



O SISTEMA DE DECISÕES VINCULANTES E O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO: AS POSSÍVEIS MITIGAÇÕES AO ART. 489, § 1^a, CPC

THE BINDING DECISION SYSTEM AND THE RATIONALE DUTY: THE POSSIBLE MITIGATIONS TO ART. 489, § 1^a, CPC

Anne Harlle Lima da Silva Moraes¹
Bernardo Silva de Seixas²
Bruno Carvalho Marques dos Santos³

RESUMO

O presente trabalho examina a temática dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. A delimitação do tema dialoga com o dever de fundamentação contido no art. 489, §1º, CPC que instrumentaliza o art. 93, IX, Constituição Federal. A problemática do trabalho se debruça sobre se há ou não necessidade do órgão jurisdicional analisar as decisões não vinculantes suscitadas pelas partes em seus atos judiciais. A metodologia empregada foi a hipotética dedutiva. Se busca alcançar o resultado da pesquisa em revelar uma resposta constitucionalmente adequada para como o órgão do Poder Judiciário deve proceder no momento de fundamentar seus pronunciamentos.

PALAVRAS-CHAVE: Precedentes; Decisão Judicial; Dever de Fundamentação; Atos Judiciais.

ABSTRACT

¹ Doutoranda em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP/ALFA, 2018). Mestre em Desenvolvimento Regional pela Faculdade Alves Faria (ALFA/GO, 2016). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera (UNIDERP, 2010). Especialista em Advocacia Trabalhista pela Universidade Anhanguera (UNIDERP, 2013). Graduada em Direito pela Faculdade de Imperatriz (FACIMP, 2007). E-mail: anneharlle@hotmail.com.

² Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP. Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru – ITE/Bauru. Especialista em Processual Constitucional e Garantia de Direitos pela Universidade de Pisa – Itália. Especialista em Direito Processual pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA). Professor de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito da Universidade Federal do Amazonas e do CIESA. Professor de Graduação em Direito da UFAM e CIESA. Advogado licenciado. Assessor de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. E-mail: seixas.bernardo@gmail.com.

³ Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP/ALFA, 2018). Mestre em Desenvolvimento Econômico pela Universidade Candido Mendes (UCAM/RJ, 2016). Especialista em Direito Público pela Fundação Escola de Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (FESUDEPERJ/RJ, 2008). Possui MBA em Gestão de Negócios Sustentáveis pela Universidade Federal Fluminense (UFF/RJ, 2012). Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ, 2006). É Professor da Universidade Gama e Souza, atuando na disciplina de Direito do Administrativo. brunocms@yahoo.com.br.





This paper examines the theme of judicial precedents in the Brazilian legal system. The delimitation of the theme dialogues with the duty of reasoning contained in art. 489, §1º, CPC that instrumentalizes art. 93, IX, Federal Constitution. The problem of the work focuses on whether or not there is a need for the court to analyze the non-binding decisions raised by the parties in their judicial acts. The methodology used was hypothetical deductive. It seeks to achieve the result of the research in revealing a constitutionally adequate response to how the body of the Judiciary should proceed when substantiating its pronouncements.

KEYWORDS: Precedents; Judicial decision; Duty to Reason; Court acts.

1 INTRODUÇÃO

A temática do presente trabalho refere-se ao sistema de decisões vinculantes aplicado no ordenamento jurídico brasileiro desde a vigência da Lei 13.105/2015, comumente denominado de CPC/2015.

A delimitação da temática busca dialogar e interagir com o dever de fundamentação contido no art. 489, §1º, CPC, tendo em vista que, ao instrumentalizar uma determinação constitucional, prevista no art. 93, IX, CF, determina-se aos órgãos jurisdicionais, sob pena de omissão, o exame dos denominados precedentes suscitados pelas partes em seus atos processuais.

Justifica-se este trabalho pela necessidade de compatibilizar o sistema de decisões vinculantes com as grandes matrizes de direito processual civil atualmente vigentes, eis que o ordenamento jurídico não se encontra integralmente adaptado à nova sistemática de decisões vinculantes implementados pelo CPC/2015.

Assim, alinhado à temática e a delimitação, bem como as justificativas apresentadas as problemáticas que fundamentam este trabalho são: Há um legítimo sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro? Com a vigência do CPC/2015 o Brasil passou a aplicar a sistemática do *commow law*? O dever de fundamentação contido no art. 489, §1º, CPC, se aplica somente para a sistemática das decisões vinculantes ou para todas as decisões judiciais suscitadas pelas partes em seus atos processuais?

O objetivo principal deste trabalho é averiguar a extensão do dever de fundamentação contido no art. 489, § 1º, CPC. De forma específica, busca debater sistema de decisões vinculantes previsto no art. 927, CPC. Ainda, abordar a sistemática de decisões vinculantes



existentes no Brasil e verificar a possibilidade de restrição da aplicabilidade do dever de informação às decisões judiciais de natureza vinculante.

Para tanto, se utiliza do método hipotético dedutivo em que se busca de forma ampla debater as inovações ocorridas com a vigência do CPC/2015 e de forma específica dialogar com a novel determinação do dever de fundamentação dos órgãos jurisdicionais com o escopo de alcançar uma resposta constitucionalmente adequada para compatibilização entre a determinação constitucional e a sistemática dos precedentes.

Neste intuito é que o primeiro item aborda de maneira ampla o denominado sistema de decisões vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro, tratando, inicialmente, dos grandes sistemas jurídicos aplicados pelos países europeus e americanos que influenciaram o ordenamento jurídico brasileiro, assim como analisando o conceito e conteúdo de norma jurídica para ao final debater sobre qual sistema jurídica se aplica hodiernamente no Brasil.

Após, no segundo item deste ensaio, trata-se a respeito do dever de fundamentação contido tanto na Constituição Federal (CF) como no CPC/2015, eis que importante tanto para legitimidade do Poder Judiciário como para a exposição dos motivos determinantes que formam a razão de decidir do órgão julgador, temática central deste ensaio em razão da vinculação das decisões às demandas futuras.

Por fim, no terceiro tópico se abordará o ponto nevrálgico deste ensaio que busca compatibilizar a coexistência de decisões judiciais vinculantes e não vinculantes, assim como qual a forma de atuar do órgão julgador quando ao proferir a sentença verificar que as partes suscitaram as duas espécies de decisões judiciais.

2 A SISTEMÁTICA DE DECISÕES VINCULANTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O presente item analisa a questão dos ordenamentos jurídicos, demonstrando conceitos, importância para o desenvolvimento do Estado e suas características, assim como as consequências da escolha do Estado ou à imposição de um Estado à outro em eleger e/ou concentrar a normatividade em uma única espécie normativa, tal qual a lei, ocasionando uma adequação maior a um espécie de ordenamento jurídico do que em outro.

Por fim, se exporá o hodierno momento do ordenamento jurídico brasileiro, com a, ainda, recente modificação do Código de Processo Civil e as suas influências para a forma de



aplicado do Direito no Estado brasileiro ante a imposição de um sistema de decisões hierarquizadas.

A implementação de um ordenamento jurídico em um Estado depende de inúmeras variantes que originam o próprio órgão que irá regulamentar a atuação dos indivíduos dentro de seu território.

Portanto, os ordenamentos jurídicos são, comumente, semelhantes entre os Estados, existindo alguns pontos de convergência, dependendo da forma como o Estado foi criado ou de sua colonização. Tal afirmação, encontra fundamento na obra de Bobbio (2010, p. 205)

Nenhum ordenamento nasce num deserto; metáforas à parte, a sociedade civil em que se vai formando um ordenamento jurídico, como o do Estado, não é uma sociedade natural, absolutamente desprovida de leis, mas uma sociedade em que vigem normas de vários tipos, morais, sociais, religiosas, comportamentais, costumeiras, convencionais [...].

Assim, existe normatividade em todas as relações sociais em que o indivíduo participe, desde os núcleos sociais mais restritos, como a família, até as relações com outros indivíduos, que podem ter normas específicas fundadas em auto-regulamentação confeccionadas pelas próprias partes ou se orientar pelas normas postas pelo próprio Estado.

O ideal de que existe um sistema jurídico que baliza a conduta das pessoas dentro de um Estado faz-se imprescindível em virtude da conduta humana tender para posições individuais e o Estado ter uma finalidade, que ora, converge aos interesses dos indivíduos, ora não, devendo haver mecanismos para controlar a conduta humana e evitar conflitos sociais, bem como atos abusivos dos agentes estatais. Sobre essa temática, preceitua Bobbio (2010, p. 16)

as civilizações se caracterizam por ordenamentos de regras que contem as ações dos homens que delas participam. A história apresenta-se, então, como um conjunto de ordenamentos normativos que se sucedem, se sobrepõem, se integram. Estudar uma civilização do ponto de vista normativo significa [...] perguntar-se quais ações foram proibidas naquela determinada sociedade, quais foram comandadas, quais foram permitidas; significa, em outras palavras, descobrir a direção ou as direções fundamentais em que se orientava cada indivíduo.

Analisada a questão da formação do ordenamento jurídico e a sua importância para o desenvolvimento tanto do Estado, como do indivíduo, importante se faz conceituar o significado de ordenamento jurídico, visando uma melhor compreensão deste ensaio. Para Bobbio (2010, p. 196)



[...] o ordenamento jurídico (como qualquer outro sistema normativo) é um conjunto de normas. Essa definição genérica de ordenamento pressupõe uma única condição: que para a constituição de um ordenamento concorram mais normas (ao menos duas) [...].

Destarte, para o doutrinador italiano, o estudo do ordenamento jurídico baseia-se no estudo da norma jurídica. Contudo, esta definição faz surgir outra indagação: no que consiste a norma jurídica?

Conforme alhures mencionado, a normatividade faz parte da vida do indivíduo, pautando seu comportamento por diversas esferas, sejam sociais, políticas, religiosas e, principalmente de forma jurídica. Sem olvidar a importância das demais formas de regulamentação da conduta humana, a norma jurídica é a que será explorada neste trabalho.

Norma jurídica é toda e qualquer regulamentação da sociedade que tem nascedouro e formação na utilização das competências de um Estado, tornando-se obrigatório para aqueles que se encontram sob o poder de império estatal, sendo que, atualmente, o argumento de autoridade que funda todas atividades estatais encontra fundamento na Constituição, defendendo-se que esta seja a norma fundamental hipotética, defendida como justificativa para a unicidade do ordenamento jurídico.

Kelsen (2016, p. 43-45) discorre sobre o conceito de norma jurídica, comentando a obra de John Austin, e afirma que

[...] leis ou regras, assim apropriadamente chamadas, são uma espécie de comando. Um comando é a expressão da vontade ou desejo de um indivíduo, cujo objeto é a conduta de outro indivíduo [...]. Um comando é a expressão em forma imperativa da vontade de que alguém se conduza de certa maneira. [...] Um comando é uma norma apenas quando for obrigatório para o indivíduo ao qual é dirigido, apenas quando esse indivíduo deve fazer o que o comando exige. [...] um comando é obrigatório não porque o indivíduo que comanda possui uma superioridade real de poder, mas porque esta “autorizado”, por esta “investido do poder” de emitir comandos de natureza obrigatória. E ele esta “autorizado” ou “investido no poder” apenas se uma ordem normativa, a qual se pressupõe que seja obrigatória, lhe confere tal capacidade, a competência para emitir comandos obrigatórios. [...] as regras jurídicas sejam comandos obrigatórios, , esta claro que a força de obrigatoriedade reside nos comandos porque ele são emitidos por autoridades competentes.

Aplicando os ensinamentos do doutrinador austríaco, percebe-se a compatibilidade entre a conceituação de norma jurídica defendida por este trabalho, pois a obrigatoriedade de seguir os comandos previstos no ordenamento jurídico decorrem exclusivamente, da vontade do Estado.



Em seguida as digressões sobre o conceito de norma jurídica, Kelsen (2016) analisa as formas que essas normas podem surgir, apontando para a existência de uma vontade das partes em determinada transação jurídica, à vontade do legislador e da força da criação dos costumes na normatividade do comportamento humano, concluindo que a norma é um comando impessoal e anônimo (KELSEN, 2016, p. 51), para pautar a conduta humana na sociedade regulamentada por um ente estatal.

Após verificado o conceito de norma jurídica, impõem-se analisar quais as espécies de normas jurídicas existem em cada ordenamento jurídico, ressaltando-se que tais espécies irão mudar de Estado para Estado, contudo, esse trabalho irá se ater somente as espécies previstas para os ordenamentos jurídicos ocidentais sem olvidar das demais posições a respeito do tema, defende-se a existência de três espécies de normas, a lei, os princípios e as decisões judiciais.

Corroborando o presente ponto de vista, ao analisar a semelhanças entre lei e princípios Rothenburg (1999, 15-16) estipula que “[...] mister se faz render homenagem ao muito que todos – princípios e regras – tem em comum, é dizer, do caráter normativo de ambos, a fazê-los espécies filiais de um mesmo gênero: a norma jurídica.”.

Sobre a decisão judicial ser considerada norma jurídica, esta é aceita, com certa naturalidade, pela sistemática de aplicação do poder estatal jurisdicional, vez que no processo subjetivo tradicional se tem a sentença pautando determinada conduta para o litígio das partes, contudo, a normatividade da sentença apenas vincula as partes que se encontram inseridas na relação jurídica processual.

Todavia, a questão sobre a decisão judicial regulamentar a conduta da sociedade tem certos obstáculos, doutrinários e ideológicos em razão dos efeitos *erga omnes*, que determinados ordenamentos jurídicos permitem (implícita ou expressamente) ao possibilitar que órgãos do Poder Judiciário, no Brasil, principalmente o Supremo Tribunal Federal (STF), inovem no ordenamento jurídico para cumprimento dos mandamentos constitucionais ou em decorrência de letargia do órgão competente para criação da lei. Neste sentido, pontuando a respeito de superação de dogmas acadêmicos e jurídicos, é a lição de André Ramos Tavares (2010, p. 02)

A superação da teoria do legislador negativo é, portanto, não apenas um capricho acadêmico, mas uma imposição decorrente da evolução ocorrida na realidade (inclusive normativo-constitucional, mas também jurisprudencial) da Justiça Constitucional [...]. A manutenção de uma teoria da separação rigorosa entre os “poderes” servirá apenas para mascarar uma realidade totalmente diversa, formando-



se uma teoria desajustada e incompleta em sua função de oferecer respostas adequadas às dificuldades emergentes do modelo.

Corroborando essa ideia, visando a instrumentalização da progressividade de pensamento do doutrinador anteriormente citado, Bernardo Silva de Seixas (2016, p. 246-247) entende que

Entende-se que esta modificação dogmática possa ser alcançada com a viabilidade de que o órgão estatal que cumpre as competências da jurisdição constitucional exerça a função normativa, típica do Poder Legislativo, em situações de inércia, além de ser uma forma de desconcentrar o poder [...]. Contra a inércia do Poder Legislativo, tem-se verificado uma conduta proativa do Poder Judiciário, principalmente do Supremo Tribunal Federal, de impor determinações ou de concretizar o próprio direito subjetivo, contido na norma constitucional, qual seja, a função normativa. A atuação das cortes constitucionais, exercendo função normativa, consistiria na hipótese de, através de uma sentença com força normativa, ocorrer a regulamentação da norma constitucional de eficácia limitada.

Neste ponto, convém abstrair-se de eventuais amarras conceituais ou questões vinculativas contidas na Constituição, em que pese exista, principalmente no Brasil, a primazia lei, como instrumento de normatividade estatal, a norma jurídica não se esgota na lei, englobando, outras formas de regulamentação. Neste ponto, convém mencionar a seguinte exposição, que corrobora os entendimentos defendidos no ensaio, o “conceito de norma não possa ser equiparado ao de lei. Vale dizer, a lei é uma espécie de norma que faz parte da estrutura supra e infraordenada da dinâmica jurídica” (ABBOUD *et al*, 2015, p. 342).

Os limites e as intenções desse trabalho não comportam a análise minuciosa de cada espécie normativa todavia, para fins didáticos importante, mencionar, de forma sucinta, o que seria um princípio e uma decisão judicial como norma jurídica.

Os princípios para Rothenburg (1999, p. 51)

[...] são compreendidos de acordo com uma concepção sistêmica do ordenamento jurídico. Por sua própria definição, eles reporta-se-iam a conjunto concatenado, enquanto, “mandamentos-nucleares”, base ou fundamento, traves mestras jurídico-constitucionais.

Por seu turno, a questão da decisão judicial como norma jurídica se perfaz na questão referente à atuação dos juízes na aplicação do direito, por meio de pronunciamentos judiciais fundados na aplicação das regras e princípios mediante métodos interpretativos, fato que deve ser realizado com cautela, vez à falta de legitimidade democrática que os membros do Poder Judiciário, principalmente no Brasil, carecem. Sobre esse ponto, são os dizeres de Luiz (2013, p. 127):



O juiz, diferentemente dos demais agentes políticos, não detém sua legitimidade no processo eleitoral; antes, a sua é normativa – deriva das regras insculpidas na CF [...]. Assim, pela relevante missão de prestar a jurisdição e pelo seu dever de exercê-la em conformidade com a Constituição, uma teoria da decisão judicial deve formar um controle epistemológico de como se deve aplicar o direito.

Verificada as definições básicas de cada espécie normativa, analisa-se verificação da repercussão da escolha de cada ato normativo com principal centro de normatividade do ordenamento jurídico e as consequências dessa escolha, pois, tradicionalmente, ao se eleger a lei, adentra-se à família romano germânica de aplicação e desenvolvimento do Direito, sendo que, existindo a escolha pelas decisões judiciais como norma jurídica que tenha a primazia da regulamentação do indivíduo, haverá aceitação de um sistema fundado no que, tradicionalmente, se entende por *commow law*.

Contudo, a escolha pela primazia de uma forma em detrimento da outra, não pode ocasionar uma cisão irreparável ou imodificável. Há, de fato, a necessidade de se reinterpretar dogmas jurídicos (separação dos poderes e regime democrático) de maneira diferenciada, permitindo-se que, tanto lei, como, por exemplo, decisão judicial pautem a conduta da sociedade, sem extremismos ou pré-concepções que importem o uso excessivo de uma espécie normativa ou preterição de outrem, primando, principalmente, para uma regulamentação adequada das relações sociais, independentemente do instrumento que se utilize para manifestar o comando estatal.

3 AS DISTINÇÕES ENTRE *COMMOW LAW* E *CIVIL LAW*

Os sistemas jurídicos, como alhures abordados, são necessários para a convivência humana em sociedade, sendo o Estado criado, dentre outras finalidades, para garantir a harmonização social e o desenvolvimento da sociedade para alcançar seus fins estipulado na Constituição.

A escolha de determinado sistema jurídico depende de uma decisão estatal, seja em razões costumeiras do seu próprio povo, onde o desenvolvimento social desenvolve as regras sociais e o Estado às regulamenta através da legislação, seja em razão de um Estado implementar determinado sistema a um território que colonizou, como é o caso do Brasil, que sempre adotou um sistema de origem romano-germânica em virtude do processo de colonização



praticado por Portugal, que adota o sistema da *civil law* para seu Estado. Sobre essa mesma temática se posiciona René David (2002, p. 77)

As colônias espanholas, portuguesas, francesas e holandesas da América, estabelecidas em países praticamente desabitados ou cuja civilização estava votada ao desaparecimento, aceitaram de modo natural as concepções jurídicas características da família romano-germânica. Inicialmente, na prática, pode predominar, fora das cidades e de alguns centros, um direito bastante primitivo, em consequência da subadministração do país e da ausência de juristas. À medida que a América foi se desenvolvendo, o direito prático começou a se aproximar do erudito: de início, direito doutrinal ensinado nas universidades da América e da metrópole, depois, direito incorporado nos códigos redigidos à imagem e semelhança dos códigos Europeus. Em nenhum momento se pensou em repudiar esta tradição.

Sobre esse processo de colonização e a implementação de um sistema jurídico ao território colonizado, já se percebe a implementação de uma ideologia jurídica pelos colonizadores aos colonizados, pois não houve respeito às locais regulamentações jurídicas dos territórios que foram recém descobertos. Todavia, mesmo que essa implementação de um sistema jurídico tenha ocorrido, houve adaptações com as regulamentações já existentes.

Logo, constata-se que não há, propriamente, um sistema jurídico puro, mas sim um sistema jurídico com características marcantes que pode tender para determinada “família jurídica” (David, 2002, p. 22) do que para outra família, podendo-se ter mais certeza sobre quais os caracteres mais preponderantes de aplicação do direito para determinado Estado.

Neste ínterim, necessário se faz vislumbrar quais são as diferenças entre os dois principais sistemas jurídicos aplicados pelos ordenamentos jurídicos ocidentais, assim denominado o *civil law* e o *commow law*.

O *civil law*, também conhecido como de origem germânico-romana, se desenvolveu por um longo período de tempo, tendo como origem o império romano, sendo fundadas em determinados documentos, citados por René David (2002, p. 38), tais como: Código, Digesto e Institutos de Justiniano, *Lex Romana e Breviário de Alarico*. Todavia, deve-se ressaltar que tais documentos não esgotam a regulamentação das relações jurídicas existentes, nem podem ser considerados textos legais que concedem um panorama geral sobre as regulamentações jurídicas da época, mas somente um ponto de partida do sistema jurídico ora estudado.

Em que pese o sistema romano-germânico ter tido sua origem no desenvolvimento do império Romano, houve uma supressão desta forma de regulamentar à vida em sociedade, quando vigorou o sistema político-econômico do feudalismo, na idade Média, pois nessa época



houve o abandono do “[...] ideal de uma sociedade que garanta os direitos de cada um” (RENÉ, 2002, p. 39) para uma regulamentação normativa baseada na religião, na moral e na fé.

Somente no Renascimento, movimento iniciado nos séculos XII e XIII, é que houve o retorno ao estudo do Direito Romano, em decorrência da criação das primeiras Universidades na Europa e, principalmente, da necessidade de evolução do sistema político-econômico do Feudalismo, que ocasionava uma falta de regulamentação central, principalmente na Itália e na Alemanha, local de desenvolvimento do sistema jurídico apreciado neste momento.

A importância das Universidades, neste momento, foi de voltar ao estudo do Direito Romano para aplicar as suas regulamentações aos fatos jurídicos existentes na sociedade atual, contudo, tal circunstância não está vinculada à aplicação do Direito Romano tal como ele foi criado, mas sim evoluído, por assim dizer, à realidade atual da sociedade em que se encontra sendo aplicado, ressaltando que, neste momento, há o Direito Canônico vigente, que influencia fatos jurídicos anteriormente regulamentados pelo Direito Romano (Casamento e Divórcio), fato que modifica, sensivelmente, a aplicação do direito aplicável ao Império Romano. Corroborar essa opinião a citação de René (2002, p. 53), sobre a modificação do direito romano pelos ensinamentos das universidades e sua importância para o desenvolvimento da escola romana-germânica:

[...] as regras, podem derivar de fontes locais, não-romanas. A recepção de soluções romanas é uma coisa diferente e, afinal de contas, secundária. As universidades nunca pretenderam impor soluções romanas. Estas nunca foram instituições supranacionais encarregadas da aplicação do direito. Apenas declararam como era necessário conceber o direito, e, partindo dos textos romanos, procuraram mostrar qual era, segundo a sua opinião, o melhor direito e como se podia chegar ao seu conhecimento. A sua obra foi apenas de persuasão; não consistiu na imposição da uniformidade pela vida da autoridade.

Portanto, transcorrido a fase em que as Universidades revigoraram o direito Romano, chega-se a um novo estágio da escola romana-germânica, que é a fase do direito legislativo, ou seja, o direito sendo criado por um órgão com competência exclusiva para esse fim e sendo veiculado mediante a utilização da lei. Sendo esse modelo aplicado por inúmeros Estados ocidentais, vez que visa a segurança jurídica e a normatividade da conduta da pessoa por meio de um instrumento de caráter genérico e abstrato, onde, por meio da subsunção, se aplica o disposto na norma mediante a realização da circunstância fática.

Em que pese a existência do modelo denominado *civil law*, conforme alhures transcrito, este somente é um modelo de aplicação do direito, havendo outro, de importante



análise para este trabalho, denominado *commow law*, de origem anglo-saxônica. Sobre a origem e a aplicação das principais questões referente à *commow law* é a posição de DE CICCIO (2017, p. 115-116)

Inúmeros historiadores pesquisadores comprovaram que os fundamentos da “*common law*” e das instituições políticas inglesas são de origem saxônica, ou seja, germânica. Ao longo dos séculos, a *commow law* penetrou o corpo político, as instituições locais e municipais, a jurisprudência civil e criminal, as relações familiares, os direitos das pessoas e das coisas. A *commow law* é aquela parte do direito que não tem a sua fonte/nascedouro nas leis ou regulamentos emanados dos poderes legislativos ou executivos do governo. Em sua origem, era uma síntese de princípios consuetudinários, usos e costumes, seguidos nas decisões dos julgadores.

Consubstanciado nesta questão referente ao *commow law*, verifica-se que o mesmo se distingue do *civil law* em razão da não exclusiva normatividade da conduta dos indivíduos na lei, mas baseada, também, em costumes, vez que a expressão *commow law*, tem o significado de direito comum, aplicado àqueles que não faziam parte da nobreza inglesa (DAVID, 2012, p. 359).

Em razão de suas formações históricas, o *commow law* e o *civil law* são completamente distintos, não havendo correlação de conceitos entre ambos os sistemas e não podendo, simplesmente, comparar os institutos de ambos os sistemas e indica-los como sinônimos, pois não o são.

Assim, o *commow law* tem na jurisprudência a sua principal fonte do direito, diferentemente da lei, baseando-se a conduta humana com base nas decisões judiciais de seus tribunais analisando cada caso concreto, criando uma regra específica para cada circunstância fática analisada pelo órgão jurisdicional competente.

Ultrapassado os principais pontos de destaque em cada família jurídica, bem como apresentadas as características nucleares determinantes de cada sistema, busca-se desenvolver um raciocínio capaz de designar qual, de fato, é o sistema jurídico aplicado ao ordenamento jurídico pátrio, ou seja, se a promulgação do CPC teve força para modificar o sistema jurídico tradicionalmente aplicado ao Brasil, saindo-se do *civil law* para o *commow law*.

A análise decorre de um ponto de partida, qual seja: a verificação das principais características do sistema *commow law* e *civil law*, constatando-se que no Brasil apenas se elegeu uma dessas características do sistema inglês para vincular os órgãos jurisdicionais de primeira instância, qual seja, o *stare decisis*.



O *stare decisis* foi um mecanismo que se encontrou na tradição inglesa de *commow law* para vincular as decisões dos juízes aos costumes praticados pela sociedade que se pretenda disciplinar. Sobre esse mecanismo, de aplicabilidade também no ordenamento estadunidense, é a conceituação de Toni M. Fine (2011, p. 76)

As regras do *stare decisis* e a natureza vinculante do precedente são conceitos fundamentais no sistema jurídico dos Estados Unidos. *Stare decisis* é um termo latino que tecnicamente significa “deixe como esta”; o sujeito oculto da sentença é o precedente ou casos decididos anteriormente. Constitui também a tendência de uma corte de seguir a corrente adotada por cortes anteriores em questões legais semelhantes quando apresentam fatos materiais similares. Deste modo, os casos decididos anteriormente formam um conjunto de precedentes que vinculam as cortes em decisões subsequentes.

Portanto, da análise da forma como se encontra, atualmente, disciplina o Processo Civil brasileiro, a primeira questão de inovação da legislação foi a criação de um mecanismo de controle de atuação dos juízes de primeira instância, principalmente, para observarem decisões judiciais padronizadas para casos semelhantes oriundas de Tribunais Superiores, sejam ele de âmbito regional (TJ/TRF) ou nacional (STF/STJ). Neste mesmo sentido, é o entendimento de Bueno:

Não consigo ver, portanto, nada no CPC de 2015 que autorize afirmativas genéricas, que vem se mostrando comum, no sentido de que o direito brasileiro migra em direção ao *common law* ou algo do gênero. [...] não consigo concordar com esse entendimento. O que há, muito menos que isso, é uma aposta que o legislador infraconstitucional vem fazendo mais recentemente no sentido de que se as decisões proferidas pelos Tribunais Superiores e aquelas proferidas pelos Tribunais de Justiça e pelos Regionais Federais forem observadas (acatadas) pelos demais órgãos jurisdicionais, haverá redução sensível do número de litígios e maior previsibilidade, maior segurança e tratamento isonômico a todos. É o que os incisos do art. 927 bem demonstram. Nada mais que isso. (2015, p. 539)

A própria forma de aplicação, criação e desenvolvimento do Direito no Brasil não se coaduna com os ditames do *commow law*. Analisando a formação do Estado brasileiro, percebe-se que a raiz brasileira sempre foi, e continuará sendo, a do *civil law*, seja em razão da colonização implementada por Portugal, país com forte presença de tradições romanas em seu ordenamento, seja pela primazia da lei como condutora da normatividade em território pátrio, em virtude da forma de Estado democrático escolhida pelo constituinte originário e a concentração da atividade normativa em uma função atribuída ao legislativo.

Ademais, fato que corrobora a posição defendida, é que a vinculação requerida pelos instrumentos previstos no art. 927, CPC, são instituídos por uma lei, ou seja, nem mesmo a



vinculação que se deseja de todo órgão que faça parte de um sistema hierarquizado, decorre da um ato de vontade do juízo, mas sim de uma imposição contida em lei.

O Poder Judiciário brasileiro, como função típica, se presta à resolução dos conflitos de interesse apresentados pelos jurisdicionados aos órgãos jurisdicionais competentes, sendo este, como os demais poderes, regulamentado pela Constituição, de forma minuciosa.

Todavia, a forma como esta função foi disciplinada pelo constituinte, bem como as garantias previstas para o acesso à justiça (Art. 5ª, XXXV, CF), os instrumentos facilitadores para concretização desta garantia constitucional por intermédio do acesso ao Judiciário (gratuidade da justiça, criação de defensorias públicas e lei de juizados especiais), com base na obra de Cappelletti (1988), aliadas à massificação das relações jurídicas e a aquisição da sociedade sobre seus direitos, ampliaram o status e a função do Poder Judiciário no cenário de separação de poderes do Estado brasileiro.

Tais circunstâncias não encontraram guarida no Poder Judiciário, pois mesmo que haja progressivas modificações na sociedade, tais transformações não são aceitas com a mesma facilidade por aqueles que exercem e detem o poder.

Desta forma, o Judiciário não estava preparado para as transformações que os fatos anteriormente mencionados e as novas funções que a Constituição lhe atribuiu, seja em razão da sua estrutura, ainda deficitária em diversos locais do país, com ausência de estrutura para receber todas as demandas dos jurisdicionados, seja em razão da formação das pessoas que atuam nesses órgãos, formação fundada, de forma majoritária, de maneira tecnocrática, com mera subsunção da lei ao caso concreto, fato que gera, em virtude da liberdade da interpretação, a má aplicação da norma, a desigualdade na aplicação do Direito e a imprevisibilidade da conduta de uma função que visa a pacificação social.

Esta situação calamitosa do Poder Judiciário ocasionou movimentos que demonstram a imprescindibilidade de modificação da forma de atuar dos órgãos jurisdicionais, sob pena de se cair em descrédito uma função importante para a manutenção da paz social e não somente isso, mas também para a concretização de direitos fundamentais, vez que, em um cenário recente no Brasil, o STF tem sido convocado, por aqueles que tem legitimidade (103, CF), para debater questões importantes para a sociedade, tal qual a questão das células tronco, demarcação de terras indígenas, dentre outras, ao qual os demais poderes, principalmente o Legislativo, não desejem ou não querem atuar.



Destarte, conclui-se, em um primeiro momento, pela impossibilidade de aceitação de um sistema fundado em *commow law* no Brasil, na forma em que se originou e continua sendo aplicado aos países de tradição inglesa, pois o próprio sistema denominado de precedentes é veiculado por uma legislação, o CPC, outra que os instrumentos criados, conforme se verificará no tópico seguinte, não determinam a aplicação de costumes amplamente aceitos pela sociedade, mas, tão somente, se propõe a aplicação de decisões judiciais padronizadas para fatos jurídicos discutidos em demandas judiciais. Corroborando esse entendimento, é a lição de Lunardi (2016, p. 164)

O efeito vinculante foi desenvolvido na Alemanha, como tentativa de estabelecer em um sistema de direito continental algo semelhante aos precedentes vinculantes do *commow law*. O legislador brasileiro se inspirou nesse modelo, buscando dar maior eficácia às decisões proferidas pela Corte Constitucional [...].

Assim sendo, não há um sistema de *commow law* no Brasil, somente decisões que vinculam órgãos do Poder Judiciário, com aumento das hipóteses de decisões com natureza vinculante (ABBOUD, 2016, p. 677). Analisado a questão referente aos sistemas de *commow law* e *civil law*, analisa-se, de maneira pormenorizada, o sistema introduzido pelo CPC/2015.

4 O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO E AS ESPÉCIES DE DECISÕES JUDICIAIS VINCULANTES

O CPC/2015 regulamentando o art. 93, IX, CF estipula como os órgãos do Poder Judiciário devem fundamentar uma decisão judicial.

Ora, como verificado no tópico anterior, a decisão judicial, hodiernamente, tem uma potencialidade normativa elevada, influenciando em diversas nuances das relações jurídicas apresentadas perante o Poder Judiciário, sendo imprescindível que se tenha pleno conhecimento quanto aos motivos que convenceram ao órgão jurisdicional julgar a pretensão de determinada maneira.

Portanto, a constituição ao impor o dever de fundamentação se preocupa com o próprio controle da atuação do Poder Judiciário na busca de verificar se a atuação do órgão estatal se encontra dentro dos parâmetros legais do devido processo legal.

Nesta esteira, o art. 489, § 1º, CPC busca instrumentalizar a vontade do legislador e impõe ao juízo o dever de justificar a sua decisão ao resolver o conflito apresentado pelas partes.



Todavia, o que se busca defender aqui é uma limitação ao disposto no CPC, principalmente nos incisos IV, V, VI do art. 489, §1º, CPC, *in verbis*:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

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

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.

Defende-se uma limitação em razão da amplitude normativa do dispositivo uma vez que a expressão “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de infirmar a conclusão do órgão julgador” tem gerado a interposição de embargos de declaração na busca de imputar uma suposta omissão que não existe na decisão judicial.

Ora, a intenção do legislador ao regulamentar o dever de fundamentação de forma mais especificada no ordenamento jurídico pátrio foi, simplesmente, afastar as decisões genéricas que não abordavam o fato jurídico discutido no litígio, mas não impor que o órgão jurisdicional analise todos os argumentos jurídicos apresentados pelas partes em suas manifestações processuais uma vez que um dos princípios basilares do direito processual civil é o *iuria novit curia*, em que se defende a mera indicação ao juízo do litígio sendo competência deste a aplicação do direito ao caso concreto.

Logo, nem todo argumento suscitado pela parte para fundamentar um pedido deve ser observado pelo órgão julgador uma vez que se convencido da procedência ou improcedência do pleito deve expor sua fundamentação, sendo prescindível o esgotamento de todos os argumentos arguidos pelas partes, conforme determina o inciso IV, do dispositivo em exame.

Ainda, o inciso V do artigo alhures mencionado, também, se interpretado de forma ampliativa, onera o órgão julgador no momento que vai expor sua fundamentação uma vez que terá que expor a *ratio decidendi* do precedente que irá fundamentar seu pronunciamento e correlacionar com os fatos jurídicos abordados na demanda.

Por fim, o inciso VI, ao impor a fundamentação da distinção e/ou revogação quando se deixar de seguir uma decisão vinculante vai de encontro com a própria sistemática da forma como as decisões judiciais vinculantes no Brasil estão sendo formadas.



Ora, os tribunais responsáveis pela criação das decisões judiciais vinculantes, ao julgar os instrumentos processuais que os formam, tem buscado fixar uma tese jurídica ao final do julgado fato que se defender ser incompatível com regulamentação legal contida no art. 489, § 1º, IV, V, VI uma vez que a intenção do legislador ao impor este dever de fundamentação, supostamente, era que o sistema implementado de decisões vinculantes se aproximasse da sistemática do *civil law* em que se busca na fundamentação a razão de decidir.

Na verdade, da forma que estão sendo formados as decisões vinculantes, principalmente nas decisões em recursos repetitivos e no julgamento dos incidentes, seja o repetitivo, seja o de assunção de competência, o que se tem constatado das atuações das cortes é a utilização de pequenas frases demonstrando o entendimento final sobre determinado litígio, fato que torna incompatível o dever de fundamentação da forma que se encontra estipulado nos incisos do art. 489, § 1º, CPC.

Tal conclusão encontra respaldo na própria jurisprudência do STJ que, desde a vigência do CPC/2015, vem mitigando o dever de fundamentação na busca de uma compatibilização entre as determinações do art. 489, § 1º, CPC

Sobre o inciso IV, há posicionamento interesse sobre a sua limitação, *in verbis*:

RECURSOS ESPECIAIS. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM PEDIDO INDENIZATÓRIO. PARCERIA AGRÍCOLA. LUCROS CESSANTES. COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA. DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO. ART. 489, § 1º, IV, DO CPC/2015. OBSERVÂNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. RESSARCIMENTO. INADMISSIBILIDADE. GRAU DE SUCUMBÊNCIA. AFERIÇÃO. MATÉRIA FÁTICA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. *omissis*

3. Nos termos do art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015, não se considera fundamentada a decisão judicial que não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

4. Apresenta fundamentação adequada o acórdão que, ao entender que a parte autora não comprovou a existência de lucros cessantes, deixa de se pronunciar a respeito das conclusões do laudo pericial que, no contexto examinado, serviriam apenas para a quantificação de eventuais prejuízos.

5. *omissis*

(REsp 1837453/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 13/03/2020)

Sobre o inciso VI, esta é a posição do STJ, *in verbis*:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE DIVÓRCIO E PARTILHA DE BENS. DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO. ART. 489, §1º, VI, DO CPC/15. INOBSERVÂNCIA DE SÚMULA, JURISPRUDÊNCIA OU PRECEDENTE CONDICIONADA À DEMONSTRAÇÃO DE DISTINÇÃO OU SUPERAÇÃO. APLICABILIDADES ÀS SÚMULAS E PRECEDENTES VINCULANTES, MAS NÃO ÀS SÚMULAS E PRECEDENTES PERSUASIVOS. PLANOS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA ABERTA. REGIME MERCADO PELA LIBERDADE



DO INVESTIDOR. CONTRIBUIÇÃO, DEPÓSITOS, APORTES E RESGATES FLEXÍVEIS. NATUREZA JURÍDICA MULTIFACETADA. SEGURO PREVIDENCIÁRIO. INVESTIMENTO OU APLICAÇÃO FINANCEIRA. DESSEMELHANÇAS ENTRE OS PLANOS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA ABERTA E FECHADA, ESTE ÚLTIMO INSUSCETÍVEL DE PARTILHA. NATUREZA SECURITÁRIA E PREVIDENCIÁRIA DOS PLANOS PRIVADOS ABERTOS VERIFICADA APÓS O RECEBIMENTO DOS VALORES ACUMULADOS, FUTURAMENTE E EM PRESTAÇÕES, COMO COMPLEMENTAÇÃO DE RENDA. NATUREZA JURÍDICA DE INVESTIMENTO E APLICAÇÃO FINANCEIRA ANTES DA CONVERSÃO EM RENDA E PENSIONAMENTO AO TITULAR. PARTILHA POR OCASIÃO DO VÍNCULO CONJUGAL. NECESSIDADE. ART. 1.659, VII, DO CC/2002 INAPLICÁVEL À HIPÓTESE. PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES EQUIVOCADAS E JUNTADA DE DOCUMENTOS DE DECLARAÇÕES DE IMPOSTO DE RENDA FALSEADAS. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DA MATÉRIA. SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO APENAS PELO DISSENSO JURISPRUDENCIAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 284/STF.

omissis

3- A regra do art. 489, §1º, VI, do CPC/15, segundo a qual o juiz, para deixar de aplicar enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, deve demonstrar a existência de distinção ou de superação, somente se aplica às súmulas ou precedentes vinculantes, mas não às súmulas e aos precedentes apenas persuasivos, como, por exemplo, os acórdãos proferidos por Tribunais de 2º grau distintos daquele a que o julgador está vinculado.

omissis.

(REsp 1698774/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/09/2020, DJe 09/09/2020)

Logo, não se esta aqui defendendo um retorno às decisões padronizadas e genéricas proferidas por parcela dos órgãos jurisdicionais, todavia, o ônus imposto aos órgão jurisdicionais, principalmente aos de primeira instância, tanto no juizado especial, como do procedimento comum, deve-se restringir somente às decisões judiciais vinculantes apresentadas pelas partes em suas manifestações processuais.

Quanto às decisões judiciais sem força vinculante, defende-se que inexiste omissão do órgão julgador ao não aborda-las na fundamentação de seus pronunciamentos jurisdicionais uma vez que somente tem força persuasivas, cedendo ao princípio da *iuria novit curia*.

Por fim, quanto ao dever de realizar a distinção e a revogação das decisões judiciais suscitadas pelas partes em suas manifestações processuais, não há como defender a inexistência do órgão jurisdicional em justificar a inaplicabilidade da decisão vinculante, no entanto, se a sistemática da criação de teses jurídicas persistir pelos Tribunais Superiores haverá a imprescindibilidade de reduzir o alcance do disposto no art. 489, § 1º, VI, CPC uma vez que a própria sistemática de produção dessas decisões restringem a *ratio decidendi*.



5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim este trabalho abordou, inicialmente, a questão dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro em que se constatou a inexistência de um sistema de precedentes puro no Brasil, se aplicando ainda, neste país, o sistema jurídico do *civil law* em que a lei é a principal fonte normativa do ordenamento jurídico. Ainda, se defende a abstenção na utilização da nomenclatura precedente no ordenamento jurídico porque o que o art. 927, CPC implementou no Brasil foi, meramente, um sistema de decisões vinculantes.

Ainda, na busca de criar uma identidade entre o sistema de decisões vinculantes e os demais institutos do direito processual civil, abordou-se a questão da fundamentação das decisões judiciais, previsto no art. 489, §1º, CPC que visa cumprir com a determinação constitucional de que todas as decisões judiciais dos órgãos do Poder Judiciário serão públicas, no entanto, defende-se uma aplicação restrita deste dispositivo às decisões judiciais.

Ora, somente se pode impor ao órgão jurisdicional o esgotamento do exame de todas as decisões judiciais arguidas pelas partes se essas estiverem previstas no art. 927, CPC. Assim, se defende uma interpretação restritiva do dispositivo, assim como a ausência de omissão caso o órgão julgador não venha a se posicionar expressamente sobre alguma decisão judicial suscitada pela parte, mas não abordada pelo órgão jurisdicional em seu pronunciamento.

Entende-se que este posicionamento se coaduna com o posicionamento, tanto do STF, como do STJ que concedem interpretações mais restritivas ao dispositivo normativo que impões o dever de fundamentação, pois, segundo os Tribunais Superiores, o órgão jurisdicional não esta obrigado a analisar toda a argumentação jurídica apresentada pelas partes no decorrer no procedimento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2015.

ABBOUD, Georges. Processo Constitucional Brasileiro. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2016.

BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito. São Paulo : Martins Fontes, 2010.





BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil : inteiramente estruturado à luz do Novo CPC. São Paulo : Saraiva, 2015.

DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. São Paulo : Martins Fontes, 2012.

DE CICCO, Cláudio. História do Direito e do Pensamento Jurídico. São Paulo : Saraiva, 2017.

FINE, TONI M. Introdução ao Sistema Jurídico Anglo-Americano. São Paulo : Wmf Martins Fontes, 2011.

KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo : Martins Fontes, 2016.

LUIZ, Fernando Vieira. Teoria da Decisão Judicial : Dos Paradigmas de Ricardo Lorenzetti à Resposta Adequada à Constituição de Lênio Streck. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2013.

LUNARDI, Soraya. Teoria do Processo Constitucional : Análise de sua autonomia, natureza e elementos. São Paulo : Atlas, 2013.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios Constitucionais. Sergio Antonio Fabris : Porto Alegre, 1999.

SEIXAS, Bernardo Silva de. Inconstitucionalidade por Omissão : A Proteção da Constituição Contra o Silêncio do Legislador. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2016.

TAVARES, André Ramos. A Inconsistência do Tribunal Constitucional como “Legislador Negativo” em face de Técnicas Avançadas de Decisão Judicial. *In* Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, ano 04, n. 15, Belo Horizonte, jul./set. 2010.