.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil comparado: CPC/73 para o NCPC e NCPC para o CPC/73**. São Paulo: Atlas, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Crambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1991.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Carta de Direitos dos Estados Unidos da América (1791)**. Texto traduzido para português em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/carta_direitos_eua_1789.htm. Acesso em: 02 set. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Declaração dos Direitos da Virgínia (1776)**. Williamsburg, 12 de junho de 1776. Texto traduzido para português em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1776.htm>. Acesso em: 02 set. 2019.

FARIA, Cláudia Feres. Democracia deliberativa: Habermas, Cohen e Bohman. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 50, p.47-68, 2000. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0102-64452000000200004&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 15 ago. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. *In*: FERRAJOLI, Luigi *et al.* (Coord.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAZ, Taís Schilling. **O precedente na jurisdição constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral**. São Paulo: Saraiva, 2017.

FONSECA, Reynaldo Soares da. O princípio jurídico da fraternidade no Brasil: em busca de concretização. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**. 16. ed., p. 64 – 90, 2019. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/download/27948/24028/58623>. Acesso em: 18 jul. 2019.

FRANÇA. **Declaração de Direitos dos Homens e do Cidadão (1789)**. França, 26 de agosto de 1789. Texto traduzido para português em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 02 set. 2019.

GALLO, Lucas Albanez. A sistematização dos precedentes vinculantes no novo Código de Processo Civil. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, v. 4, n. 1, dez., p. 169 - 199, 2016. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/143>. Acesso em: 13 set. 2020.

GÓES, Ricardo Tinoco. A legitimidade decisória da jurisdição segundo os postulados de democracia deliberativa: a teoria de Jürgen Habermas em base prospectiva. **Revista Pensamento Jurídico**, v. 8, n. 2, p. 130 – 152, 2015. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/31/40>. Acesso em: 16 set. 2020.

GÓES, Ricardo Tinoco. **Democracia Deliberativa e Jurisdição: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas**. Curitiba: Juruá, 2013.

GÓES, Ricardo Tinoco. Jurisdição democrática: uma visão procedimentalista para a tutela substancial dos direitos. **Revista Direito e Liberdade – ESMARN**, v. 13, n. 2, jul./dez., p. 323 – 344, 2011. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16036357.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2020.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Processo, dialética e fundamentação adequada: um olhar sobre os avanços que a concepção retórica do direito trouxe para a nossa teoria geral do processo. **Revista eletrônica Direito e Sociedade – REDES**, Canoas, v. 4, n. 2, nov., p. 203 – 235, 2016. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/2318-8081.16.32>. Acesso em: 15 out. 2020.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2002.

HÄBERLE, Peter. **Pluralismo Y Constitución, estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta**. Madri: Tecnos, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia – entre facticidade e validade**. v. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia – entre facticidade e validade**. v. II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Edición Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Tradução: Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009 – versão online.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução: João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, Claudia Berliner. Revisão da tradução: Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata C. Vieira; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; FIGUEIREDO, Helena Lanna. **Inovações e modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

JORGE JUNIOR, Nelson. O Princípio da Motivação das Decisões Judiciais. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC**, São Paulo, n. 1, p. 1 – 21, 2008. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/view/735>. Acesso em: 10 ago. 2020.

JORGE NETO, Nagibe de Mello. **Uma teoria da decisão judicial: fundamentação, legitimidade e justiça**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Pontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KINZO, Maria D'alva G. A democratização brasileira: um balanço do processo político desde a transição. **Revista São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v.15, n. 4, out./dez., 2001 – versão online. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-88392001000400002>. Acesso em: 05 set. 2020.

KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **Sistemas de precedentes e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LIMA, Luciana Resende de Souza. A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, 1º semestre, 2013. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2013/trabalhos_12013/LucianaResendeSouzaLima.pdf. Acesso em: 16 jun. 2019.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. Tradução: Bruno Miragem. Notas da tradução: Cláudia Lima Marques. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. Os limites objetivos da coisa julgada do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo – REPRO**, v. 252, fev., 2016 (sem paginação). Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.252.04.PDF. Acesso em: 12 set. 2020.

MACCORMICK, Neil. Argumentación e interpretación en el Derecho. **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Espanha, Alicante, n. 33, p. 65 – 78, 2010. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc6x136>. Acesso em: 12 nov. 2020.

MACÊDO, Lucas Buril de. Contributo para a definição de ratio decidendi na teoria brasileira dos precedentes judiciais. **Revista de Processo**, v. 234, agosto, p. 303 – 327, 2014. Disponível em: https://www.academia.edu/11788493/Contributo_para_a_defini%C3%A7%C3%A3o_de_ratio_decidendi_na_teor%C3%A7a_brasileira_dos_precedentes_judiciais?auto=download. Acesso em: 15 set. 2020.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEREIRA, Mateus Costa; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Precedentes, cooperação e fundamentação: construção, imbricação e releitura. **Civil Procedure Review**, v. 4, n. 3, p. 122-152, 2013. Disponível em: https://www.academia.edu/6904609/Precedentes_coopera%C3%A7%C3%A3o_e_fundament%C3%A7%C3%A3o_constru%C3%A7%C3%A3o_imbrica%C3%A7%C3%A3o_e_releitura. Acesso em: 15 jun. 2020.

MAGALHÃES, Bruno Dias. Legitimidade constitucional e democrática nos novos contextos do constitucionalismo. **Revive – Revista de Ciências do Estado**, Belo Horizonte, v. 3. n. 2, p. 331 – 347, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/revive/article/download/5141/3191/>. Acesso em: 13 nov. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A força dos precedentes**: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. Salvador: Juspodivm, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O Julgamento nas Cortes Supremas**: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de Precedentes**: recompreensão do sistema processual da corte suprema. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. v.1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional**: leitura jurídico dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012.

MEDEIROS, Andrea Neiva Coelho de. Limites constitucionais à regulamentação do direito fundamental à liberdade de reunião pelo legislador ordinário. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**, Brasília, v. 3, n. 1, jan./jun., p. 99 – 117, 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/1909>. Acesso em: 16 ago. 2020.

MELLO, Cláudio Ari. Interpretação jurídica e dever de fundamentação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo – REPRO**, v. 25, maio. Versão online, sem paginação, 2016. Disponível em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.255.03.PDF. Acesso em: 12 ago. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. A influência de Peter Häberle no constitucionalismo brasileiro. **Revista de Estudos Institucionais**, v. 2, n. 1, p. 30-56, 2016. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/48>. Acesso em: 15 jun. 2020.

MÉXICO. **Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos – Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917)**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/mexico/const1917.htm>. Acesso em: 02 set. 2019.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes - da persuasão à vinculação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade Constitucional. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**. FGV Direito Rio - Rio de Janeiro, v. 230, out./dez., p. 347 – 356, 2002. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46350>. Acesso em: 12 ago. 2020.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação infraconstitucional**. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da Pessoa Humana**. v. I. Dignidade e Direitos Fundamentais. Portugal: Almedina, 2015.

NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da Pessoa Humana**. v. II. Dignidade e inconstitucionalidade. Portugal: Almedina, 2016.

OLIVEIRA, Clayton Barreto de. **A jurisdição a partir dos precedentes: matriz constitucional e desafios de um processo decisório coerente e democrático no Brasil.** 2016. 200 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/jspui/handle/123456789/21713>. Acesso em: 15 set. 2019.

OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. Segurança jurídica e a técnica de distinção e superação dos precedentes judiciais. *Index Law Journals. Revista de Processo, Jurisdição e efetividade da justiça*, Minas Gerais, v. 1, n. 1, jul./dez., p. 120 – 142, 2015. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdicao/article/view/234/235>. Acesso em: 18 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia geral da ONU (1948). Resolução 217 A III. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Artigo 30. Paris. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em: 01 set. 2019.

PAGANELLI, Celso Jefferson Messias. O enfrentamento do mérito, a fundamentação e a racionalidade da decisão judicial no processo constitucional democrático: um vislumbre sob a ótica do novo código de processo civil. *In: BORGES, Alexandre Walmott; TOLEDO, Iara Rodrigues de; BEÇAK, Rubens (Coord.). Hermenêutica [Recurso eletrônico on-line]. CONPEDI/UNINOVE (Org.). Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 429 – 449.* Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=93>. Acesso em: 12 ago. 2020.

PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. **Democracia deliberativa: a opinião pública e o Amicus Curiae na ótica da jurisdição procedimental.** 2017. 149 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/jspui/handle/123456789/24736>. Acesso em: 13 nov. 2020.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fundamentação das decisões judiciais: o controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos Precedentes: universabilidade das decisões do STJ.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 11, n. 45, out./dez, p. 216–236. São Paulo: RT, 2003. Disponível em:

<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev4.htm>. Acesso em: 25 set. 2020.

PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello. O novo código de processo civil e os precedentes. **Revista Pesquisas Jurídicas**, Natal, v. 3, n. 2, jul./out., p. 10-13, 2014. Disponível em:

<http://www.revistapesquisasjuridicas.com.br/ojs/index.php/RPJur/article/view/59/68>. Acesso em: 15 set. 2020.

PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello. O precedente judicial e sua alteração: segurança jurídica e adequação do direito. **Coluna ABDPRO**, n. 147. 16 set. 2020. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-147-o-precedente-judicial-e-sua-alteracao-seguranca-juridica-e-adequacao-do-direito>. Acesso em: 13 set. 2020.

QUEIROZ, Liana Carine Fernandes de. **Jurisdição democrática e a teoria dos precedentes judiciais**: uma crítica à generalidade e hegemonia na aplicação dos precedentes judiciais e o dever de fundamentação analítica das decisões. 2018. 111f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/jspui/handle/123456789/27447>. Acesso em: 25 set. 2019.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes; HERRERA, Luiz Henrique Martim. Hans Kelsen: filosofia jurídica e democracia. **Revista de Informação Legislativa**, v. 52, n. 205, jan./mar., p. 235 - 260, 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p235.pdf. Acesso em: 08 set. 2020.

RAWLS, John. **Le droit des gens**. Avant-propos de Bertrand Guillaume. Commentaire de Stanley Hoffmann. Paris: Éditions Esprit, Le Seuil, 1996.

REALE, Miguel. **Direito natural/direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 1984.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROCHA, Sergio André. Evolução histórica da teoria hermenêutica: do formalismo do século XVIII ao pós-positivismo. **Lex Humana**, Petrópolis, n. 1, p. 77 – 160, 2009. Disponível em: <http://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana/article/view/5>. Acesso em: 10 dez. 2019.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. Constituição mexicana de 1917 e os avanços dos direitos sociais no Brasil. **Cuestiones Constitucionales - Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, Ciudad de México, n. 36, enero/junio, p. 361 – 363, 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/319385635_Constituicao_mexicana_de_1917_E_Os_avancos_dos_direitos_sociais_no_Brasil. Acesso em: 02 set. 2019.

ROSA, Fernanda Néri. **Precedentes judiciais**: aspectos controvertidos de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro e o risco do discurso de fundamentação descontextualizado. 2016. 125 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais Aplicadas) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/13246>. Acesso em: 09 nov. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, v. 798, abr., p. 23 – 50, 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/265124995_O_proporcional_e_o_razoavel_a_contribuicao_pioneira_de_Rui_Barbosa_ao_estudo_do_criterio_da_necessidade_e_do_principio_da_razoabilidade. Acesso em: 20 jun. 2020.

SOARES, Leonardo Oliveira. O novo Código de Processo Civil brasileiro: Um código de princípios. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, Ano 10, v. 17, n. 2., jul./dez., 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/26606>. Acesso em: 20 jun. 2020.

SOUSA, Lorena Ribeiro de Carvalho. **O dever de fundamentação das decisões no Código de Processo Civil de 2015**: um estudo crítico das decisões do Superior Tribunal de Justiça a partir do modelo constitucional de processo. 2017. 146 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SousaLR_1.pdf. Acesso em: 10 ago. 2020.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Motivação e Fundamentação das Decisões Judiciais e o Princípio da Segurança Jurídica. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, v. 7, n. 2, jan./jun, p. 355 – 376, 2006. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/345/338>. Acesso em: 15 set. 2019.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e ensino jurídico em *terrae brasiliis*. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Paraná, v. 46, p. 27 - 50, 2007. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/13495/9508>. Acesso em: 09 nov. 2020.

STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão. **Hermenêutica e Jurisprudência no novo código de processo civil**: coerência e integridade. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC**: fundamentos e sistematização. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VASCONCELOS, Eneas Romero de. Interpretação dos direitos fundamentais: caminhos para a hermenêutica constitucional no Brasil. **Revista Jurídica Faculdade 7 de setembro**, Fortaleza, v. 5, n. 1, p. 161 - 184, abr., 2008. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/download/215/239/>. Acesso em: 10 fev. 2019.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.