

UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ
FACULDADE DE DIREITO

MARCO AURÉLIO FURTADO DE SOUZA

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O DIREITO
FUNDAMENTAL A RESPOSTAS MOTIVADAS:

Um Debate entre Ronald Dworkin e Robert Alexy

Marabá/PA
Março, 2017

MARCO AURÉLIO FURTADO DE SOUZA

**O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O DIREITO
FUNDAMENTAL A RESPOSTAS MOTIVADAS:**

Um Debate entre Ronald Dworkin e Robert Alexy

Monografia apresentada junto ao curso de Direito da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Júlio César Sousa Costa.

Marabá/PA

Março, 2017

Souza, Marco Aurélio Furtado de

O novo Código de Processo Civil e o direito fundamental a respostas motivadas: um debate entre Ronald Dworkin e Robert Alexy / Marco Aurélio Furtado de Souza; orientador, Júlio César Sousa Costa. — 2017.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Campus Universitário de Marabá, Instituto de Estudos em Direito e Sociedade, Faculdade de Direito, Curso de Bacharelado em Direito, Marabá, 2017.

1. Juízes - Decisões. 2. Brasil. [Código de Processo Civil (2015)]. 3. Jurisprudência. 4. Direitos fundamentais. 5. Argumentação jurídica. 6. Processo civil. 7. Dworkin, Ronald, 1931-2013. 8. Alexy, Robert, 1945-.I. Costa, Júlio César Sousa, orient. II. Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará. III. Título.

MARCO AURÉLIO FURTADO DE SOUZA

**O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O DIREITO
FUNDAMENTAL A RESPOSTAS MOTIVADAS:**

Um Debate entre Ronald Dworkin e Robert Alexy

Monografia apresentada junto ao curso de
Direito da Universidade Federal do Sul e
Sudeste do Pará, como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Marabá/PA, 29 de Março de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Júlio César Sousa Costa

Prof. Ms. Hirohito Diego Athayde Arakawa

Prof. Ms. Raimunda Regina Ferreira Barros

AGRADECIMENTOS

Como dizer o indizível? Qualquer esforço é pouco para definir o quanto fui dependente nessa trajetória até aqui. Não à toa, vi cinco anos da minha vida passarem de uma forma marcante e, ao mesmo tempo, singela.

Que à Ele! O que foi, o que é e o que há de vir! À Ele toda a glória! Mesmo ante meu desânimo, minhas frustrações, meu medo, minha angústia, Deus sempre me trouxe uma palavra de amor.

Ah... o que falar desse amor? Esse amor me foi revelado em Jesus Cristo (o filho do próprio Deus) e em todos os dias em que desfrutei da presença da minha família. Meu pai que sempre acreditou em mim, minha mãe que nunca desistiu de insistir e me apoiar (mesmo quando eu mesmo já não acreditava...), e meus irmãos que sempre procurei inspirar com meu exemplo (embora eles que me inspiram pelo que são). Por eles me foi revelado todo esse amor, meu maior desejo é trazer orgulho para vocês.

Aos meus grandes amigos da faculdade: Léo, Ráissy, Kássia, Anna Lê, Adriano (sempre os mais importantes). Vocês me ensinaram que a amizade transcende a convivência, mas se espraia em cada boa lembrança.

Não posso mais inclui-la só como minha amiga. Ela que me mostrou que uma boa amizade e companheirismo podem evoluir para o mais belo amor. Obrigado pelas boas risadas e pelo apoio (sua e de sua família) minha linda namorada, Sara Coelho.

Como não posso elencar aqui todos os meus amigos da igreja, vou me limitar a dizer que todos vocês foram importantes para mim. Do que adianta o homem ganhar o mundo inteiro e perder sua alma? Em vocês o Reino de Deus vira prática e não mera teoria.

Por fim, ao meu amado mestre e orientador Júlio César Sousa Costa (o verdadeiro mestre dos magos de um TCC), obrigado pela inspiração particular. Ele que me prova que você pode ser reprovado em uma disciplina (a única que consta um conceito regular em meu histórico) e ainda sim respeitar e viver aprendendo com seu eterno professor.

“Mas, como está escrito: As coisas que o olho não viu, e o ouvido não ouviu, e não subiram ao coração do homem, são as que Deus preparou para os que o amam”.

(1ª Coríntios 2:9)

RESUMO

Com o advento do novo Código de Processo Civil (Lei Federal nº 13.105/15), ocorreram sérias modificações no cerne da Teoria da Decisão Judicial com a inserção de um sistema de precedentes judiciais com força ou eficácia vinculante, exigindo dos tribunais brasileiros e juízos monocráticos uma sintonia elevada com as razões decidir da jurisprudência pátria. Neste cenário, o sistema de precedentes vem para dar cumprimento ao direito fundamental do cidadão de ter as decisões emanadas do Poder Judiciário devidamente fundamentadas, nos termos da previsão inserida no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal. Não sem razão, destacam-se no bojo das teorias albergadas pela nova legislação processual as teses de Ronald Dworkin, com sua formulação teórica do direito enquanto integridade e sua aposta na produção de um direito que respeita a coerência, e de Robert Alexy, com sua tese argumentativa que tem na técnica da ponderação de interesses o seu ápice com ampla outorga de discricionariedade ao julgador. Com efeito, analisando atentamente o novo código, destacam-se diversos dispositivos legais que encampam as teses dos renomados autores, com destaque para o art. 489 da legislação processual em comento, com certeza o artigo mais polêmico da novel codificação. Perceptível, portanto, a mixagem teórica existente no dispositivo supracitado das teses dos dois autores em questão. Assim, sendo apontada a influência de Dworkin para construção do §1º deste dispositivo e a inserção da ponderação de Alexy no §2º do mesmo artigo, sendo aqui defendida a inconstitucionalidade da ponderação à brasileira no bojo da nova legislação.

Palavras-chave: fundamentação das decisões judiciais; precedentes judiciais; ponderação; integridade e coerência; novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT

With the advent of the new Code of Civil Procedure (Federal Law n°. 13.105/15), serious changes occurred at the heart of Judicial Decision Theory with the insertion of a system of judicial precedents with binding force or effectiveness, requiring Brazilian courts and monocratic judgments a high harmony with the reasons to decide of the jurisprudence homeland. In this scenario, the system of precedents comes to fulfill the fundamental right of the citizen to have the decisions emanating from the Judicial Branch duly substantiated, in terms of the prediction inserted in art. 93, item IX, of the Federal Constitution. Not unreasonably, the thesis of Ronald Dworkin, with its theoretical formulation of law as integrity and its commitment to the production of a right that respects coherence, and of Robert Alexy, with his An argumentative thesis that has in the technique of weighing of interests its apex with wide grant of discretion to the judge. In fact, analyzing carefully the new code, several legal devices that encamp the theses of the renowned authors stand out, with emphasis to art. 489 of the procedural legislation in question, certainly the most controversial article of the novel codification. Therefore, the theoretical mix existing in the aforementioned device of the theses of the two authors in question is perceptible. Thus, the influence of Dworkin was pointed out for the construction of §1 of this device and the insertion of Alexy's weighting in §2 of the same article, being defended here the unconstitutionality of the weighting to the Brazilian in the bulge of the new legislation.

Keywords: justification of judicial decisions; judicial precedents; weighting; integrity and coherence; new Code of Civil Procedure.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA TEORIA DA INTEGRIDADE DE DWORKIN E DA TESE ARGUMENTATIVA DE ALEXY	11
1.1. A DISTINÇÃO TEÓRICA ENTRE AS TEORIAS DA DECISÃO DE DWORKIN E ALEXY (CRÍTICA À PONDERAÇÃO DE INTERESSES)	17
2. A ADOÇÃO DA TESE DOS PRECEDENTES VINCULANTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O CUMPRIMENTO DA CLÁUSULA DE FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL (ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)	21
2.1. NUANCES TEÓRICAS DO SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS	21
2.2. EFICÁCIA DOS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO	23
2.3. REGIME DE APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES – ANÁLISE DOS PRINCIPAIS INSTITUTOS	25
2.4. PRECEDENTES VINCULANTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO	26
2.5. O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS E A RELAÇÃO COM O DIREITO FUNDAMENTAL A RESPOSTAS MOTIVADAS	29
3. A PRESENÇA DAS TEORIAS DA DECISÃO DE DWORKIN E ALEXY NO NOVO CPC: ANÁLISE DO ART. 489 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	33
3.1. A ESTABILIDADE, INTEGRIDADE E COERÊNCIA DWORKINIANAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO	34
3.2. HIPÓTESES DE DECISÕES JUDICIAIS PENDENTES DA DEVIDA FUNDAMENTAÇÃO: §1º DO ART. 489 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO	37
3.3. A PONDERAÇÃO ALEXYANA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO	45
4. A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PONDERAÇÃO DE ALEXY NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	47
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	52
6. REFERÊNCIAS	54

INTRODUÇÃO

O presente trabalho inspira-se na promulgação do Novo Código de Processo Civil – NCPC (Lei Federal nº 13.105/15) e suas vastas implicações no cerne da Teoria da Decisão Judicial, propondo uma análise da novel legislação processual à luz das teorias hermenêuticas dos jusfilósofos Ronald Dworkin e Robert Alexy, apontando os principais impactos das teses dos autores na formulação da codificação em comento.

Inicialmente, no primeiro capítulo desta obra, abordaremos as principais propostas teóricas dos citados autores no campo da hermenêutica jurídica. Expondo, de forma sucinta, as conotações principais da Teoria da Integridade de Dworkin e da Teoria Argumentativa de Alexy, distinguindo-as nos seus aspectos mais relevantes.

Neste sentido, iremos demonstrar a abissal distinção existente entre as teorias hermenêutico-normativas dos mestres em tela (distinção esta por vezes acusada como quase inexistente por vasta gama da doutrina pátria), apontando como a ponderação alexyana (técnica hermenêutica símbolo da Teoria Argumentativa) em muito é rechaçada pela teoria jurídico-pragmática dworkiniana.

Ainda no presente capítulo, demonstraremos como a teoria de Alexy favorece o aparecimento de verdadeiras arbitrariedades por parte do julgador quando no exercício de seu mister, haja vista tolerar o uso de meios discricionários para a escolha da conclusão que melhor aprazer ao intérprete, dando margem a diversas possibilidades de respostas corretas para o mesmo caso. Tal apontamento terá seu ápice apresentado com o uso da técnica da ponderação de interesses proposta pelo jusfilósofo alemão.

Demonstraremos, por sua vez, como a tese da integridade dworkiniana afasta peremptoriamente qualquer discricionariedade do intérprete, estando esta atrelada à tradição e ao histórico institucional que o cerca, à cadeia de decisões anteriores e à coerência devida ao ordenamento jurídico, permitindo, segundo o autor norte-americano, uma única resposta correta para cada caso concreto.

Ato contínuo, no capítulo dois, passaremos a abordar a nova política dos precedentes judiciais e sua importância para o cumprimento da determinação constitucional de fundamentação das decisões emanadas do Poder Judiciário, conforme previsto no art. 93, IX, da Constituição Federal (CF/88).

Posto isto, firmamos a premissa de que a Constituição da República de 1988, carta democrática e garantidora dos mínimos direitos devidos a qualquer cidadão, de há muito

exige uma posição sólida das decisões judiciais na consolidação de uma jurisprudência coerente, prevendo que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade” (art. 93, IX, CF/88).

Neste ínterim, discorreremos sobre as principais premissas teóricas que embasam o sistema de precedentes judiciais de origem norte-americana e de como tais bases foram incorporadas ao Novo Código de Processo Civil, favorecendo a criação de um terreno fértil para o cumprimento do direito fundamental do cidadão a ter decisões fundamentadas por parte do Poder Judiciário, repelindo “decisionismos” e voluntarismos judiciais, garantindo o conteúdo mínimo de motivação necessária para que se efetive um processo judicial justo.

Com efeito, demonstraremos como o sistema de precedentes filia-se aos termos propalados pela teoria de Dworkin, mantendo a estabilidade, integridade e coerência necessárias a uma jurisprudência que visa atender aos anseios dos jurisdicionados e fincar uma “pá de cal” definitiva na “loteria” que se tornou o Judiciário brasileiro. Em síntese, elucidar como o NCPC busca uma palavra-chave: a previsibilidade. Previsão esta garantida pelo controle das decisões judiciais, combatendo a imagem de “caixinha preta” do qual se tornou símbolo o Poder Judiciário.

Prosseguindo, no capítulo três, destacaremos os dispositivos que representam a maior contribuição teórica dos dois autores em comento, com destaque ao art. 489 do NCPC que, de forma pioneira, prevê em seu parágrafo primeiro uma verdadeira “blindagem” contra decisões judiciais pendentes da devida motivação, dando cumprimento ao mandamento constitucional previsto no art. 93, IX, da CF/88.

Ainda neste esforço, ressaltaremos como o NCPC trouxe o problema do resgate da técnica da ponderação de interesses no bojo da decisão judicial, a qual está presente no parágrafo segundo do art. 489 aqui trabalhado, demonstrando que tal dispositivo conflita diretamente com as premissas defendidas pelo próprio parágrafo primeiro do mesmo artigo.

Por certo, endossaremos a preponderância da qualidade teórica de Dworkin para preservação de um roteiro jurídico de fundamentação aceitável à luz da Constituição, expondo como a inclusão da ponderação no CPC/15 ameaça a segurança de decisões judiciais devidamente fundamentadas, favorecendo verdadeiras arbitrariedades do julgador.

Por fim, no capítulo quatro, apontaremos a inconstitucionalidade do §2º do art. 489 do NCPC pela encampação da ponderação, violando frontalmente o direito fundamental aqui defendido de respostas motivadas e adequadas à Constituição (art. 93, IX), além de entrar em

descompasso com outros dispositivos do próprio CPC, afrontando a segurança jurídica exigida pelo atual sistema de precedentes judiciais.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA TEORIA DA INTEGRIDADE DE DWORKIN E DA TESE ARGUMENTATIVA DE ALEXY

Ronald Dworkin e Robert Alexy são dois dos maiores expoentes quando o tema tratado é a hermenêutica jurídica, ambos são reconhecidos mundialmente por consolidarem teses consistentes acerca da teoria da norma jurídica e da decisão judicial, merecendo, antes de qualquer coisa, uma exposição sucinta de suas teses para melhor compreensão do tema a ser aqui trabalhado.

Primeiramente, para Alexy, o ordenamento jurídico é constituído por normas jurídicas de dois tipos, princípios e regras. Os princípios são “mandados de otimização”, que devem ser cumpridos na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas de cada caso¹.

Eles comportam, portanto, o cumprimento em graus diferentes, que dependem das possibilidades jurídicas, relacionadas a possíveis colisões com princípios contrapostos. Já as regras não têm esta característica, pois não podem ser cumpridas de forma gradual: ou elas são cumpridas integralmente ou descumpridas, portanto são denominados de “mandados de definição”, são ou não aplicados ao caso proposto².

Dentro da teoria do autor alemão, princípios vivem em colisão uns com os outros, vez que são fruto de interesses contrapostos do ordenamento jurídico. Isso se dá no plano puramente abstrato, distante, portanto, do plano concreto, a que ele próprio denomina “lei da colisão”.

Em outras palavras, para Alexy, os princípios são comandos *prima facie*, e não mandamentos definitivos, pois, mesmo quando válidos e incidentes sobre determinado caso, podem ter que ceder na sua solução, total ou parcialmente, em razão da colisão abstrata com outros princípios que apontem em direção contrária.

Nesses casos, ante a presença iminente de tais conflitos, deve-se recorrer a “uma ponderação” entre os princípios, pautada pelos critérios da proporcionalidade³. Já com as

¹ Na palavras do próprio Alexy, “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes” (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90).

² *Apud* SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*, 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 384.

³ ALEXY, *op. cit.*, p. 93-120

regras, isso não acontece. Tais normas, para Alexy, são comandos definitivos, que, quando válidos e incidentes, devem ser integralmente aplicados.

O conflito entre regras, segundo o jurista germânico, é resolvido por meio da invalidação de uma delas, ou do reconhecimento da sua não incidência ao caso, pela introdução de uma cláusula de exceção⁴.

Como exemplo desta cláusula de exceção, Alexy cita uma regra que impede que as pessoas abandonem a sala antes de tocar o sinal de saída e outra, que ordena que as pessoas abandonem a sala quando soar o alarme de incêndio.

O autor afirma que ambas produzem juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si, de forma que a solução do conflito seria introduzir na primeira regra uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio e, se isso não fosse possível, declarar a invalidade de uma das regras, retirando-a do ordenamento jurídico⁵.

No caso dos princípios a solução é diversa. Quando dois princípios entram em colisão um deles terá que ceder ao outro, mas isso não significa que o princípio desprezado tenha que ser declarado inválido ou que tenha que ser introduzida uma cláusula de exceção.

Em síntese, a solução proposta pelo jusfilósofo alemão reside na afirmação de que, de acordo com determinadas circunstâncias, sob a pecha da análise de cada caso concreto, um princípio deve preceder ao outro, ou seja, deve haver “uma ponderação” entre ambos.

É neste contexto de colisão de princípios que surge a conhecida técnica da ponderação de interesses de Alexy, consistindo, de acordo com os ensinamentos de Sarmiento e Souza Neto⁶, “no emprego do princípio da proporcionalidade com os seus três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito”.

Precisamente, os subprincípios da adequação (meio utilizado apto à produção do resultado objetivado), necessidade (utilização do meio mais suave para o fim visado) e a proporcionalidade em sentido estrito (ponderação dos interesses em conflito, visando a máxima otimização, relação custo/benefício) comporão um procedimento trifásico para a aplicação do princípio da proporcionalidade em um caso concreto.

Conforme a lição de Barcellos⁷, a ponderação se estrutura em três etapas, sendo que o primeiro passo é identificar os comandos normativos ou as normas relevantes colidentes. Na

⁴ ALEXY, *op. cit.*, p. 99.

⁵ ALEXY, *op. cit.*, p. 99.

⁶ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, *op. cit.*, p. 518.

⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luís Roberto Barroso (Org.). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 57-58.

segunda etapa, o intérprete deverá proceder à análise dos fatos e premissas do caso concreto, para os quais não é possível o juízo de subsunção, tendo em conta o confronto das normas. Por fim, como última fase da técnica da ponderação, cabe ao intérprete valorar a importância dos bens jurídicos em confronto, mediante as variáveis do peso abstrato e do peso concreto.

Exemplo, em um caso concreto temos uma grande fábrica de *jeans* a ser instalada em uma cidade do Brasil, o empreendimento irá gerar muitos empregos, porém irá gerar fortes danos ao meio ambiente, pergunta-se: como conciliar os princípios da ordem econômica, a livre iniciativa e a defesa do meio ambiente em conflito no caso proposto? Fazendo uso da ponderação de Alexy, sabemos quais os princípios em conflito (precisamente o meio ambiente e a livre iniciativa), reconhecemos o conflito existente no caso concreto, agora, por fim, devemos nos valer de um dos princípios em tela, escolhendo aqui, com uma fundamentação exaustiva, aquele que apresentará a melhor relação de custo/benefício ao conflito posto.

Determinando estes valores e, em consequência disto, será resolvida a colisão de princípios, seja conciliando ou indicando qual deles deverá preponderar naquele caso, sem declarar a invalidade de nenhum deles.

Compreendamos, são dessas diferenças estruturais entre regras e princípios que resultam na técnica da resolução de conflitos denominada de “ponderação” (para o caso de colisões entre princípios para casos difíceis) e a “subsunção” (para a aplicação direta de regras para casos simples).

Em sentido oposto, Ronald Dworkin destaca em sua teoria que a adequada compreensão da norma jurídica e da decisão judicial somente pode ser realizada no contexto mais amplo da sua teoria do direito como integridade, na qual os princípios exercem um papel indispensável, especialmente na solução dos casos difíceis (*hard cases*).

Para Dworkin, os princípios são revelados a partir de uma teoria pragmática, que parte do pressuposto de que o direito é uma prática interpretativa.

É na ideia histórica de formação do fenômeno jurídico (historicidade institucional, nas palavras do autor norte-americano) que os princípios ganham significação e sua força normativa. Por isso, não é exagero afirmar que o conceito de princípio, nesta senda, se manifesta sempre numa possibilidade que nunca chega a se esgotar⁸.

Na sua teoria do direito, Dworkin propõe uma nova compreensão do direito fundada em distintos tipos de normas jurídicas (regras e princípios) para solucionar casos difíceis (*hard cases*) para os quais o positivismo não consegue encontrar uma resposta adequada.

⁸ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito*, 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 435-436.

Os princípios, assim, na concepção dworkiana, diferenciam-se das regras e dividem-se em diretrizes políticas (*policies*) e princípios em sentido estrito (*principle*)⁹.

Dworkin¹⁰ classifica, pois, as normas jurídicas em princípios no sentido genérico, os quais dividem-se em:

i) princípios em sentido estrito, entendidos como uma diretriz que deve ser implementada e respeitada não porque vá garantir ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas por ser uma exigência da justiça ou da equidade ou de alguma outra dimensão moral; e *ii*) diretrizes políticas, que seriam aqueles tipos de diretrizes que estabelecem objetivos para serem alcançados pela comunidade, geralmente uma melhoria em alguma área econômica, política ou social da comunidade (apesar de alguns objetivos serem negativos na medida em que eles estipulam que determinadas conquistas precisam ser protegidas de mudanças adversas).

As regras, por sua vez, são normas de caráter disjuntivo sobre as quais não podemos falar que uma é mais importante do que a outra no sistema de regras, de modo que quando duas regras conflitam, uma delas não pode ser válida.

Para o jusfilósofo norte-americano, a diferenciação entre regras e princípios não está em uma dimensão estrutural, mas sim no âmbito de aplicação do direito. Aos diferentes tipos de normas, aplicam-se modos diversos de resolução de conflitos, que irá mudar de acordo com o tipo de norma.

O conflito entre as regras resolve-se à maneira do tudo ou nada (*all or nothing*), em que a solução da controvérsia exige a invalidade de uma das regras conflitantes ou a incidência de uma cláusula de exceção para uma delas.

Já o conflito entre princípios em sentido estrito resolve-se na dimensão do peso (não da validade), que é aferido a partir de uma leitura moral da Constituição orientada em princípios pelo juiz Hércules¹¹ (metáfora criada por Dworkin para exemplificar o tipo ideal de aplicação do direito) para que seja tomada a melhor decisão possível para aplicação do direito ao caso concreto.

Já os problemas relacionados às diretrizes políticas resolvem-se fora do Poder Judiciário pelos poderes que atuam no campo estritamente político.

⁹ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, Trad. Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 377-492.

¹⁰ DWORKIN, *op.cit.*, p. 398.

¹¹ O juiz Hércules é uma metáfora utilizada por Dworkin para demonstrar as qualidades excepcionais, quase divinas, do juiz que toma a melhor decisão em cada caso, respeitando o princípio da integridade e garantindo a coerência do direito.

A figura do juiz Hércules simboliza as qualidades excepcionais de que deve ser dotado o juiz para reconstruir, com coerência, o direito vigente, em cada caso, para que seja tomada a melhor decisão possível amparada na leitura moral dos princípios, pois uma decisão jurídica de um caso particular só é correta quando se encaixa num sistema jurídico coerente de princípios.

Este é um ponto que merece destaque. Na teoria da integridade de Dworkin, refletida na atuação do juiz Hércules, princípios não colidem entre si no plano abstrato, o sistema é coerente e a atuação do princípios está justamente em indicar tal justeza do ordenamento através de um “fechamento” hermenêutico por eles empreendido.

Neste contexto, a integridade do direito precisa ser reconhecida por todos os membros da comunidade jurídica, que se reconhecem, reciprocamente, como dignos de igual respeito e consideração.

Hércules deve, então, reavaliar, com base em uma leitura moral dos direitos individuais, fundada no tratamento de todos com igual respeito e consideração, todos os precedentes judiciais para fazer a melhor interpretação do direito vigente.

Isto reflete, numa síntese muito rápida, o ideal regulativo de Dworkin, onde cada caso difícil teria uma única resposta correta. Esta resposta deve ser buscada pelo juiz através de um procedimento hermenêutico que leve em consideração elementos como o texto dos preceitos incidentes, a sua história e os precedentes judiciais, e que procure, sem ignorar esses dados, tornar o direito o melhor que pode ser, no sentido da promoção da justiça.

Na reconstrução do direito em cada caso, com base nos precedentes, o juiz deve decidir os casos novos de modo que sejam coerentes com todas as decisões anteriores.

Para melhor exemplificar o encandeamento lógico das decisões, dentro de sua teoria da integridade, Dworkin traça um paralelo entre a interpretação do direito e a redação de um romance por vários autores, na qual cada um escreve um capítulo, trata-se da teoria do “romance em cadeia” (*chain novel*)¹².

Quando um dos coautores do livro recebe o texto para elaborar o seu capítulo, ele não pode ignorar tudo aquilo que já foi escrito pelos que o precederam na obra. Mas pode fazer o melhor de si, para que o seu capítulo, agregando-se aos demais, torne o romance o melhor possível.

Da mesma maneira, um juiz, quando se depara com um caso difícil do direito, não pode partir do “zero” na busca da solução mais justa. Ele tem a obrigação de manter a

¹² SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *op. cit.*, p. 432-433.

coerência com o direito já existente, ao qual está vinculado, mas deve esforçar-se para interpretar este direito “sob a sua melhor luz”, para aproximá-lo ao máximo do ideário de justiça, que Dworkin associa ao tratamento de todas as pessoas como o mesmo respeito e consideração.

A metáfora do romance em cadeia é útil por denotar a exigência de que cada decisão judicial se integre de modo harmônico ao sistema de direitos. A coerência é a chave da compreensão do direito como integridade por harmonizar passado, presente e futuro.

O olhar retrospectivo do juiz, contudo, não pode impedi-lo de corrigir, a qualquer tempo, os precedentes, que se revelarem inadequados para resolver a situação presente, pois o olhar do juiz deve ser voltado para apresentar hoje a melhor decisão, orientada em princípio, mas com os olhos para o futuro, sempre se valendo de uma fundamentação consistente à luz da integridade do direito.

Nas palavras do próprio Dworkin¹³:

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo a afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que ‘lei é lei’, bem como o cinismo do novo ‘realismo’. Considera esses dois pontos de vistas como enraizados na mesma falsa dicotomia entre encontrar e inventar a lei. Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer.

Deste modo, a história e os precedentes são reconstruídos pelo intérprete para que a próxima decisão seja coerente com a tradição que a antecede. O intérprete, contudo, pode construir uma nova interpretação, ainda que radicalmente nova, desde que coerente com a história que o precede (impossibilidade de engessamento do sistema), para adequar a situação a uma nova compreensão da realidade social, amparada em uma nova leitura moral dos princípios constitucionais em que se deve buscar a melhor decisão para o caso concreto (visão pragmática do fenômeno jurídico).

¹³ DWORKIN, *op. cit.*, p. 274.

1.1. A DISTINÇÃO TEÓRICA ENTRE AS TEORIAS DA DECISÃO DE DWORKIN E ALEXY (CRÍTICA À PONDERAÇÃO DE INTERESSES)

Conforme exposto, as duas teorias em comento se distanciam em diversos pontos e, por mais que na prática jurídica sejam tratadas como teses próximas, em verdade, retratam posições diametralmente opostas no seio da Teoria da Decisão Judicial.

Primeiro, devemos ressaltar que a técnica da ponderação de interesses sofre uma severa crítica. Ela é pura expressão do subjetivismo de quem a opera, optando por uma ou outra solução, escapando ao âmbito dos juízos de legalidade.

Como bem assevera Eros Grau¹⁴:

O que há em tudo de mais grave é, no entanto, a incerteza jurídica aportada ao sistema pela ponderação entre princípios. É bem verdade que a certeza jurídica é sempre relativa, dado que a interpretação do direito é uma prudência, uma única interpretação correta sendo inviável, a norma sendo produzida pelo intérprete. Mas a vinculação do intérprete ao texto — o que excluiria a discricionariedade judicial — instala no sistema um horizonte de relativa certeza jurídica que nitidamente se esvai quando as opções do juiz entre princípios são praticadas à margem do sistema jurídico. Então a previsibilidade e calculabilidade dos comportamentos sociais tornam-se inviáveis e a racionalidade jurídica desaparece.

Pergunta-se, o que impede um juiz de adotar um princípio em detrimento de outro? Quem garante que há apenas dois princípios em conflito? Até onde a fundamentação é mero “álibi” teórico e simples disfarce do voluntarismo judicial? Essas são perguntas não respondidas por Alexy.

Sua teoria propicia verdadeiros relativismos nas decisões dos juízes, variando o deslinde da causa a depender da opinião de cada magistrado. Esta ou aquela posição escolhida são igualmente válidas e acertadas, o que causa verdadeira confusão e incerteza sobre qual posicionamento é o correto a ser adotado. O prejudicado, ao final, é sempre o jurisdicionado que não possui certeza alguma do amparo de sua demanda.

Por isso, não é exagero afirmar que a teoria de Alexy em muito se aproxima do positivismo jurídico Kelseniano¹⁵, ou seja, associado ao contexto semântico e abstrato de norma, e não enquanto fato concreto e produto da própria linguagem¹⁶.

¹⁴ GRAU, Eros Roberto. *O perigoso artifício da ponderação entre princípios*, disponível em: <http://www.editorajc.com.br/2009/07/o-perigoso-artificio-da-ponderacao-entre-principios/>, p. 13.

Para Kelsen¹⁷, a norma jurídica é conceituada com um esquema de interpretação que determina o sentido objetivo dos atos humanos, imprimindo neles significado de direito. “O juízo que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, a interpretação normativa”¹⁸.

O conceito de norma de Kelsen recebe, portanto, um colorido transcendental, um *a priori* necessário para o conhecimento jurídico, aferido este pela interpretação do direito enquanto “ato de vontade” do próprio intérprete¹⁹.

Não é exagero afirmar que o conceito semântico de norma, com a qual Alexy opera, torna o princípio uma derivação artificial e, ao mesmo tempo, confere-lhe uma força talvez maior do que eles mesmos podem suportar ao afirmá-los como mandados de otimização, o que confere um poder (ou competência no seu sentido kelseniano) demasiadamente exagerado à figura do juiz, constituindo verdadeiro elemento discricional insuperável de sua teoria.

Visível, assim, que o conceito de norma em sua Teoria dos Direitos Fundamentais é explicitamente um conceito semântico e abstrato, divorciado da dimensão prática do direito, seguindo a trilha desenvolvida por Kelsen.

Neste sentido, é interessante transcrever os comentários acerca de tal proximidade entre Alexy e Kelsen feitos por feitos por Abboud, Carnio e Oliveira²⁰:

Apesar de suas objeções, Alexy não chega a tocar no âmago do conceito de norma que havia sido colocado por Kelsen. Nem coloca como questão o problema dos níveis de interpretação através dos quais a norma pode ser tematizada. Sabemos apenas que, para ele, o conceito de norma continua sendo um conceito semântico, posto em abstrato. Ou seja, o seu conhecimento ainda implica um pôr entre parênteses o aspecto pragmático, tendo em vista que a ela subjaz uma noção de um sujeito cognoscente transcendental. No fundo, a concepção alexyana mantém o conceito de norma como esquema de interpretação e forma *a priori* do conteúdo deontológico dos fatos.

Desse modo, o seu conceito de princípio depende “toxicologicamente” do conceito semântico de norma, pois somente assim será possível pensá-los em termos de enunciados deontológicos. Conceituando os princípios como “mandados/mandamentos” (ao lado da proibição), Alexy faz com que eles participem do gênero norma embora realize em nebuloso esforço para distingui-los de outra espécie normativa: as regras. Por mais clara que esta

¹⁵ Isso em boa parte é admitido pelo próprio Alexy, apesar de seu esforço argumentativo de provar a dissociação de sua tese para aquela apreendida por Kelsen, em seu Teoria Pura do Direito (*vide* ALEXY, *op. cit.*, p. 50, nota 10).

¹⁶ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de, *op. cit.*, p. 333.

¹⁷ *Apud* KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 589.

¹⁸ KELSEN, *op. cit.*, p. 4.

¹⁹ Neste sentido, *vide* o capítulo VIII do Teoria Pura do Direito de Kelsen.

²⁰ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de, *op. cit.*, p. 333-334.

distinção possa parecer, desde o ponto de vista lógico, ela sempre levará a mal entendidos por se tratar de uma artificialidade que não problematiza a questão no âmbito jurídico.

Nesta senda, partilhando do conceito kelseniano da interpretação enquanto “ato de vontade” do juiz, é que, mesmo sem admitir explicitamente, a ponderação de Alexy apela para o subjetivismo do julgador, impossibilitando o controle da decisão judicial e abrindo margem para a discricionariedade na função estatal de julgar, com várias tomadas de decisão possíveis ao talante do Poder Judiciário.

Em sentido oposto, a teoria da integridade rompe definitivamente com o ceticismo e o relativismo do positivismo ao admitir que há somente uma decisão correta para cada caso. E esta única decisão correta decorre da melhor leitura moral dos princípios para o caso concreto, filtrada pelo texto constitucional, com respeito à coerência e integridade do direito.

A interpretação judicial não é uma questão de preferência, pois não existe para o intérprete a opção de respeitar os princípios, nem mesmo a opção de respeitá-los em maior ou menor medida. Os princípios são normas e, logo, constituem-se em mandamentos (proibições, permissões e determinações) de observância obrigatória pelo intérprete na aplicação de cada caso.

Estas são as razões pelas quais Dworkin e Alexy tem visões tão distantes um do outro. O primeiro se pauta numa teoria pragmática do direito, enquanto o segundo faz uso de elementos meramente procedurais (ponderação) em uma teoria semântica e abstrata da norma (em boa parte semelhante àquela desenvolvida por Kelsen).

Neste ínterim, devemos colocar uma “pá de cal”, em definitivo, nas afirmações cotidianas da doutrina feitas em favor do argumento de que as ideias de Dworkin e Alexy são similares.

Como bem exposto, importante salientar que o equívoco em se equiparar Alexy com Dworkin repercute na própria relação entre princípio jurídico e sistema. Isso porque esses dois pensadores ao apresentarem diferentes conceitos de princípios, conseqüentemente, conferem-lhes distintas funções.

Para Alexy, os princípios possibilitam a “abertura” no sistema jurídico, admitindo para os casos difíceis certa margem de discricionariedade, ou seja, por via da ponderação duas ou mais soluções jurídicas devem ser legitimamente válidas perante o sistema.

Em contrapartida, Dworkin elabora a questão dos princípios sempre tendo em vista a integridade do ordenamento, sua utilização não é conflitiva (daí a impossibilidade de se utilizar ponderação), os princípios conferem coerência e integridade ao sistema jurídico,

conduzindo a interpretação para aquilo que o jusfilósofo nomeia como de única resposta correta. Assim, em Dworkin, mesmo perante casos difíceis, não se pode admitir como válidas mais de uma única decisão correta para o caso *sub judice*.

2. A ADOÇÃO DA TESE DOS PRECEDENTES VINCULANTES NO NOVO CPC E O CUMPRIMENTO DA CLÁUSULA DE FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL (ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)

Antes de adentrarmos propriamente no cerne dos debates travados entre as teorias de Dworkin e Alexy no bojo do NCPC, é importante mensurarmos as principais modificações ocorridas com a inserção dos precedentes vinculantes no âmago da Teoria da Decisão Judicial em terra *brasiliae*, em cumprimento ao direito fundamental a respostas judiciais motivadas, preceito insculpido na Constituição Federal (art. 93, IX).

Inicialmente, é necessário pontuar que tal sistemática não é novidade no ordenamento. Já de há algum tempo ocorrem modificações legislativas específicas no sentido de conferir caráter vinculativo a determinados posicionamentos judiciais.

Apenas para aprofundamento, cite-se a Emenda Constitucional nº 45/04, a qual inseriu no ordenamento jurídico os enunciados de súmulas com força vinculante, emanadas de reiteradas decisões de caráter constitucional da lavra do Supremo Tribunal Federal; a inserção do art. 285-A no antigo CPC, permitindo a improcedência liminar (*prima facie*) das iniciais de demandas que estivessem em confronto com posicionamentos reiterados na matéria tratada; os antigos arts. 543-B e 543-C, os quais prescreviam o manejo dos recursos especiais em caráter repetitivo no âmbito do STJ, utilizado nas chamadas causas de massa; além da repercussão geral em recursos extraordinários e do próprio controle concentrado de constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal, entre outros exemplos.

Nesta senda, as modificações e institutos citados nada mais demonstram que a sinalização para um sistema de precedentes vinculantes, hoje perfeitamente instrumentalizado no Novo CPC, o qual passaremos a expor as suas premissas fundamentais a seguir.

2.1. NUANCES TEÓRICAS DO SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS

Conforme leciona Fredie Didier Jr.²¹, “em sentido lato, o precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”.

²¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. II, 10. ed., Salvador: Juspodivm, 2015, p. 441.

De acordo com Cruz e Tucci²², "todo precedente é composto de duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório".

Nesta senda, serão sempre elementos constitutivos do precedente, além da razão de decidir (tese jurídica), os próprios fatos que dão origem ao provimento em discussão e, além desses dois elementos, como parte capaz de gerar a amálgama dos demais, compõe o precedente, também, a argumentação jurídica.

A argumentação (aqui confundida com o próprio conceito de fundamentação) é o elemento capaz de gerar a devida junção entre os fatos postos em análise no confronto em litígio e a tese jurídica solucionadora (*ratio decidendi*), esta legitimada pelo exaustivo esforço motivacional desencadeado durante a prolatação do *decisum*.

A *ratio decidendi*, ou *holding* para o direito norte-americano, é o núcleo do precedente, são os próprios fundamentos que sustentam a decisão judicial, constituindo a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto. Trata-se, dessa forma, de norma geral, embora seja construída a partir de um caso específico, posto que a tese jurídica (*ratio decidendi*) se desprende do precedente que lhe deu origem, podendo ser aplicada a situações concretas que se assemelham com aquela construída originalmente.

Sendo assim, a *ratio decidendi* de uma decisão judicial, dentro de um sistema de precedentes, gera um duplo discurso de fundamentação: *i*) o primeiro voltado para a solução de um determinado caso concreto, direcionado aos sujeitos da relação jurídica discutida; *ii*) o outro, de ordem institucional, dirigido à sociedade, necessariamente com eficácia *erga omnes*, para apresentar um modelo de solução para outros casos semelhantes àquele.

É exatamente este elemento que apresentará o efeito vinculante de uma decisão a ser futuramente prolatada, originado do contraponto do caso concreto e da solução jurídica versada nos autos, extraída da conjugação dos elementos decisórios essenciais (relatório - fatos, fundamentação – *ratio decidendi* e dispositivo - conclusão).

Assim, embora comumente se faça referência à eficácia obrigatória ou persuasiva do precedente, deve-se entender que o que pode ter caráter obrigatório ou persuasivo é a sua *ratio decidendi*.

Desta forma, a *ratio decidendi* deve ser buscada a partir da identificação dos fatos relevantes em que se assenta a causa e dos motivos jurídicos determinantes e que conduzem à

²² TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*, 10. ed., São Paulo: RT, 2014, p. 12.

conclusão. A consideração de um ou outro isoladamente não é a opção mais apropriada, há necessidade de ampla análise de tais elementos conjugados.

2.2. EFICÁCIA DOS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO

Em continuidade, importa ressaltar, quanto aos efeitos, a distinção que a doutrina²³ faz entre os precedentes com eficácia vinculante (*binding precedents*) e aqueles de mera eficácia persuasiva (*persuasive precedents*).

Enquanto os primeiros (precedentes vinculantes) são julgamentos que já nascem precedentes, os demais (os precedentes persuasivos) se tornam precedentes a partir do momento em que são utilizados para fundamentar outros julgamentos.

A condição de persuasivos é a eficácia mínima de qualquer precedente, sendo utilizado como mecanismo de convencimento e persuasão do julgador no sentido de reformar sua decisão e adotar aquele outro entendimento. Como bem destacado, tais precedentes possuem adesão facultativa, a menos que venham futuramente a ser adotados como *ratio decidendi* em precedente de eficácia vinculante.

O sistema do *common law*, nascedouro da complexa doutrina dos precedentes vinculantes (*stare decisis*), se funda em exaustiva fundamentação dos casos postos perante o judiciário a fim de extrair a *holding* aplicável a inúmeros casos análogos, impingindo verdadeira necessidade de congruência à cadeia de julgamentos anteriores.

Os ensinamentos de Dworkin seguem a trilha teórica do *common law* norte-americano, existindo, para o autor, verdadeira integridade a ser preservada no sistema jurídico, exigindo exaustiva necessidade de fundamentação judicial tanto para aplicar, afastar ou superar um precedente dotado de carga vinculante.

Ressalte-se, no *common law* o precedente não nasce vinculativo, só se torna precedente com eficácia vinculante no momento em que passa a concretamente servir como fundamento de decisão de outros julgamentos, é justamente a extração da *holding* oriunda da fundamentação que alberga caráter vinculante a tal preceito jurídico.

No sistema adotado pelo NCPC, sistema ainda eminentemente *civil law* (direito legislado, codificado), foi adotada outra técnica na formação dos precedentes, já que a novel legislação prevê de forma expressa e específica quais são os julgamentos que serão considerados precedentes. Trata-se do chamado “precedente doloso”, em interessante

²³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*, 8. ed., Salvador: Juspodivm, 2016, p. 2352.

nomenclatura dada por Alexandre Freitas Câmara²⁴, ou seja, um julgamento já predestinado a ser precedente.

Porém, tendo o precedente destino certo de se tornar vinculante nas hipóteses expostas pela legislação, como bem alerta Daniel Amorim²⁵:

O absurdo volume de trabalho, aliado à constante falta de estrutura adequada, vem fazendo com que os juízes se valham dos entendimentos consagrados nos tribunais superiores de forma mecânica, sem qualquer preocupação na identificação do caso concreto como sujeitável a tais entendimentos, e muito menos na imprescindível correlação entre o caso concreto e o entendimento consolidado pelos tribunais superiores utilizado para resolvê-lo. E com a ampliação da eficácia vinculante teme-se, com razão, que os julgadores não compreendam que a aplicação de um precedente é um ato hermenêutico e não meramente mecânico.

Eis a grande dificuldade com a adoção do atual sistema, o cuidado com a fundamentação na utilização ou rejeição de aplicação dos precedentes e dos enunciados de súmula. Não é suficiente a mera existência de hipóteses legais de precedentes vinculantes para que um sistema baseado (ou ao menos fortemente influenciado) em precedentes funcione no direito brasileiro. Será necessária uma mudança cultural, sempre difícil, traumática e demorada, que levará os órgãos jurisdicionais a trabalharem de forma adequada com a identificação e aplicação da *ratio decidendi* dos precedentes.

Quer dizer, não é o mero esforço analítico da legislação que permitirá uma correta aplicação do sistema de precedentes, é necessária a própria análise detida de cada caso concreto e das próprias razões de decidir dos julgadores (*ratio decidendi*) para se alcançar um entendimento coerente, integrativo e que permite a estabilidade das relações *sub judice*, nos moldes promovidos pelo NCPC e da própria teoria de Dworkin.

A fundamentação aqui não se trata de mera “perfumaria”, é verdadeira condição de possibilidade (parafraseando Streck²⁶) para se alcançar êxito com a extração da *ratio decidendi* que será devida para cada caso concreto. São nesses moldes que Dworkin apregoa a tese da “única resposta correta”, justamente aquela que se extrai de cada caso detido, suas peculiaridades e sua congruência com casos análogos, sempre somados ao exaustivo esforço argumentativo e motivacional.

²⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, São Paulo: Atlas, 2015, p. 437.

²⁵ NEVES, *op. cit.*, p. 2356.

²⁶ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?*, 4. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 27.

2.3. REGIME DE APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES – ANÁLISE DOS PRINCIPAIS INSTITUTOS

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

Acaso não encontre similitude com casos anteriores ou com o precedente proposto pelas partes ou tribunais, fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*). Quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente, dever-se-á alegar a distinção do caso proposto.

Nas palavras de Daniel Amorim Assumpção²⁷:

Trata-se de hipótese de não aplicação do precedente no caso concreto sem, entretanto, sua revogação. Dessa forma, é excluída a aplicação do precedente judicial apenas para o caso concreto em razão de determinadas particularidades fáticas e/ou jurídicas, mantendo-se o precedente válido e com eficácia vinculante para outros processos.

O *distinguishing*, nos moldes expostos, é previsto expressamente no VI, §1º, do art. 489 do NCPC, sendo um esforço argumentativo a mais para que o julgador deixe de seguir “enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte”.

Prosseguindo com o tema, tão importante quanto a técnica de distinção dos precedentes são as técnicas de superação destes. São basicamente duas: o *overruling* e o *overriding*.

Overruling é a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente. O próprio tribunal, que firmou o precedente pode abandoná-lo em julgamento futuro, caracterizando o *overruling*.

²⁷NEVES, *op. cit.*, p. 2358.

No ordenamento processual, a previsão da técnica de superação, por excelência, que deve ser aplicável à alteração de qualquer precedente, jurisprudência (dominante) e enunciado de súmula, consta no art. 927, §§ 2º a 4º, do CPC/15.

O art. 927, §4º, CPC/15, prevê que o *overruling* (ou modificação) do enunciado de súmula, da jurisprudência "pacificada" (que é a dominante) e do precedente oriundo do julgamento de casos repetitivos deve decorrer de decisão devidamente fundamentada. Na verdade, o *overruling* de qualquer precedente vinculante deverá advir de decisão devidamente fundamentada. É necessário que essa fundamentação seja “adequada e específica”.

Exatamente por isso, a decisão que implicar *overruling* exige como pressuposto uma carga de motivação maior, que traga argumentos até então não suscitados e a justificação complementar da necessidade de superação do precedente. A manutenção dos precedentes vigentes, de forma a gerar previsibilidade e garantir a isonomia na aplicação do direito, exige um maior esforço argumentativo tanto à parte que litiga em face de precedente em sentido contrário, como ao órgão julgador que atue nessa revogação.

O *overriding*, por sua vez, ocorre quando o tribunal apenas limita o âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal. No *overriding*, portanto, não há superação total do precedente, mas apenas uma superação parcial.

Para que se compreenda o instituto, é preciso perceber que o entendimento novo não tem por objeto a exata questão de direito de que trata o posicionamento núcleo do precedente judicial, mas nela influencia, pois reduz as hipóteses fáticas de sua incidência. No *overruling*, por outro lado, a alteração é da própria *ratio decidendi*, que é superada, construindo-se uma nova norma jurisprudencial para substituí-la. O *overriding* não implica a substituição da norma contida no precedente, entretanto, um novo posicionamento restringe sua incidência.

2.4. PRECEDENTES VINCULANTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO

No que tange aos precedentes vinculantes previsto no NCPC, especificamente no art. 927, consta um rol meramente exemplificativo²⁸ de hipóteses em que haverá a obrigação dos juízes observarem tais previsões em seus julgados. É dizer, a *ratio decidendi* contida na fundamentação exposta nas previsões do citado dispositivo terão eficácia vinculante em

²⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria, *op. cit.*, p.461.

relação aos demais órgãos judicantes e, nestes casos, serão de observância obrigatória pelos julgadores.

Exatamente por isso, por ser obrigatória sua observância, os juízes e tribunais, independentemente de provocação, deverão conhecê-los de ofício, sob pena de omissão e denegação de justiça. Passemos a analisar uma a uma as previsões do dispositivo em comento.

O art. 927, do NCPC, prevê que os juízes e os tribunais observarão as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; os enunciados de súmula vinculante; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Segundo o art. 927, I, do CPC/15, os juízes e tribunais observarão as decisões e os precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade. Sendo que, a previsão não se trata de grande novidade, de há muito a própria Constituição Federal já previa a eficácia *erga omnes* do controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, §2º, da CF e art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/1999).

Neste sentido, conforme dicção constitucional, as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Segundo o Enunciado nº 168 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, “os fundamentos determinantes do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF caracterizam a *ratio decidendi* do precedente e possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais”. Trata-se aqui do chamado efeito transcendente dos motivos determinantes da decisão, que teria sido expressamente adotado pela previsão do art. 927, I, do NCPC.

Não se trata apenas de julgar esta ou aquela norma inconstitucional, é justamente seguir toda a trilha argumentativa traçada para se chegar à conclusão devida. Mais do que mero “saber que foi assim” é mais importante “saber o porquê foi assim”. São os motivos determinantes da decisão (*ratio decidendi*) que permitirão a vinculação para futuros

julgamentos, inclusive no âmbito do próprio STF, mantendo-se a coerência dos entendimentos como um todo.

A previsão do inciso II do art. 927 do NCPC, ao estabelecer a inclusão das súmulas vinculantes no citado rol, se justifica apenas se levarmos em conta o objetivo do dispositivo legal de elencar todas as hipóteses em que há eficácia vinculante em nosso sistema jurídico. Afinal, se a súmula é vinculante, é dizer o óbvio que tem eficácia vinculante.

Na realidade a eficácia vinculante na hipótese ora analisada é até mesmo mais ampla do que aquela prevista no art. 927 do NCPC, já que enquanto em seu *caput* há previsão de que os juízes e tribunais observarão o enunciado das súmulas vinculantes, o texto constitucional prevê, em seu art. 103-A, § 3º, da CF, que do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. Ou seja, a eficácia vinculante extrapola a atuação do Poder Judiciário, vinculando também a Administração Pública.

Ato contínuo, segundo o inciso IV do art. 927 do NCPC, os juízes e tribunais observarão os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, e do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional.

A norma praticamente outorga a todas as súmulas dos tribunais superiores eficácia vinculante, sejam elas súmulas vinculantes ou não, à exceção daquelas editadas pelo Supremo Tribunal Federal que disserem respeito a normas infraconstitucionais, circunstância até certo ponto comum na seara processual. Na realidade, elas nem deveriam existir, quanto menos ter eficácia vinculante.

Apontamento interessante é levantado por Daniel Amorim²⁹, visto que é depreendido da previsão em tela que, a partir do momento em que o Superior Tribunal de Justiça sumule a matéria de ordem infraconstitucional, o Supremo Tribunal Federal estaria vinculado ao entendimento consagrado na súmula da lavra do STJ. Hipótese que ainda deve ser analisada pelo Supremo.

Por fim, o inciso V do art. 927 do CPC/15 dá eficácia vinculante à orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados os juízes e os tribunais. Entende a doutrina³⁰ que o termo “orientação” só pode ser interpretado como decisão, porque o órgão

²⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1495.

³⁰ NEVES, *op. cit.*, p. 1496.

jurisdicional não tem natureza consultiva. Portanto, passam a ter eficácia vinculante as decisões colegiadas proferidas no Tribunal Pleno no Supremo Tribunal Federal e na Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça.

Com relação ao Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, é justificável a vinculação considerando-se tratar de órgão que reúne a totalidade dos Ministros julgadores. Daniel Amorim³¹ critica a previsão, afirmando que:

o mesmo não se pode dizer da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, posto que não reúne esta totalidade em sua composição, mas como outras espécies de decisão de tal órgão têm eficácia vinculante, a generalização criada pelo dispositivo ora mencionado não parece ser inapropriada.

2.5. O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS E A RELAÇÃO COM O DIREITO FUNDAMENTAL A RESPOSTAS MOTIVADAS

Outra não pode ser a conclusão, a fim de manter a coerência e correta aplicação das decisões, velando pela integridade do ordenamento jurídico, os julgadores devem observar as previsões narradas e sedimentar uma jurisprudência estável e compreensiva, não podendo mais tolerar-se posicionamentos arbitrários e voluntaristas.

Há não muito tempo, atrocidades como a do “decido conforme, exclusivamente, a minha própria consciência” eram uma constante no bojo das decisões judiciais, até mesmo no seio da jurisprudência firmada pelos Tribunais Superiores. Vejamos o trecho de um famoso julgado da lavra do Superior Tribunal de Justiça abaixo transcrito.

(...) Não me importa como pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. (...) Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autoridade intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, por que pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém.³²

³¹ NEVES, *op. cit.*, p. 1497.

³² Voto do Ministro Humberto Gomes de Barros no AgReg em Resp nº 279.889/AL, julg. em 03/04/2001, DJ 11/06/2001, STJ.

Pronunciamentos assim devem ser tratados como são, verdadeiros atentados à integridade da jurisprudência nacional, os quais não podem mais ser tolerados pela nova política inserida pelo sistema de precedentes. Afinal, o juiz não é, de forma alguma, “livre para decidir conforme a sua consciência”. O julgador deve sim respeito à doutrina e à jurisprudência construída com respeito à *ratio decidendi* extraída da exaustiva fundamentação de cada julgado, mantendo a coerência exigida pela teoria dworkiniana.

Mais do que isso, o sistema de precedentes propõe uma nova política de cumprimento dos princípios da segurança jurídica e da motivação das decisões judiciais, resguardando um verdadeiro direito fundamental a decisões judiciais devidamente motivadas.

Nas palavras do professor Lenio Streck³³:

A disposição constitucional que determina a obrigatoriedade da fundamentação das decisões traz ínsita a tese de que a sentença judicial é um processo de reconstrução do direito, questão que está relacionada, por exemplo, com a institucionalização das súmulas vinculantes. Há sempre uma pré-compreensão que conforma a visão do intérprete. Por isso, deve-se perscrutar o modo pelo qual um caso similar vinha sendo decidido até então, confrontando, necessariamente, a jurisprudência com as práticas sociais que, em cada quadra do tempo, surgem estabelecendo novos sentidos às coisas e que provocam um choque de paradigmas, o que sobremodo valoriza o papel da doutrina jurídica e a interdisciplinaridade do direito. Daí a percuciente lição de Hans-Georg Gadamer (*Wahrheit und Methode, op. cit.*), segundo a qual a compreensão alcança suas verdadeiras possibilidades quando as opiniões prévias com as que se iniciam não são arbitrárias.

A fundamentação é, em síntese, a justificativa pela qual se decidiu desta ou daquela maneira. É, pois, condição de possibilidade de um elemento fundamental do Estado Democrático de Direito: a legitimidade da decisão. É onde se encontram os dois princípios centrais que conformam uma decisão: a integridade e a coerência, que se materializam a partir da tradição filtrada pela reconstrução linguística da cadeia normativa que envolve a querela *sub judice*.

A obrigatoriedade da fundamentação é, assim, corolário do Estado Democrático de Direito. Mais do que uma obrigação do magistrado ou do Tribunal, trata-se de um direito fundamental do cidadão, de onde se pode afirmar que, em determinadas circunstâncias e em certos casos, uma decisão, antes de ser atacada por embargos declaratórios, é nula por violação do inciso IX do art. 93.

Sendo assim, a regra segundo a qual toda decisão judicial deve ser fundamentada, sob pena de nulidade (art. 93, IX, CF), precisa ser redimensionada na mesma proporção em que precisamos redimensionar a importância da motivação de uma decisão. Considerando que a eficácia normativa do precedente judicial é hoje um dado de nosso sistema jurídico, bem

³³ CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2812.

como que, em um sistema de precedentes, a motivação é a “pedra de toque”, núcleo do sistema (até porque é nela que está o precedente), é imprescindível exigir maior qualidade na fundamentação dos atos decisórios.

Não há mais como reputar suficiente a fundamentação de um ato decisório que se limita a repetir os termos postos na lei ou de ementas e excertos jurisprudenciais ou doutrinários. É preciso (verdadeira exigência) que a decisão judicial identifique exatamente as questões de fato que se reputaram como essenciais ao deslinde da causa e delineie, também de forma explícita, a tese jurídica adotada para a sua análise e para se chegar à conclusão exposta na parte dispositiva.

É também preciso que, ao aplicar ou deixar de aplicar um precedente, o órgão jurisdicional avalie, de modo explícito, a pertinência da sua aplicação, ou não, ao caso concreto, contrapondo as circunstâncias de fato envolvidas aqui e ali e verifique se a tese jurídica adotada outrora é adequada, ou não, para o caso em julgamento.

Tudo isso compõe expressamente o dever judicial de fundamentação na forma dos arts. 11, 489, §1º, e 927, §1º, todos do CPC/15. Mais do que nunca, é necessário valorizar a função extraprocessual da fundamentação, percebendo que ela não serve apenas à justificação, para as partes envolvidas naquele processo específico, da solução alcançada pelo órgão jurisdicional.

Num sistema em que se valorizam os precedentes judiciais, a fundamentação serve também como modelo de conduta para aqueles indivíduos que não participam, nem nunca participaram, daquele processo específico, haja vista que o precedente poderá ser por ele invocado (ou invocado em seu desfavor) para justificar e legitimar sua conduta presente (ou questioná-la).

Assim, a regra segundo a qual as decisões judiciais devem ser fundamentadas há de ser vista de modo mais contundente, entendendo-se como adequado não qualquer fundamento exposto pelo órgão jurisdicional, mas sim aquilo que se reputa como fundamento útil para a solução do caso e para a perfeita identificação do precedente.

E mais, o cumprimento da cláusula de fundamentação das decisões judiciais alinha-se à preservação da própria segurança jurídica, impondo não apenas o dever de respeito aos precedentes judiciais, bem como aos diversos efeitos que lhes são atribuídos pelo ordenamento, como também o dever de o tribunal uniformizar a jurisprudência, evitando propagações jurídicas díspares acerca de situações de fato semelhantes.

O respeito aos precedentes garante ao jurisdicionado a segurança de que a conduta por ele adotada, com base na jurisprudência já consolidada, não será juridicamente qualificada de modo distinto do que se vem fazendo. A uniformidade da jurisprudência garante ao jurisdicionado um modelo seguro de conduta presente, na medida em que resolve as divergências existentes acerca da tese jurídica aplicável a situações de fato semelhantes.

Esta é a verdadeira garantia de cumprimento do dever de fundamentação e estabilidade das relações sociais postas à apreciação do Poder Judiciário brasileiro, proposição que em muito ganha seus contornos graças à tese da integridade dworkiniana, em execução ao dever fundamental de exaustiva motivação das decisões emanadas dos órgãos judicantes (art. 93, IX, CF/88).

3. A PRESENÇA DAS TEORIAS DA DECISÃO DE DWORKIN E ALEXY NO NOVO CPC: ANÁLISE DO ART. 489 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O novo CPC é marcado pela confluência e, por vezes, mixagens teóricas entre as teses de Dworkin e Alexy que, como demonstrado acima, distanciam-se no que tange aos aspectos fundamentais de controle das decisões judiciais. De fato, são suas vertentes teóricas inconciliáveis. Uma marcada pela discricionariedade do julgador (teoria da argumentação de Alexy) e outra identificada pelo controle do arbítrio do julgador em respeito à coerência devida ao próprio sistema (teoria da integridade de Dworkin).

Ainda que diametralmente opostas, a novel legislação processual propõe verdadeira fusão das teses dos conceituados autores em um único dispositivo, referimo-nos ao artigo 489, e seus parágrafos, do NCPC. Vejamos sua transcrição *ipse litteris*.

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I – o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

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

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

Este dispositivo é um verdadeiro avanço no que tange ao controle da discricionariedade do julgador, ao menos em seu parágrafo primeiro, inserindo verdadeiro

roteiro para a fundamentação das decisões judiciais, em respeito ao preceito fundamental disposto no art. 93, IX, da CF/88, com redação reproduzida no art. 11 do NCPC.

O primeiro parágrafo do dispositivo processual transcrito acima é um verdadeiro legado dworkiniano. Visa, justamente, a contenção do voluntarismo judicial, afirmando a inaceitabilidade de deficiências das decisões judiciais no quesito fundamentação. Antes de analisarmos cada previsão do citado dispositivo, ressaltemos sua conjugação com o art. 926 da mesma codificação.

3.1. A ESTABILIDADE, INTEGRIDADE E COERÊNCIA DWORKINIANAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO

Neste sentido, o parágrafo em comento nada mais faz do que dar aplicabilidade ao próprio art. 926 do NCPC, o qual ressalta muito bem a teoria da integridade de Dworkin, prevendo que os tribunais têm o dever de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Eis, então, a necessidade de leitura conjunta dos referidos dispositivos.

Muito embora se trate de previsão aplicada ao âmbito dos tribunais, afinal são estes os órgãos de superposição onde os julgados serão observados pelos juízos monocráticos, suas premissas teóricas são extensíveis a qualquer decisão judicial prolatada nos moldes pensados por Ronald Dworkin.

A estabilidade proposta impossibilita que os tribunais simplesmente abandonem ou modifiquem sem qualquer justificativa plausível (por vezes até mesmo sem qualquer justificativa) seus entendimentos consolidados. Não podem os juízes, sob pena de violarem o princípio da isonomia jurídica e, principalmente, da segurança jurídica, simplesmente deixarem de aplicar um entendimento consolidado sem justificativa contundente, palatável e devidamente fundamentada.

Como bem afirma Daniel Amorim Assumpção³⁴:

Entendo que essa estabilidade funciona como uma regra do autorrespeito (mais comumente chamada de autorreferência), ou seja, o próprio tribunal é obrigado a respeitar a jurisprudência por ele mesmo criada (Enunciado 453 do FPPC: “*A estabilidade a que se refere o caput do art. 926 consiste no dever de os tribunais observarem os próprios precedentes.*”). E esse respeito naturalmente independe do órgão jurisdicional interno, porque uma vez uniformizada a jurisprudência, todos os órgãos internos lhe deverão respeito, inclusive os fracionários (Enunciado 316 do FPPC: “*A estabilidade da*

³⁴ NEVES, *op. cit.*, p.1.487

jurisprudência do tribunal depende também da observância de seus próprios precedentes, inclusive por seus órgãos fracionários.”).

A exigência de que os tribunais mantenham sua jurisprudência uniformizada estável, entretanto, não cria uma vedação completa para a sua modificação, o que traria indesejável engessamento do próprio sistema de precedentes. Estável é a jurisprudência que não se altera frequentemente. No entanto, acaso seja necessário ao tribunal modificá-la, tem o dever de fundamentar a modificação de forma específica e adequada, nos termos do art. 927, § 4º do Novo CPC, justificando-se porque não aplicará no caso concreto a jurisprudência consolidada.

Fala-se, então, da expressa possibilidade de aplicação das técnicas de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*) dos precedentes judiciais, nos moldes outrora narrados. Aqui aplicada exaustiva fundamentação e embasamento para utilização contundente dos institutos em tela, importados diretamente do *common law* norte-americano e incorporados no NCPC.

Por sua vez, jurisprudência íntegra é aquela construída levando-se em consideração o histórico de decisões proferidas pelo tribunal a respeito da mesma matéria jurídica, ou seja, para se formar uma jurisprudência íntegra devem ser considerados todos os fundamentos rejeitados e acolhidos nos julgamentos que versam sobre a mesma matéria jurídica.

Perceptível aqui a metáfora de Dworkin a respeito da criação do Direito como um romance em cadeia (*chain novel*) no qual cada autor escreve um capítulo. Nesse caso, a partir do segundo capítulo, o seu autor terá necessariamente que considerar o anterior para que o romance tenha sentido. Da mesma forma, devem se portar os magistrados nos tribunais, pois devem estes sempre levarem em conta o histórico institucional a respeito da interpretação e aplicação da norma a situações fático-jurídicas análogas.

Neste ínterim, os órgãos devem considerar sempre os julgamentos anteriores sobre a mesma matéria jurídica, salvo, naturalmente, o órgão que a enfrenta de forma originária, quando então terá que firmar o entendimento proposto para o caso em apreço. Nunca, porém, partindo de “um grau zero” de compreensão, mas sempre buscando auxílio de raciocínios similares em respeito à cadeia de precedentes anteriormente formada.

A coerência exigida pelo art. 926, *caput*, do novo CPC é da própria essência da ideia de uniformização de jurisprudência, porque assegura uma aplicação isonômica do entendimento consolidado em casos semelhantes, ou seja, que versem sobre a mesma questão jurídica.

Dispara Assumpção³⁵:

O dispositivo em comento cria um dever ao tribunal de decidir casos análogos com a mesma interpretação da questão jurídica comum a todos eles (Enunciado 454 do FPPC: “*Uma das dimensões da coerência a que se refere o caput do art. 926 consiste em os tribunais não ignorarem seus próprios precedentes (dever de autorreferência).*”; Enunciado 455 do FPPC: “*Uma das dimensões do dever de coerência significa o dever de não contradição, ou seja, o dever de os tribunais não decidirem casos análogos contrariamente às decisões anteriores, salvo distinção ou superação.*”). Não há dúvida de que casos análogos devem ter uma mesma interpretação e aplicação do Direito, sendo a coerência exigência pelo dispositivo ora analisado a forma de se garantir tal tratamento isonômico.

Uma jurisprudência coerente impede que os sujeitos envolvidos em situações análogas sejam tratados de forma diferente, o que preserva o princípio da isonomia substancial, impedindo decisões construídas de forma arbitrária pelo juiz, formadas a partir de seus entendimentos e valores pessoais (“cada cabeça uma sentença”), rejeitando o voluntarismo judicial, que na verdade esconde mero “álibi” argumentativo.

Prosegue o autor paulista afirmando³⁶:

(...) O art. 926 trata-se de importante dispositivo legal que corrobora a maior aposta do Novo Código de Processo na criação de um ambiente decisório mais isonômico e previsível, exigindo que os tribunais deem o exemplo. Como se exigir o respeito no aspecto vertical (para órgãos hierarquicamente inferiores) se inexistente respeito no aspecto horizontal (do próprio tribunal)? Afinal, quem não respeita não pode cobrar respeito.

Nesta senda, como bem pontua o mesmo autor³⁷, em termos de brincadeira, ainda que o tema seja bastante sério, a estabilidade, integridade e coerência são, justamente, no sentido de acabar com o tribunal gerúndio, que nunca decide ou entende, mas que está sempre decidindo ou entendendo, podendo mudar o seu entendimento a qualquer momento. Ou ainda o tribunal “*Band News*”, já que em 20 minutos tudo pode mudar. É a chamada jurisprudência *banana boat*, expressão que dispensa comentários.

É por isso que, no plano interno da decisão (quando da aplicação do direito ao caso concreto), o julgador (seja monocrático ou integrante de um órgão colegiado) deve se guiar nos pressupostos do §1º, art. 489, do NCPC, a fim de garantir a estabilidade, integridade e coerência à jurisprudência em âmbito nacional, afastando a “loteria” da qual virou símbolo o Poder Judiciário brasileiro.

³⁵ NEVES, *op. cit.*, p. 1490.

³⁶ NEVES, *op. cit.*, p.1487.

³⁷ NEVES, *op. cit.*, p.1487.

Como afirma o professor Streck³⁸, ao comentar o §1º, art. 489, do NCPC:

Trata-se este dispositivo de importante inovação do Código. O histórico de decisões mal fundamentadas, o número excessivo de embargos de declaração e uma certa permissividade do Tribunais Superiores na exigência de fundamentação fizeram com que o legislador optasse por fazer um controle mais rigoroso das decisões e seu componente principal: a fundamentação”.

E continua falando³⁹:

Uma decisão – que, como referi no comentário ao *caput*, é um ato de responsabilidade política – não pode ser um produto estandardizado. Aqui fica nítida a opção hermenêutica do legislador, na medida em que impede que verbetes, enunciados ou condensações estandardizadas produzidas por compêndios ou resumos de baixa intensidade teórica possam vir a ser citadas sem o necessário contexto (DNA da decisão). Assim, por exemplo, dizer que “em nome do princípio (*sic*) da imediatidade, colho a prova imediatamente” e com isso o juiz atropelar o procedimento, sem explicitar as circunstâncias fáticas do caso que exigem tal providência, é o mesmo que nada dizer. É como falar da “verdade real” para justificar um ato de ofício, sem que o delineamento da situação concreta dê algum respaldo para a decisão. No fundo, o CPC proíbe decisões em contexto, ou, na linguagem hermenêutica, veda “conceitos sem coisas”.

Como bem assevera Fredie Didier Jr.⁴⁰:

as hipóteses descritas nos incisos do art. 489, § 1º, do CPC são meramente exemplificativas, na medida em que elas visam a concretizar um direito fundamental – o direito à motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF). O rol não poderia, por isso, ser considerado taxativo. Isso significa que há outras situações em que a decisão, a despeito de conter motivação, considera-se não fundamentada.

Desta feita, perfeito o entendimento de um rol *numerus apertus* (meramente exemplificativo), haja vista que o que está em discussão o cumprimento de um direito fundamental do cidadão.

3.2. HIPÓTESES DE DECISÕES JUDICIAIS PENDENTES DA DEVIDA FUNDAMENTAÇÃO: §1º DO ART. 489 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO

³⁸ STRECK, Lenio Luiz; CUNHA, Leonardo Carneiro da; NUNES, Dierle. *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 684.

³⁹ STRECK, Lenio Luiz; CUNHA, Leonardo Carneiro da; NUNES, Dierle, *op. cit.*, p. 684.

⁴⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria, *op. cit.*, p. 327.

Feita tal observação, passemos a analisar uma a uma as previsões existentes no §1º, do art. 489, do NCPC, verdadeiras limitações ao talante discricionário do julgador, nos moldes teorizados por Dworkin.

Segundo o inciso I do §1º do art. 489 do NCPC, não pode o juiz em sua fundamentação se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida. Cabe ao juiz, portanto, expor, em seu pronunciamento decisório, a interpretação que fez da norma jurídica aplicável ao caso concreto e sua correlação entre ela e os fatos em questão.

Conforme Alerta Didier Jr.⁴¹:

O que não pode é o magistrado simplesmente repetir o texto normativo, ou parafraseá-lo, deixando aos destinatários do ato decisório a tarefa de intuir o raciocínio de subsunção que ele, juiz, fizera. Não podemos mais tolerar as simulações de fundamentação nas quais o juiz repete o texto normativo ou a ementa do julgado que lhe pareceu adequado ou preferível, sem justificar a escolha. Tal decisão se considera não fundamentada, ainda que contenha alguma fundamentação.

Exemplo de decisão não fundamentada: Nos termos do art. 186 do Código Civil, 'aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito'. Por sua vez, o art. 927 do Código Civil diz que 'Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo'. Sendo assim, presentes o ato ilícito, a culpa, o dano e o nexos de causalidade, defiro o pedido e condeno o réu a pagar X.

Também não será fundamentada a decisão que empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso (art. 489, §1º, II, do NCPC). O dispositivo legal será também aplicável em decisões fundadas em cláusulas gerais.

Os conceitos jurídicos indeterminados são termos abrangentes da legislação, sem conceito preciso e que demandam um esforço hermenêutico e argumentativo maior do julgador quando de sua aplicação.

Os textos legais estão repletos desses conceitos vagos: "tempo razoável" (art. 6º, NCPC), "bem comum" (art. 8º, NCPC), "excessivamente onerosa" e "extrema vantagem" (art. 478, Código Civil), "proceder de modo temerário" (art. 8º, V, NCPC), "interesse público" (art. 178, I, e art. 947, § 2º, ambos do NCPC), "preço vil" (art. 891, NCPC), "grande repercussão social" (art. 947, NCPC), "repercussão geral" (art. 102, § 3º, CF/88), dentre outros exemplos.

⁴¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria, *op. cit.*, p.328.

Aqui é importante distinguir dois tipos de normas, as de caráter “aberto” das de conteúdo “fechado”, bem faz tal distinção Assumpção Neves⁴² ao lecionar:

A norma costuma ser composta de duas partes: a situação fática e o efeito jurídico. Normas fechadas são aquelas em que essas duas partes já são definidas pelo legislador, cabendo ao juiz apenas identificar a situação fática descrita na norma e aplicar seus efeitos jurídicos ao caso concreto. Um exemplo, dentre milhares: o art. 1.007, §3º, do Novo CPC, prevê ser dispensado o recolhimento do porte de remessa e retorno (efeito jurídico), se o processo estiver materializado em autos eletrônicos (situação fática). Não é desse tipo de norma que cuida o art. 489, §1º, II, do Novo CPC.

Quando o legislador fixa no conteúdo da norma a situação fática, mas deixa a consequência jurídica em aberto, para ser definida pelo juiz no caso concreto, tem-se o conceito jurídico indeterminado. São exemplos: o preço vil da arrematação, o caráter manifestamente protelatório na interposição de recursos, o perigo de dano exigido para concessão de tutela de urgência, a repercussão geral para admissão do recurso extraordinário, a grande repercussão social para a admissão do incidente de assunção de competência, a relevância da matéria para admissão do *amicus curiae* no processo etc.

As cláusulas gerais, por sua vez, são uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. Ela se caracteriza por apresentar um grau de indeterminação maior que o texto normativo que contém apenas conceitos indeterminados. Isso porque ela, além dos conceitos vagos que compõem a sua hipótese fática de aplicação, é indeterminada também quanto à consequência jurídica, ao efeito jurídico próprio de sua incidência.

Em conceituação similar e trazendo a distinção entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, Amorim Assumpção⁴³ afirma:

Nas cláusulas gerais, o legislador prevê uma situação fática vaga e um efeito jurídico indeterminado, de forma que, nesse caso, o grau de indefinição é ainda maior do que no conceito jurídico indeterminado, porque nesse caso, além de ser vaga sua hipótese de incidência, é indeterminado seu efeito jurídico. São exemplos: o poder geral de cautela, a boa-fé objetiva, o devido processo legal, a função social etc.

O legislador, ao criar conceitos jurídicos indeterminados, que são conceitos vagos, de definição imprecisa, praticamente delega ao juiz no caso concreto seu preenchimento, sendo tal fenômeno ainda mais robusto nas cláusulas gerais. Trata-se de considerável poder colocado nas mãos do juiz pelo legislador, e como é sabido, com todo grande poder vem uma grande responsabilidade. Diante da fluidez semântica do conceito jurídico indeterminado e das cláusulas gerais, caberá, ao juiz, a exposição dos motivos concretos de sua incidência no caso concreto.

⁴² NEVES, *op. cit.*, p. 809.

⁴³ NEVES, *op. cit.*, p. 809.

Sendo assim, a existência de enunciado que contenham conceitos indeterminados ou que constituam cláusulas gerais exige redobrada atenção do julgador no momento de motivar a sua decisão. Não basta que transcreva o enunciado, afirmando que ele se aplica ao caso concreto. Espera-se que o juiz enfrente a abertura do texto, determinando o seu conteúdo no caso concreto.

Nesta senda, Fredie Didier⁴⁴ traz interessante exemplo de sentença pendente da devida fundamentação por incorrer na falha descrita no inciso em comento. Vejamos.

Considerando que o réu, ao exercer o seu direito potestativo de resolução contratual, assim o fez excedendo manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (art. 187, Código Civil), entendo que houve abuso de direito da sua parte (...).

No inciso III, do § 1.º, do art. 489 do NCPC, há vedação à simples invocação de motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão, visando, justamente, evitar a utilização de fundamentação-padrão, que pode ser utilizada nas mais variadas situações.

Com tom bem humorado, mas extremamente realista, afirma a doutrina⁴⁵:

São pronunciamentos que na verdade mais parecem um trabalho acadêmico do que propriamente uma decisão judicial. As mais caprichadas chegam a ter várias laudas, com citações doutrinárias e jurisprudenciais, mas na realidade não passam de uma chapa pela qual qualquer pedido da natureza do elaborado pode ser decidido.

Essa forma de decidir não permite sequer que as partes tenham a segurança de que o juiz leu seu pedido formulado, porque ela simplesmente não responde a seus argumentos, tratando-se de mera fundamentação *pro forma* que não adentra no quanto discutido em Juízo pelas partes e demais sujeitos processuais.

Ainda piores, se isso é possível, são as decisões padrões que se limitam a acolher ou rejeitar o pedido com base no preenchimento ou não dos requisitos legais para sua concessão. Não pode o juiz, por exemplo, fazer uma decisão-padrão para indeferir a tutela de urgência com base no não preenchimento dos requisitos legais sem a demonstração de como isso se deu no caso concreto.

Fredie Didier nos traz, mais uma vez, um excelente comentário a este respeito. Vejamos.

⁴⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria, *op. cit.*, p. 332.

⁴⁵ NEVES, *op. cit.*, p.810.

Estamos todos acostumados, entretanto, neste nosso País, que não cobra responsabilidade de ninguém, a certos modos de dizer de magistrados levianos que fundamentam seus julgados com expressões criminosas, como estas: ‘atendendo a quanto nos autos está fartamente provado’, ‘considerando a robusta prova dos autos’, ‘atendendo ao que disseram as testemunhas’ e outras leviandades dessa natureza, que, se fôssemos apurar devidamente, seriam, antes de leviandades, demonstrações flagrantes de arbítrio e de desprezo à exigência constitucional de fundamentação dos julgados, uma bofetada na cara dos ‘cidadãos de faz-de-conta’ que somos quase todos nós.

A motivação tem conteúdo substancial, e não meramente formal. É bastante comum o operador do direito deparar-se, no seu dia-a-dia, com decisões do tipo ‘presentes os pressupostos legais, concedo a tutela provisória’, ou simplesmente ‘defiro o pedido do autor porque em conformidade com as provas produzidas nos autos’, ou ainda ‘indefiro o pedido, por falta de amparo legal’.

É disso que se trata o inciso III, do §1º do art. 489: da fundamentação genérica e tão desgarrada do caso concreto que se prestaria a justificar qualquer pronunciamento decisório. Este é um exemplo de fundamentação inútil.

Nas palavras de Calmon de Passos⁴⁶:

Em hipóteses como essa, sugiro que se consulte uma sibila, para desvendar o pensamento do magistrado. Decisão sem fundamento ou sem fundamento aceitável como tal, no mínimo que seja, é decisão nula que não obriga e deve ser reformada.

Ato contínuo, a hipótese prevista no inciso IV, §1º, do art. 489 do NCPC, nos permite concluir que sempre que o órgão jurisdicional deixar de enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador, acarretará nulidade do julgamento.

O dispositivo não é novidade no sistema processual, ou pelo menos não deveria ser. O CPC/73 já deveria nos trazer tal parâmetro em seu antigo art. 458, ao prever que juiz deveria enfrentar todas as questões de fato e de direito que lhe fossem postas no processo. No entanto, não era essa a posição abraçada pela jurisprudência pátria.

Em seu tranquilo posicionamento, o Superior Tribunal de Justiça assentou que o direito brasileiro adota a técnica da fundamentação suficiente⁴⁷, afirmando que não é obrigação do juiz enfrentar todas as alegações das partes, bastando ter um motivo suficiente para fundamentar a decisão.

⁴⁶ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários a o Código de Processo Civil*, v. 3, 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 40.

⁴⁷ (STJ, 2.a Turma, AgRg no AREsp 549.852/Rf, rei. Min. Humberto Martins, j. 07.10.2014, DJe 14.10.2014; STJ, 3.a Turma, AgRg nos EDcl no REsp 1.353.405/ SP, rei. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 02.04.2013, DJe 05.04.2013)

Pois bem. É possível, entretanto, retirar do dispositivo uma séria modificação da legislação, implicando possível alteração da jurisprudência do STJ: a mudança de um sistema de motivação de decisões judiciais da fundamentação suficiente para um sistema de fundamentação exauriente de todas as teses que venham a influir no convencimento judicial.

Nos termos do dispositivo, é possível concluir que não bastará ao juiz enfrentar apenas algumas causas de pedir e fundamentos de defesa, mas todos os argumentos que os embasam. O dispositivo legal, entretanto, deixou uma brecha ao juiz quando previu que a exigência de enfrentamento se limita aos argumentos em tese aptos a infirmar o convencimento judicial. Por óbvio, o pronunciamento judicial deve se ater apenas no que pertine ao deslinde do litígio, evitando esforços desnecessários com argumentos irrelevantes.

Em continuidade, no inciso V do art. 489, §1º, do NCPC, há exigência no sentido de o órgão jurisdicional, ao fundamentar sua decisão em precedente ou enunciado de súmula, identificar seus fundamentos determinantes e demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos. Nessa situação, não bastará ao órgão jurisdicional mencionar o precedente ou enunciado de súmula, devendo justificar sua aplicabilidade ao caso concreto, por meio de demonstração da correlação entre os fundamentos do entendimento consagrado e as circunstâncias do caso *sub judice*.

Exatamente como se exige do juiz a interpretação do texto legal e sua aplicabilidade ao caso concreto, na aplicação de precedentes e de súmulas cabe ao juiz interpretá-los e justificar a aplicação de suas *rationes decidendi* (fundamentos determinantes) ao caso concreto. Exige-se, portanto, uma comparação analítica entre os fundamentos determinantes da súmula ou precedente e o caso sob julgamento.

Como bem explica Barbosa Moreira⁴⁸:

(...) há juízes que se dão por satisfeitos com dizer que a jurisprudência se orienta neste ou naquele sentido. A menos com alguma norma legal a declare suficiente, com semelhante referência o juiz não se desincumbe do dever de motivar. É claro que ele deve levar em conta a jurisprudência, sem prejuízo da possibilidade, que em princípio tem, de discorrer a orientação predominante, mas em qualquer caso tem de expor as razões pelas quais adere ou não adere a ela. Pode fazê-lo sucintamente, quando segue jurisprudência consolidada; todavia, não há de esquecer que o que mais importa é o seu próprio convencimento.

⁴⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O que deve e o que não deve figurar na sentença*, in *Temas de Direito Processual – 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 121-122.

São comuns as decisões que invocam, na análise das questões jurídicas, precedentes judiciais, no muito transcrevendo-se apenas as respectivas ementas no corpo do julgado, sem que se faça uma contraposição entre o contexto em que o precedente surgiu e o caso concreto.

A simples referência a precedentes ou a enunciados de súmula, ou a mera transcrição do seu conteúdo ou da ementa do julgado, não é suficiente para que se diga justificada uma decisão. É verdadeira exigência da previsão em comento que, ao aplicar ou deixar de aplicar um precedente, o órgão jurisdicional avalie, de modo explícito, a pertinência da sua aplicação ao caso concreto, contrapondo as circunstâncias de fato envolvidas aqui e ali e verifique se a tese jurídica adotada anteriormente em outro julgado é adequada para o caso em julgamento.

Encerrando o rol talhado no §1º, do art. 489, do NCPC, no inciso VI há previsão de que não se considera fundamentada decisão que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou de superação do entendimento.

Aqui há nítida aplicação dos institutos do *distinguishing* e do *overruling* outrora trabalhados, demonstrando a importância da fundamentação exauriente para deixar de seguir orientação (*ratio decidendi*) firmada em precedente de caráter vinculante.

Diferente do que ocorre com o inciso antecedente, a previsão em tela não se aplica a súmulas e precedentes meramente persuasivos. Seguindo tal posicionamento, a dicção do enunciado nº 11 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) é a seguinte: “Os precedentes a que se referem os incisos V e VI do § 1º do art. 489 do CPC/2015 são apenas os mencionados no art. 927 e no inciso IV do art. 332”, porque nesse caso, o juiz pode simplesmente deixar de aplicá-los por discordar de seu conteúdo, não cabendo exigir-se qualquer distinção ou superação que justifique sua decisão. Nada mais óbvio, sendo meramente persuasivos estes precedentes, não têm eficácia vinculante.

E mais, nos termos do enunciado nº 306 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “O precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa”. Temos aqui nítida aplicação do instituto do *distinguishing* (distinção do precedente).

No entanto, raciocinemos, se o juiz considerar que o processo apresenta crise jurídica apta a ser resolvida pelo enunciado de súmula ou precedente com eficácia vinculante, e que não esteja superado o entendimento consagrado, e ainda assim decidir pela não aplicação por

não concordar com tal entendimento, outra não será a conclusão senão de que a decisão será nula por carência de fundamentação.

Nesse caso, estar-se-á diante de verdadeira ficção jurídica, porque, se o órgão justificar seu entendimento contrário àquele consagrado no tribunal, naturalmente estará fundamentando sua decisão, ainda que tal espécie de fundamentação não seja aceita pelo dispositivo, ora comentado. Trata-se de consequência da vinculação de súmulas e precedentes desrespeitados sem a devida fundamentação, nos termos do dispositivo ora analisado.

Tal eficácia vinculante, entretanto, poderá ser afastada no caso concreto, desde que o juiz a justifique na distinção do caso *sub judice* com aqueles que levaram o tribunal a editar súmula ou criar precedente (*distinguishing*), o que, naturalmente, só será visível se o juiz fizer a comparação analítica entre o caso concreto e a súmula ou precedente, justificando por que o caso concreto, em razão de determinada situação, não pode ser decidido por eles. Também se admitirá o afastamento da súmula ou precedente com efeito vinculante, se o entendimento neles consagrados estiver superado (*overruling*), o que também deve ser devidamente justificado pelo juiz em sua decisão.

Ressalte-se, os incisos V e VI do §1º do art. 489 do NCPC criam um dever do juiz. A identificação dos fundamentos determinantes e a demonstração da existência de distinção ou a superação do entendimento são encargos do juiz, de forma que mesmo que as partes não tenham se manifestado expressamente nesse sentido, continua a ser nula a decisão que deixa de fazê-lo.

Patente a contenção dworkiniana do arbítrio descontrolado do intérprete inserida no §1º do art. 489 do NCPC, inspirando, nas palavras de Streck⁴⁹, um verdadeiro *accountability* (dever de prestar contas) por parte dos julgadores. Definitivamente, a fundamentação aqui não é mero adereço estilístico, é verdadeira possibilidade de superação de decisões arbitrárias. Trata-se da garantia de que o cidadão terá sua demanda apreciada de forma justa e coerente com o sistema construído com respeito à Constituição e aos precedentes.

Na trilha seguida, no entendimento da melhor doutrina⁵⁰, agora o julgador terá que prestar contas ao jurisdicionado, devendo responder as seguintes perguntas ao prolatar suas decisões:

- i) está sendo respeitada a autonomia do direito? Ou esta decisão está comprometida com argumentos morais do julgador, políticos ou

⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p.657.

⁵⁰ STRECK, *op. cit.*, p. 619-620.

econômicos? *ii*) Esta decisão é discricionária? Para se chegar a ela, foi efetuada a reconstrução da história institucional da regra a ser aplicada? Se eu decidi conforme “minha concepção sobre o direito”, esta concepção é coerente com o que vem sendo decidido e o que consta na doutrina? *iii*) Esta decisão possui uma consistência articulada? Os argumentos estão integrados ao conjunto do direito? *iv*) Esta decisão está devidamente justificada/fundamentada? Todos os argumentos das partes foram enfrentados? *v*) e, por fim, esta decisão está respeitando o direito fundamental a ter a melhor resposta a partir do direito, sendo, portanto, uma resposta constitucionalmente adequada? Como dito alhures, os juízes não mais poderão se furtar a respondê-las.

Eis aqui a contribuição do dispositivo comentado, garantir que será seguido um roteiro de fundamentação prévio, inibindo as atrocidades que cotidianamente são expostas nos julgados de nossos pretórios. Decisões estas que, mais do que deficientes e passíveis de reparação via embargos declaratórios, são verdadeiramente nulas, nos termos preconizados por nossa Carta Magna (art. 93, IX).

3.3. A PONDERAÇÃO ALEXYANA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO

No entanto, não se contendo com a benesse promovida, o NCPC regrediu na tese proposta logo no parágrafo seguinte, adotando expressamente a técnica alexyana da ponderação de interesses, anunciado que, “no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e *os critérios gerais da ponderação efetuada*, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

Esse dispositivo é, sem dúvida, o mais polêmico do novel Código de Processo. Pontue-se, o direito se constitui em uma linguagem que adquire conotações próprias, especificidades que lhe identificam. Assim, se uma lei estabelece, por exemplo, que três pessoas disputarão uma cadeira no (para o) Senado Federal, nenhum jurista pensará que a disputa se travará o móvel de quatro pernas. Por isso, a expressão “normas” do parágrafo em comento não pode ser lida como lida como sinônimo de leis ou regras.

Dessa forma, parece evidente que a palavra “ponderação” também não pode ser entendida como simplesmente o julgador dizendo: “ponderando melhor, vou fazer tal coisa...”. Observa-se a abertura do arbítrio do julgador se for assim compreendido tal como um permissivo discricionário do intérprete.

Com efeito, a inserção deste parágrafo segundo põe a perder, em poucas linhas de texto, todo o legado dworkiniano construído de forma tão promissora. Quer dizer, a abertura encadeada pela ponderação de Alexy, como já bem exposto em linhas pregressas, nada mais fará do que alimentar a discricionariedade (e por que não falar em arbitrariedade?!) do julgador, desconfigurando toda a estabilidade, coerência e integridade anteriormente propaladas.

Alexy e sua ponderação invadiram o NCPC. Não poderia ser diferente. Afinal, os juristas estão tão acostumados a utilizar a ponderação sem qualquer apuração científica e mínimo respeito ao sistema de precedentes, que acabam fazendo da fundamentação mero “álibi” performativo.

É certo que o comentado §2º ainda tentou dar certa racionalidade à ponderação proposta, ordenando que o julgador enuncie “as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”. Ao que parece, o dispositivo tenta legitimar o procedimento ponderativo com uma carga de fundamentação, justificando as razões da tese firmada em consonância com os fatos em análise. Definitivamente, não é esta a forma correta. O julgador não decide e depois procura argumentos para legitimá-lo em sua escolha (verdadeira argumentação de “enfeite”), ele aplica o direito a partir da razão de decidir (*ratio decidendi*) e dos fatos em concreto, deles, conjuntamente, extraindo sua conclusão.

4. A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PONDERAÇÃO DE ALEXY NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A ponderação incorporada ao NCPC realmente parece trazer sérios questionamentos no corpo de aplicação normativa, especialmente no que tange à compatibilidade com os princípios da segurança jurídica, legalidade, separação dos poderes e, principalmente, fere de morte o direito fundamental a ter respostas devidamente motivadas por parte do Poder Judiciário, nos moldes insculpidos no art. 93, IX, da CF/88.

Inicialmente, pontue-se que o §2º, art. 489, do NCPC, traz expressa indicação que a ponderação poderá ser empreendida para “normas jurídicas”. Ora, não devemos perder de vista que o ordenamento jurídico é composto por regras e princípios (isso Alexy sempre apontou em sua obra), sendo a ponderação aplicada única e exclusivamente no caso de possível colisão entre princípios (pelo menos nos moldes teorizados pelo autor alemão).

No caso de conflito de regras (aqui não se trata de colisão), não há que se afastar a incidência de uma e, ao mesmo no tempo e no mesmo ato, conservar a outra que não foi aplicada. Ou a regra vale ou não vale (regras são dosadas no plano da validade). Não se pode, ao talante do julgador, deixar de aplicar essa ou aquela regra jurídica insculpida na lei simplesmente por concluir que ela não é a melhor aplicável.

Lembremos, o conflito entre as regras resolve-se à maneira do tudo ou nada (*all or nothing*), em que a solução da controvérsia exige a invalidade de uma das regras conflitantes ou a incidência de uma cláusula de exceção para uma delas. Ou seja, a menos que uma regra possua previsão de exceção quanto à possibilidade ou não do comando nela prescrito (ex.: esta lei vale para tais casos...), os conflitos dessa espécie devem ser resolvidos pelos métodos clássicos de resolução de antinomias.

Nessa senda, os três principais critérios de resolução de antinomias jurídicas são o hierárquico, o cronológico e o da especialidade. Pelo primeiro, as regras superiores devem prevalecer sobre as inferiores (*lex superior*); pelo segundo, as normas posteriores revogam as anteriores com ela incompatíveis (*lex posterior*); pelo último, as normas mais específicas afastam a incidência das normas mais gerais (*lex specialis*)⁵¹.

Ou seja, ao escolher entre uma e outra regra jurídica, ao seu bel-prazer, sem o uso dos critérios acima talhados, valendo-se única e exclusivamente da pecha da “ponderação”, o julgador verdadeiramente assume um papel que foi outorgado ao Poder Legislativo.

⁵¹ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, *op cit.*, p. 412.

Entendamos, o juiz não pode escolher, simplesmente, entre uma regra e outra. Ao fazê-lo, estará violando os princípios da legalidade, separação dos poderes e da segurança jurídica.

Com efeito, o próprio Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, posicionou-se no sentido da impossibilidade de afastamento de uma regra (à exceção da possibilidade de fazê-lo por intermédio dos critérios supracitados) sem antes declarar formalmente sua inconstitucionalidade. Por todos os ditos pronunciamentos, cite-se a Reclamação Constitucional nº 2645-STJ, o qual tomamos a liberdade de reproduzir excerto elucidativo abaixo.

(...) Conforme reiterada jurisprudência do STF, os tratados e convenções internacionais de caráter normativo, "(...) uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias" (STF, ADI-MC 1480-3, Min. Celso de Mello, DJ de 18.05.2001), ficando sujeitos a controle de constitucionalidade e produzindo, se for o caso, eficácia revogatória de normas anteriores de mesma hierarquia com eles incompatíveis (*lex posterior derogat priori*). Portanto, relativamente aos tratados e convenções sobre cooperação jurídica internacional, ou se adota o sistema neles estabelecido, ou, se inconstitucionais, não se adota, caso em que será indispensável também denunciá-los no foro próprio. O que não se admite, porque então sim haverá ofensa à Constituição, é que os órgãos do Poder Judiciário pura e simplesmente neguem aplicação aos referidos preceitos normativos, sem antes declarar formalmente a sua inconstitucionalidade (Súmula vinculante 10/STF).

Não são inconstitucionais as cláusulas dos tratados e convenções sobre cooperação jurídica internacional (v.g. art. 46 da Convenção de Mérida - "Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção" e art. 18 da Convenção de Palermo - "Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional") que estabelecem formas de cooperação entre autoridades vinculadas ao Poder Executivo, encarregadas da prevenção ou da investigação penal, no exercício das suas funções típicas. A norma constitucional do art. 105, I, i, não instituiu o monopólio universal do STJ de intermediar essas relações. A competência ali estabelecida - de conceder *exequatur* a cartas rogatórias -, diz respeito, exclusivamente, a relações entre os órgãos do Poder Judiciário, não impedindo nem sendo incompatível com as outras formas de cooperação jurídica previstas nas referidas fontes normativas internacionais.

Pois bem, conforme visualizado em posição firme do STF e da doutrina (mesmo a de Alexy), é insustentável o uso da ponderação para solução de conflitos entre normas do tipo regras jurídicas, haja vista a não suscetibilidade de solução de tal antinomia por via que não a da validade, requerendo verdadeira declaração de inconstitucionalidade deste tipo de norma para afastamento de sua incidência fática ao caso descrito em sua hipótese normativa.

Neste mesmo sentido, acusando a inconstitucionalidade do sobredito dispositivo, Lenio Streck⁵² afirma:

(...) O parágrafo que trata da ponderação lesa o princípio da segurança jurídica, que é exatamente prestigiado por outros dispositivos do CPC. Outro argumento a favor da não aplicação do dispositivo é que a colisão (de – ou entre – normas) não é um conceito despido de intenções teóricas prévias. É diferente de alguns consensos que já temos, como a garantia da não surpresa, o respeito à igualdade e a coerência que devem ter as decisões, etc. A ponderação ainda depende do esgotamento de um debate teórico, circunstância que prejudica sua colocação em um texto de lei nestes moldes. Se princípios colidem (a prevalência de um sobre o outro em um caso concreto não implica seu afastamento definitivo para outros casos), regras entram em conflito. Eis o imbróglio. Em caso de conflitos entre regras, o resultado de sua equalização será uma determinação definitiva da validade de uma sobre a outra. Ora, se todas as normas lato sensu puderem colidir, perderemos o campo de avaliação estrito da validade, algo que, novamente, prejudica a segurança jurídica. Veja-se que não é admissível que seja negada aplicação, pura e simplesmente, a uma regra (lei) sem antes declarar formalmente a sua inconstitucionalidade (...).

Mais do que isso, a previsão da ponderação no NCPC é incompatível com vários dispositivos do próprio código, violando, por exemplo, a necessidade de estabilidade, integridade e coerência (art. 926 do NCPC) exigidas pelos tribunais quando da construção de sua jurisprudência, vez que reforça, mais uma vez, a discricionariedade do julgador, pondo a perder toda a exigibilidade de previsibilidade dos julgamentos, ponto tão marcante na novel legislação processual.

Verifica-se, portanto, que o intuito do legislador foi o de proporcionar a segurança jurídica, a igualdade, a uniformização dos julgados enquanto que a ponderação põe tudo isto em risco, favorecendo a instabilidade e verdadeiros “decisionismos” dos julgadores.

Em um sistema de precedentes, o qual vela pelo “DNA” da decisão judicial, que possui como cerne a *ratio decidendi* extraída da exaustiva fundamentação e que garante a segurança jurídica dos pronunciamentos judiciais, é inconcebível a existência da ponderação à brasileira de normas jurídicas, permitindo desvinculação da coerência do sistema por simples argumentos como: “ponderando bem, concluo que seja correto abandonar a tese abonada pelos tribunais em seus julgados e seguir caminho distinto...”. De onde vem esta conclusão? Pode ser utilizada a “motivação de perfumaria” que seja. A decisão vem “quentinha” da escolha discricionária do julgador.

⁵² STRECK, Lenio Luiz; CUNHA, Leonardo Carneiro da; NUNES, Dierle. Comentários ao Código de Processo Civil, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 689.

Ainda nesta trilha, a ponderação viola, também, o art. 10 do CPC/15, o qual prevê que “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”. Desse modo, a ponderação traz em si o elemento “surpresa” para as partes, vez que o juiz irá decidir com base em argumentos sujeitos à discricionariedade e ao subjetivismo de quem julga.

Outra não pode ser a conclusão, além da previsão inconstitucional da ponderação de normas-regras (ferindo a separação dos poderes e o próprio princípio da legalidade), da incompatibilidade do instituto com o sistema de precedentes propalados pelo NCPC, o §2º do art. 489 da nova legislação processual fere frontalmente o art. 93, IX, da CF/88.

Por certo, nos termos pregados em capítulos anteriores, o preenchimento do direito fundamental a respostas motivadas (nos termos da Constituição Federal) exige verdadeiro esforço do julgador em analisar o caso concreto à luz da integridade e coerência do sistema jurídico. Significa adotar esta ou aquela posição não porque seja a que o juiz ache mais correta, mas porque tal decisão respeita e conserva toda a cadeia de precedentes, textos legais e preserva a força normativa de nossa Carta Magna.

Nesta certeza, uma decisão judicial, definitivamente, não é produto da escolha de um julgador. Ela é, em verdade, fruto de uma exaustiva e criteriosa análise do caso concreto em consonância com o direito legitimamente produzido. Um exercício onde a fundamentação da decisão judicial é verdadeira garantia do cumprimento deste direito fundamental do cidadão, exigível do Poder Judiciário.

Com efeito, a ponderação de normas do NCPC, usada à brasileira (sem respeito aos critérios científicos pensados nos moldes da teoria de Alexy), alimenta a discricionariedade/arbitrariedade do intérprete, originando decisões totalmente díspares daquelas pensadas acima, onde haveria de ser conservada toda a coerência e integridade do sistema de precedentes. Não se depreende outra conclusão, é patente a violação do art. 93, IX, da CF/88.

Corroborando o quanto afirmado, dispara Streck⁵³:

Vejo, agora, que a ponderação chegou ao NCPC. No § 2º. art. 489: no caso de colisão entre normas (*sic*), o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. O que são normas? Regras são normas. Logo, a palavra “normas” não é sinônimo de leis. Normas quer dizer: regras e princípios. Como já

⁵³ STRECK *et al*, *op. cit.*, p. 689-690.

referi, os juristas do Brasil têm simplificado a ponderação, colocando um princípio contra (ou em relação de colisão com) outro. O resultado dessa colisão advirá da escolha discricionária do juiz. Por vezes, ocorre alguma justificação. O caso Elwanger (HC 82.424) é um bom exemplo, em que dois ministros do STF usaram a ponderação e chegaram a conclusões diferentes. Mas, ao fim e ao cabo, o que tem sido visto é a simples contraposição. Esse problema agora pode vir a ser agravado com a “colisão entre regras” que está no CPC. Se o juiz alegar que “há uma colisão entre normas” (*sic*), pode escolher a regra X ou o princípio Y.

O parágrafo é incompatível com o art. 93, IX, da Constituição, além do descompasso com outros dispositivos do próprio CPC, como o art. 10, o 926 e o art. 489. E que não se invoque a doutrina de Dworkin, porque, nem de longe, o *balancing* quer dizer ponderação. Por isso, há que se ter muito cuidado para que o CPC não folclorize a ponderação, mormente se for levada em conta uma alegoria contada pelo Min. Roberto Barroso. Pela anedota-alegoria, uma pessoa comprou um Opala e resolveu testar a potência do carro. Ao chegar em uma cidade, em alta velocidade, o sujeito se deparou com um cortejo fúnebre pela frente. Ao ver que não conseguiria frear a tempo, pensou: ‘vou mirar no caixão’. Guardado o lado anedótico, no fundo é assim que a ponderação à brasileira vem sendo feita. Faz-se uma escolha. Só que decisão não é escolha. Como se estivesse na esfera do juiz escolher. Como se a lei e os fatos estivessem a sua disposição. Por isso, mira-se no caixão. (...)É confessar que ele é livre para decidir e que a fundamentação é apenas um ornamento. Aí entra a ponderação. E fecha o círculo não-hermenêutico. Bingo.

Por fim, todos os argumentos acima elencados são uníssonos em apontar a inconstitucionalidade do dispositivo em comento, exigindo uma postura ativa da doutrina e dos tribunais em denunciarem a total incompatibilidade da previsão em voga com o sistema de precedentes do NCPC e o direito fundamental do cidadão a respostas motivadas por parte do Poder Judiciário.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pois bem. Verificamos os principais aspectos das teorias hermenêuticas de Ronald Dworkin e Robert Alexy e, ao visualizarmos as sensíveis e significativas distinções entre as teses dos autores em comento, podemos entender que os dois possuem um afastamento significativo no que tange à construção de uma Teoria da Decisão Judicial.

Alexy aposta na técnica da ponderação para afastar uma possível colisão entre princípios (e apenas estes, não se fala em ponderação de regras), outorgando ao intérprete toda a carga discricionária que achar necessário para escolher o princípio que prevalecerá no caso em análise, valendo-se o julgador de uma forte motivação, em tese, para solução da demanda posta.

O autor alemão aposta na abertura interpretativa dos princípios e, por consequência, em uma ampla margem de escolha ofertada ao juiz, o que, na verdade, favorece o aparecimento de verdadeiras arbitrariedades. A depender do sujeito que decide (nos moldes do uso da ponderação alexyana) podemos ter várias respostas corretas para o mesmo caso. Situações absolutamente similares podem ser tratadas de formas totalmente díspares.

Lado outro, Dworkin acredita na necessidade de preservação da coerência e integridade do direito. O julgador não é livre para decidir como bem quiser, ele tem verdadeira responsabilidade política ao prolatar seus julgamentos, não podendo desconsiderar toda a história institucional que o cerca e a tradição jurídica em que está imerso. Assim, o autor norte-americano expõe sua tese do “romance em cadeia” (*chain novel*) no qual cada julgador escreve um capítulo de um livro.

Nesse caso, a partir do segundo capítulo, o julgador seguinte terá necessariamente que considerar o anterior para que o romance tenha sentido. Sempre levando em conta o histórico institucional a respeito da interpretação e aplicação da norma a situações fático-jurídicas análogas.

Neste íterim, observamos que o NCPC, ao incorporar o sistema de precedentes vinculantes no bojo de seu texto legal, segue a linha traçada por Dworkin, exigindo que o tribunais mantenham sua jurisprudência estável, íntegra e coerente (art. 926), cumprindo e preservando os primados da segurança jurídica, a previsibilidade e o próprio direito fundamental do cidadão a ter respostas devidamente motivadas por parte do Poder Judiciário (art. 93, IX).

Dissertamos acerca dos principais pontos que estruturam um sistema de precedentes judiciais inspirado no *common law* norte-americano, demonstrando sua importância para o preenchimento e consecução da cláusula de fundamentação judicial (art. 93, IX, CF/88).

Simultaneamente, no mesmo capítulo, demonstramos a reformulação dos conceitos de segurança jurídica e da motivação das decisões judiciais, empreendida pela inserção do sistema de precedentes e à luz da Constituição Federal e do direito fundamental por nós apregoados.

Ato contínuo, identificamos a aplicação das teses de Dworkin e Alexy em dispositivos do CPC/15, com especial atenção para o art. 489 do NCPC. Por certo, houve verdadeira mesclagem das teorias dos citados autores. No §1º, são apresentadas hipóteses em que podemos considerar uma decisão judicial pendente da devida fundamentação, verdadeira aplicação prática da tese de Dworkin e hipótese de cumprimento da cláusula constitucional de motivação das decisões do Judiciário. Em contrapartida, no §2º do dispositivo em comento, o legislador importou a técnica da ponderação de Alexy para o bojo do Novo Código de Processo, permitindo a ponderação de “normas”, tanto princípios quanto regras.

Por fim, denunciemos a patente inconstitucionalidade do §2º do art. 489 do NCPC, haja vista que a ponderação lá inclusa viola os primados da legalidade, segurança jurídica, separação dos poderes e afronta, diretamente, o direito fundamental do cidadão de ter respostas devidamente motivadas por parte do Poder Judiciário, conforme previsto no art. 93, IX, da CF/88.

É bem certo que o NCPC nos traz grandes desafios pela frente. Haverá de ocorrer mais do que uma adaptação doutrinária e jurisprudencial, será necessária verdadeira mudança cultural (difícil e, possivelmente, até traumática) no seio da comunidade jurídica para garantir efetividade na aplicação do sistema de precedentes e respeito à própria Constituição.

Mas não sejamos pessimistas, há um “céu de brigadeiro” que nos espera, e se formos pacientes e prudentes, levando a sério a novel legislação processual, haveremos de lograr boas experiências e benefícios em prol do cidadão, fazendo valer uma jurisdição justa e que preserve os direitos do jurisdicionado.

6. REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito*, 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional*. In: *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Luís Roberto Barroso (Org.). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, São Paulo: Atlas, 2015
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. II, 10. ed., Salvador: Juspodivm, 2015.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- GRAU, Eros Roberto. *O perigoso artifício da ponderação entre princípios*, disponível em: <http://www.editorajc.com.br/2009/07/o-perigoso-artificio-da-ponderacao-entre-principios/>.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O que deve e o que não deve figurar na sentença*, in Temas de Direito Processual – 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*, 8. ed., Salvador: Juspodivm, 2016.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*, Salvador: Juspodivm, 2016.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários a o Código de Processo Civil*, v. 3, 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*, 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz; CUNHA, Leonardo Carneiro da; NUNES, Dierle. *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?*, 4. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*, 10. ed., São Paulo: RT, 2014.