

## O Novo Código de Processo Civil e o sistema de precedentes judiciais: pensando um paradigma discursivo da decisão judicial

Cláudia Albagli Nogueira

**Sumário:** 1 Introdução – 2 O Novo Código de Processo Civil – 3 Precedente: distinções e conceitos fundamentais (*ratio decidendi* e *obiter dictum*) – 4 O sistema de precedente judicial no NCPC: qual racionalidade? – Conclusão – Referências

**Resumo:** A Teoria do Direito nos aponta a superação de um sistema lógico-dedutivo, baseado no dogma da subsunção, para um paradigma jurídico discursivo, que incorpora a moral e entende o processo como espaço indispensável à efetivação do direito, por possibilitar a construção democrática de argumentos. Nessa esteira, o Novo Código de Processo Civil brasileiro, prestes à aprovação pelo Congresso Nacional, apresenta reformulação de todo o sistema processual, inclusive, com a introdução de um capítulo para a regulamentação de um sistema de precedentes judiciais. Pensar esse sistema de precedentes na concepção jurídica atual e procurar delimitar possíveis limites à preservação da racionalidade da decisão judicial é o que se procura fazer no trabalho que se segue. Os conceitos de auditório universal, pretensão de correção e consenso são trabalhados como possíveis balizas da decisão judicial. Conclui-se pela importância da oficialização do sistema de precedente judicial para a celeridade da Justiça e resguardo da segurança, igualdade e previsibilidade das decisões judiciais.

**Palavras-chave:** Novo Código de Processo Civil. Precedentes judiciais. Pós-positivismo.

### 1 Introdução

Já é consolidado o entendimento de que vivemos um novo tempo no direito. Sem adentrar nos debates terminológicos,<sup>1</sup> não há como negar a existência de uma nova visão, que supera o paradigma positivista e introduz outro modo de pensar e aplicar o direito.

Essa mudança se opera tanto no plano universal, já que autores de várias partes do mundo produzem reflexões teóricas, cada um a partir de sua ótica,<sup>2</sup> como também no plano local, em que encontramos diversos trabalhos que formam quase que um entendimento unívoco sobre o quadro de mutações que se apresentam.<sup>3</sup>

Capitaneado pelo processo de implementação da Constituição Federal de 1988 e restabelecimento do estado democrático de direito, o que temos no Brasil é um amplo processo de fortalecimento das instituições democráticas, *pari passu* à normatização dos princípios e consequentes transformações no modo de interpretar e aplicar o direito. Esse é o quadro que temos, que está e com o qual convivemos de modo bem próximo, especialmente na última década, quando cresceu demasiadamente o número de obras abordando o neopositivismo, neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, nomenclaturas utilizadas para referenciar as transformações ocorridas nos diferentes ramos do direito pátrio.

Seriam, assim, alterações vindas no bojo desse novo movimento jurídico: a consideração dos princípios no processo de interpretação e aplicação do direito; a ascensão do papel da

hermenêutica como teoria interpretativa a serviço da superação da concepção formalista do direito; o pensamento problemático do direito; a valorização do discurso como instrumento para a construção de interações comunicativas que têm a tarefa de integrar o processo de interpretação e aplicação da norma; e a processualização, na compreensão do processo como espaço necessário para a efetivação do direito.

O que nos interessa, contudo, é procurar analisar as possíveis implicações a ocorrer a partir da promulgação e entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (NCPC),<sup>4</sup> mais precisamente no que se refere à menção a um sistema de precedentes conforme se infere dos seus artigos 520 a 522.<sup>5</sup>

Não obstante já tenhamos exemplos de disposições legais que nos remetem a essa realidade,<sup>6</sup> a abertura pelo NCPC de um capítulo para tratar de um sistema de precedentes é muito significativa e nos impele a pensar sobre quais alterações se seguirão no ordenamento jurídico e, também, no mecanismo de decisão, já que o juiz deixará de pensar a decisão numa repercussão exclusivamente endoprocessual para pensá-la prospectivamente e para além do processo, porque poderá transmutar-se em regra geral, como é da natureza do precedente.

O propósito, pois, é debater um pouco do NCPC no que se refere aos precedentes judiciais, realçando o aspecto discursivo, na compreensão de que nesta dimensão estará o nó górdio da atividade judicial nos próximos tempos.

Para tanto, dividimos o nosso trabalho em quatro partes, a saber: uma primeira parte em que irá ser abordada a superação do sistema fundado no dogma da subsunção para um sistema discursivamente construído, procurando entender a relevância e o papel do processo como espaço de delimitação do discurso e direito fundamental do cidadão, bem como a intrínseca relação entre direito e moral estabelecida no discurso racionalmente elaborado. Num segundo momento será explicado o NCPC e especificada a parte dos precedentes judiciais e o limite das disposições legais sobre. Na terceira parte, delimitaremos o conceito de precedente judicial e as principais noções a ele associadas e, por fim, na quarta parte, uma reflexão sobre as decisões judiciais dentro dessa nova lógica processual, na busca de apresentar alguns possíveis limites para o resguardo da racionalidade na sentença judicial e funcionamento do sistema de precedentes.

### **1.1 Do dogma da subsunção ao paradigma discursivo: o processo como espaço e limite de construção do discurso**

Dentre as muitas mudanças implementadas na Teoria do Direito a partir da reformulação do ideário positivista, a superação do dogma da subsunção<sup>7</sup> está como uma das principais revoluções incorporadas, porque modifica a metodologia da decisão judicial, impondo um novo modo de raciocínio jurídico.

Não se estar a falar em abandono da técnica de subsunção,<sup>8</sup> porque ainda válida para a grande maioria das situações em que o juiz irá decidir com base em regra diretamente aplicável ao caso concreto. O que há é a assimilação de outras técnicas de decisão judicial tendentes a atender àquelas situações em que se apresentam os chamados casos difíceis, ou seja, demandas judiciais em que não se encontra resposta a partir da simples aplicação de regra, fazendo-se necessário o

recurso a outros modos de resolução do conflito com vistas a resguardar a justiça da decisão.

São casos conflituosos em que não há como decidir com base no sistema lógico-dedutivo de aplicação da regra, seja porque esta não atende à excepcionalidade da demanda ou em virtude da oposição de um (ou mais) princípio(s) previsto(s) no sistema jurídico e aplicável ao caso concreto.

Como consequência imediata, está a exigência de uma maior carga argumentativa, pois, se estamos a falar da excepcionalidade, que é a não aplicação da regra, pela sua superação ou pela sobreposição de um princípio, indispensável que estejam fartamente expressas as razões para a alternativa por outro sistema de decisão judicial, sendo o mais comumente apontado a técnica de ponderação.<sup>9</sup> Cabe ao juiz o compromisso com a densidade argumentativa que demonstre a plausibilidade e resguarde a racionalidade da decisão judicial.

É fundamental que tenhamos em conta que para a superação de uma regra faz-se necessária a concretização do ideal de justiça que justifique a medida, servindo este como um mecanismo regulador. Isto porque o atendimento a uma norma positivada também traz um componente moral<sup>10</sup> e para a sua superação deve haver uma justificativa igualmente admissível.

Por essa razão, fala-se em um paradigma discursivo, porque passa a tomar a construção argumentativa como mecanismo de controle e proteção da justiça da decisão judicial. Seria por onde se faria a ponte entre o direito real e o direito ideal (justo correto), sendo a argumentação o meio capaz de fundamentar racionalmente as normas e decisões tomadas com fundamento no direito, sejam elas regras ou princípios.<sup>11</sup>

O discurso jurídico, por sua vez, depende de limites materiais e formais, sendo daí que defendemos, ainda como componentes do estado atual do direito, a intrínseca relação entre direito e moral (limite material) e o processo como espaço de delimitação e controle dessa atividade argumentativa (limite formal), consolidando-se como direito fundamental do cidadão.

### **1.1.1 Limite material ao paradigma discursivo: da intrínseca relação entre direito e moral**

Afirmar a reaproximação entre direito e moral está na base das teorias atuais do direito, em contraponto àquilo que foi mote de negação pelo positivismo lógico e também por positivistas pós-kelsenianos. Manifesta-se essa aproximação quando atestada a normatização dos princípios, o seu papel como meio de fundamentação, integração ou interpretação do direito ou, também, pela possibilidade da consideração de argumentos morais quando da decisão judicial.

O positivismo jurídico, que encontra em Hans Kelsen sua face mais bem definida, trazia a afirmação da separação entre direito e moral como pressuposto para a compreensão do fenômeno jurídico normativo e sua autonomia científica. O referido autor afirmava que a tarefa da ciência jurídica seria uma descrição alheia a valores e, portanto, distinta da moral.<sup>12</sup>

Embora com pensamento mais moderado, Herbert Lionel Adolphus Hart manteve-se na linha positivista e insistiu na tese da separação entre direito e moral. Assim, não obstante tenha reconhecido que o direito foi influenciado pela moral ao longo dos séculos, não acreditou haver necessidade de um sistema jurídico mostrar conformidade específica com a moral, crendo que são

sistemas estanques.<sup>13</sup>

Somente com a crise do paradigma do pensamento positivista é que a tese da separação passou a ser contestada de maneira veemente, com substanciosas colaborações da Teoria dos Princípios,<sup>14</sup> bem assim os autores denominados procedimentalistas, conforme analisaremos na sequência do texto.

O principal fundamento para a defesa da aproximação entre direito e moral está no resgate do indivíduo como preocupação central do direito. Passada a segunda grande guerra, o pensamento jurídico passa a ser alvo de críticas por permitir sustentar, com a tese positivista, a possibilidade de sistemas jurídicos atentatórios à dignidade humana. Resgata-se a exigência da proteção à pessoa humana e a relação direito/moral passa a estar no cerne do recondicionamento do pensamento jurídico.

A moral passa a ser apresentada como fundamento primeiro do direito, que não deve distanciar-se de um pressuposto axiológico que garanta a proteção do indivíduo na sua dignidade. O fundamento, pois, não é de caráter formal, como se deu no positivismo com a tese da separação, mas sim de caráter material, mais do que isso, estrutural. É estar certo de que o direito não pode ser construído sem ter como base fundamentos morais, pois o contrário disso é a abertura para a justificação de sistemas atentatórios à pessoa humana.

Quem bem define a intrínseca relação entre direito e moral é Robert Alexy, quando, em texto de sua autoria, atribui três fatores: princípios e argumentos morais seriam abarcados pelo direito, limitação do direito positivo pela moral e a moral como fundamento da obediência ao direito.<sup>15</sup>

O primeiro fator, segundo Alexy, é que o direito tem a pretensão de correção (argumento da correção) e, para isso, acaba por abarcar princípios morais. Estes, por sua correção, são incorporados no direito por uma regra de conhecimento como "prática normativa convencional".<sup>16</sup> É o chamado "positivismo inclusivo".<sup>17</sup>

Sobre a pretensão de correção, este tema será desenvolvido na parte final do trabalho, quando trataremos de modo específico dos precedentes judiciais e a racionalidade da decisão que o contém.

O segundo fator apontado pelo autor alemão é o que ele denomina de "problema da limitação",<sup>18</sup> por entender que a moral serve como limite externo ao direito. Portanto, quando presente uma injustiça gritante, deve a validade jurídica da norma ser eliminada, entendendo-se que dá-se primazia à justiça material ante a segurança jurídica.<sup>19</sup>

O terceiro e último fator apontado pelo autor é o "problema da fundamentação",<sup>20</sup> ou seja, da existência ou não da cobrança de uma norma somente porque é ela direito, independentemente do seu conteúdo. Para o autor essa visão é equivocada porque o indivíduo coloca-se de acordo com a norma jurídica não só porque é norma, mas porque age conforme preceitos morais. Assim, haveria na moral um fundamento para a obediência ao direito, assim como na norma imoral uma autorização para desatendimento ao direito.<sup>21</sup>

Nessa mesma linha, Oscar Vilhena Vieira, tratando da interpretação constitucional, ressalta que a

Constituição Federal não pode ter sua legitimidade limitada à sua positividade legal, devendo ser intrinsecamente boa, funcionando como “reserva de justiça”.<sup>22</sup> Desse modo, conforme o autor, na dúvida interpretativa deve-se sempre buscar a alternativa moralmente mais correta para preencher o conteúdo aberto das normas jusfundamentais. Sendo a moral um fundamento último para a Lei Maior.<sup>23</sup>

Jürgen Habermas, sob outra ótica, analisa a relação entre direito e moral concretizada em nível procedimental. No pensamento habermasiano, a aproximação entre direito e moral não se daria no fundamento do sistema jurídico, na criação ou assimilação das normas jurídicas (momento anterior), mas na aplicação da norma, através do espaço procedimental e por meio do discurso jurídico (momento posterior).

Segundo Habermas, a moral não estaria mais pairando acima do direito, como “uma proposição suprapositiva de normas”;<sup>24</sup> está ela contida no direito positivo sem, contudo, estar absorvida por ele. Assim, o espaço processual é o lugar de concretização da moral.<sup>25</sup>

É sob essa ótica que entendemos e propomos a análise do processo como o segundo mecanismo de balizamento a esse paradigma discursivo, pela possibilidade de nos limites formais nele estabelecidos estar a delimitação para a construção legítima de argumentos e da própria decisão judicial.

### **1.1.2 Limite formal: o processo como espaço e limite da construção do discurso**

A crescente complexidade das questões levadas a juízo em contraposição à insuficiência das normas faz do processo o espaço indispensável à solução das demandas, porque ali serão construídas as decisões sob a garantia de limites temporais e procedimentais. Apresenta-se o processo como garantia constitucional do indivíduo, um ambiente de proteção, exercício e satisfação de direitos fundamentais.<sup>26</sup>

É expressão do Estado Democrático de Direito pelo feixe de garantias a ele associadas e pelo reconhecimento de um espaço não apenas de simples aplicação do direito, mas também de compreensão (como vivência da norma) e criação do Estado-juiz sob os limites e possibilidades assegurados e materializados no devido processo legal (sentido formal e substantivo).<sup>27</sup>

Willis Santiago Guerra Filho<sup>28</sup> destaca que é pela processualização que deixamos de ter respostas já dadas para termos respostas construídas. Não haveria uma verdade ou decisão já pronta, escondida no processo; a verdade se dá na construção e desenvolvimento do processo, daí apresentar-se o espaço processual como verdadeiro reforço ao Estado Democrático de Direito e limite válido ao paradigma discursivo.

O Judiciário faz do processo o espaço de criação e produção de direito e esse se mostra adequado para tanto por resguardar a participação democrática dos indivíduos, seja isolada ou coletivamente, onde os interessados são convencidos da conveniência de se perseguir certo objetivo e da adequação dos meios a serem empregados para atingir essa finalidade.<sup>29</sup>

No processo está, pois, a concretização de um direito fundamental e a forma de controle do

paradigma discursivo, seja por delimitar o espaço de formação dos argumentos, seja por possibilitar a implantação de uma nova lógica diversa da tradição positivista e que atende à complexidade da sociedade contemporânea.

Voltando a Habermas e a sua afirmação do processo como espaço de concretização da moral, diz ele:<sup>30</sup>

A moralidade que não só defronta o direito, mas que, também, se estabelece, por si só, no direito positivo, é, certamente, de natureza puramente processual; ela libertou-se de todos os conteúdos determinados de normas e sublimou-se num procedimento de fundamentação e aplicação, de possíveis conteúdos de normas. Deste modo, um direito processual e uma moral processual conseguem controlar-se mutuamente.

No pensamento do autor, legalidade só pode gerar legitimidade na medida em que a ordem jurídica reage de modo reflexivo à necessidade de justificação, entendendo ele que isso ocorre necessariamente no espaço processual.

A possibilidade das opiniões divergentes serem colocadas em comunicação na busca do consenso necessita de uma dimensão pragmática que se reflete nos procedimentos, onde se harmonizam direitos individuais e coletivos.<sup>31</sup> Justiça e racionalidade – manifestações do jusnaturalismo e positivismo lógico – convergem para o debate em torno da procedimentalização, seus limites e possibilidade, alinhando Teoria do Direito e Teoria do Processo.

Conforme Habermas, o fato de querermos fundamentar eticamente o direito não implica um retorno ao jusnaturalismo, em qualquer de seus matizes. As propostas do direito natural, com suas demandas universalmente obrigatórias, são demasiado fortes para a contemporaneidade jurídica, pluralista e com várias pretensões ao estabelecimento de verdades morais, que, embora conflitantes, não podem ser excluídas. Para Habermas, a legitimidade do direito deve ser buscada nas teorias éticas procedimentais.<sup>32</sup>

É com esse espírito que passamos a analisar o projeto em trâmite do Novo Código de Processo Civil, especificamente no que se refere aos artigos em que trata dos precedentes judiciais, na busca de refletir sobre os limites da decisão judicial para a garantia da sua racionalidade e funcionamento satisfatório do sistema de precedentes. Como marcos teóricos, estão: a compreensão da aproximação entre direito e moral e o processo como direito fundamental e limite válido à construção racional do discurso judicial.

## **2 O Novo Código de Processo Civil**

Em trâmite na Câmara dos Deputados para aprovação do relatório final, o PL nº 8.046/10<sup>33</sup> dispõe sobre a revogação da Lei nº 5.869/73 (Código de Processo Civil) e aprovação de novas regras para o processo civil brasileiro (NCPC).

O PL nº 8.046/10 reúne todas as proposições em trâmite nas casas do Congresso que tratavam de modificações no ainda vigente CPC e formula uma nova proposta para o funcionamento do sistema

judicial. Já com 900 (novecentas) emendas ao projeto originário vindo do Senado Federal (PL 166/10), o NCPC promete revolucionar o processo judicial pelas significativas mudanças que propõe ao sistema atualmente em vigor, especialmente por trazer à parte geral o regramento do processo eletrônico, avanço indispensável para a consolidação de um sistema mais célere e adequado às exigências da atualidade.

Convém lembrar que estamos falando das regras pertinentes a todas aquelas ações que não sejam penais, podendo-se incluir até mesmo as ações trabalhistas, já que estas usam subsidiariamente o CPC. Desse modo, é patente a importância do NCPC para a práxis jurídica brasileira, sendo a sua aprovação um respeitável passo para o aperfeiçoamento do nosso Poder Judiciário; afinal de contas, o atual CPC é anterior à Constituição Federal de 1988, portanto, elaborado e aprovado sem o referencial político do estado democrático de direito.

Por si só, esse dado já é significativo para se compreender a necessidade e impacto do NCPC. Acresçam-se as transformações ocorridas na Teoria do Direito, como já sinteticamente apresentado na primeira parte desse texto, bem assim várias modificações implementadas em sistemas conexos, como a criação do Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto do Idoso, o novo Código Civil e o sistema de mediação e arbitragem.

Dentre as alterações propostas, está a modificação no sistema de produção de provas no processo de conhecimento, a possibilidade no processo de execução de penhora de parte dos salários para quitar dívidas e a inscrição dos devedores em cadastros de proteção ao crédito. Alguns procedimentos especiais extintos pelo texto do Senado foram recuperados pela Câmara, que também criou um rito específico para as ações de família. Quanto aos recursos, o procedimento para apelar da sentença sofreu alterações, com o objetivo de agilizar o processo.<sup>34</sup>

Assim, chega o NCPC com a imensa responsabilidade de suprir as deficiências cumuladas no nosso sistema judicial e adequar-se para o cumprimento do ideal de oferecimento célere e justo da prestação jurisdicional. No geral o seu espírito é de diminuição das formalidades legais sem prejuízo da proteção ao jurisdicionado.

## **2.1 O sistema de precedente judicial: capítulo XV do NCPC**

No bojo dessas modificações é que está a criação de um sistema de precedentes judiciais, ponto da proposta em trâmite que nos interessa de maneira específica. A abertura no texto do NCPC para o tratamento do precedente judicial institui oficialmente um sistema no direito brasileiro elaborando regras destinadas a fixar o modo de aplicação e as consequências jurídicas impostas às partes no processo e ao julgador para o atendimento dos precedentes judiciais.

Em verdade, pode-se dizer que o NCPC organiza as regras já existentes em nosso sistema, como já mencionado na introdução deste texto, associando os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia como pressupostos valorativos da obrigatoriedade do sistema de precedentes judiciais. A ideia é a uniformização da jurisprudência dos tribunais superiores, de modo a dar ao jurisdicionado maior previsibilidade das demandas judiciais e reduzir o nível de insegurança existente pela possibilidade de decisões díspares em casos judiciais onde a semelhança dos fatos materiais indique a aplicação

da mesma solução judicial.

A criação e organização de um sistema de precedentes pelo NCPC atende à expectativa de todo e qualquer jurisdicionado de ter a decisão da sua causa em sintonia com aquilo que é o entendimento majoritário do juízo ao qual se recorre e, por decorrência, ver assegurada a justiça pelo tratamento semelhante de demandas semelhantes. É o princípio da justiça formal universal, recorrentemente mencionado por MacCormick,<sup>35</sup> e que é a base para o respeito aos precedentes.

Ainda não definitivamente consolidado, já que passível de alterações até a ulterior aprovação do texto final, o capítulo quinze do Novo Código de Processo Civil traz longa disposição sobre a aplicação de precedentes fixando as diretrizes que determinarão a uniformização da jurisprudência brasileira e assegurarão ao cidadão uma maior segurança quanto às decisões judiciais:<sup>36</sup>

## CAPÍTULO XV

### DO PRECEDENTE JUDICIAL

Art. 520 Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável.

Parágrafo único. Na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, os tribunais devem editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante.

Art.521 Para dar efetividade ao disposto no art. 520 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas:

I – os juízes e os tribunais seguirão a 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;

II – os juízes e os tribunais seguirão os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e dos tribunais aos quais estiverem vinculados, nesta ordem;

III – não havendo enunciado de súmula da jurisprudência dominante, os juízes e os tribunais seguirão os precedentes:

a) do plenário do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional;

b) da Corte Especial ou das Seções do Superior Tribunal de Justiça, nesta ordem, em matéria infraconstitucional;

IV – não havendo precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, os juízes e os órgãos fracionários do Tribunal de Justiça ou do Tribunal Regional Federal seguirão os precedentes do plenário ou do órgão especial respectivo, nesta ordem;

V – os juízes e os órgãos fracionários do Tribunal de Justiça seguirão, em matéria de



direito local, os precedentes do plenário ou do órgão especial respectivo, nesta ordem.

§1º Na hipótese de alteração da sua jurisprudência dominante, sumulada ou não, ou de seu precedente, os tribunais podem modular os efeitos da decisão que supera o entendimento anterior, limitando sua retroatividade ou lhe atribuindo efeitos prospectivos.

§2º A mudança de entendimento sedimentado, que tenha ou não sido sumulado, observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§3º Nas hipóteses dos incisos II a V do *caput* deste artigo, a mudança de entendimento sedimentado poderá realizar-se incidentalmente, no processo de julgamento de recurso ou de causa de competência originária do tribunal, observado, sempre, o disposto no §1º deste artigo.

§4º O efeito previsto nos incisos do *caput* deste artigo decorre dos fundamentos determinantes adotados pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado.

§5º Não possuem o efeito previsto nos incisos do *caput* deste artigo:

I - os fundamentos, ainda que presentes no acórdão, que não forem imprescindíveis para que se alcance o resultado fixado em seu dispositivo;

II - os fundamentos, ainda que relevantes e contidos no acórdão, que não tiverem sido adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador.

§6º O precedente ou a jurisprudência dotado do efeito previsto nos incisos do *caput* deste artigo pode não ser seguido, quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, mediante argumentação racional e justificativa convincente, tratar-se de caso particularizado por situação fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica.

§7º Os tribunais deverão dar publicidade aos seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os preferencialmente por meio da rede mundial de computadores.

Art. 522 Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos:

I – o do incidente de resolução de demandas repetitivas;

II – o dos recursos especial e extraordinário repetitivos.

No tocante à eficácia, determina a obrigatoriedade de todos os juízos e tribunais de seguir as súmulas vinculantes (trazendo para CPC previsão já contida na CF/88), os acórdãos em assunção de competência, em incidente de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos (art. 521, I).

Estabelece, ainda, a eficácia obrigatória do precedente judicial de acordo com as relações de competência (obrigatoriedade de cumprimento das súmulas do STF em matéria constitucional e em matéria infraconstitucional as súmulas do STJ e seus tribunais, nessa ordem – art. 521, II) e relações de hierarquia (tribunais inferiores e juízos obrigados a seguir os seus superiores – art. 521, IV).

Em não havendo enunciado de súmula da jurisprudência dominante, os juízes e os tribunais seguirão os precedentes: a) do plenário do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional; b) da Corte Especial ou das Seções do Superior Tribunal de Justiça, nesta ordem, em matéria infraconstitucional (art. 521, III, “a”, “b”) e em matéria de direito local os juízes e os órgãos fracionários do Tribunal de Justiça seguirão os precedentes do plenário ou do órgão especial respectivo, nesta ordem (art. 521, V).

Ainda no art. 521 do NCPC estão elencadas as regras para efeito temporal do precedente, superação e distinção.

O art. 521, §1º, trata da modulação dos efeitos da decisão quando esta representar a superação de um precedente anterior (jurisprudência dominante ou súmula). Assim, poderão os tribunais modular os efeitos das decisões modificadoras, de modo a determinar a amplitude da sua retroatividade, ou até mesmo fixar apenas efeitos prospectivos à decisão. Uma vez mais, o propósito do legislador é guardar certa margem de liberdade ao Judiciário para resguardar a segurança jurídica das decisões e entendimentos majoritários dos seus órgãos. Autorizando a modulação de efeitos, caberá aos tribunais, caso a caso, analisar quanto à necessidade ou não de barrar os efeitos retroativos da mudança de jurisprudência ou alteração de súmula.

O NCPC inova também por trazer já embutida a sistemática de superação dos precedentes, conforme se extrai do art. 521, §1º a §3º. Nestas disposições estão as exigências de forma e conteúdo para que se supere um precedente firmado, sempre com o intento de assegurar ao jurisdicionado segurança e isonomia. Os tribunais não estão coagidos a seguir cegamente uma súmula ou jurisprudência se convencidos de que esta não mais se aplica, mas têm por dever justificar racionalmente o seu posicionamento.

Regulamenta a questão da possibilidade de na decisão judicial realizar-se a distinção (*distinguishing*) afastando a aplicação do precedente (art. 521, §6º). A distinção é fundamental no exercício de convencimento do magistrado, vez que, uma vez identificadas particularidades (situação fática distinta e situação jurídica não decidida), o juiz tem por obrigação eximir-se à aplicação do precedente e realizar novo juízo sobre a causa. O parágrafo mencionado fala ainda da necessidade de justificação racional e convincente para afastar o precedente, reforçando, pois, o dever de fundamentação do julgador, o que demonstra que a atividade de aplicação do precedente em nada mecaniza o julgamento, exigindo do mesmo modo o compromisso de formação do convencimento e fundamentação, seja para aplicar ou afastar um precedente.

Por fim, o art.521 cuida de elucidar o que forma o precedente que obrigará aos juízes e tribunais, esclarecendo que não são os motivos anexos da decisão, mas os determinantes, sem os quais o julgador não teria chegado ao dispositivo final. São os motivos determinantes, ou *ratio decidendi*, que formarão o precedente a ser seguido nas decisões subseqüentes, porque nele está o cerne do entendimento do julgador sobre o qual recai o caráter vinculante da decisão.

De maneira sintética são essas as disposições referentes aos precedentes judiciais e que deverão balizar os procedimentos nos tribunais superiores a partir da promulgação do Novo Código de Processo Civil, o que deve acontecer ainda neste ano de 2013. Reafirmamos a relevância do capítulo ora analisado pela implantação de uma nova lógica judicial tanto pelos efeitos pretendidos a partir da proteção aos precedentes judiciais (previsibilidade, igualdade de tratamento e segurança jurídica), como também por invocar uma nova racionalidade às decisões judiciais, que deverão ser elaboradas conscientes de oferecerem substrato para aplicação a casos futuros, não se esgotando nos limites subjetivos da demanda em que se formam.

É daqui que se nos apresenta a necessidade de uma reflexão mais aprofundada sobre o tema precedente judicial, já que, vislumbrando a implantação de um sistema no nosso Novo Código de Processo Civil, é de se perguntar qual racionalidade se espera das decisões judiciais? Ou, em outras palavras, quais os possíveis limites para que reste resguardada a racionalidade da decisão judicial sem prejuízo do funcionamento do sistema de precedente judicial?

### **3 Precedente: distinções e conceitos fundamentais (*ratio decidendi* e *obiter dictum*)**

É da Teoria do *Stare Decisis* que vêm os precedentes. A Teoria do *Stare Decisis* é aquela adotada pelos países da *common law* e considera os precedentes judiciais como de observância obrigatória (*binding precedents*). Assim, é a prática de aplicar precedentes para o desenvolvimento do raciocínio jurídico na decisão ou como forma de alegação, de modo a manter a igualdade entre casos anteriores e presentes que sejam similares, que é a base do *Stare Decisis*.<sup>37</sup>

Henry Black, juridicamente, define o precedente judicial como um caso sentenciado ou decisão de uma corte considerada como fornecedora de um exemplo ou de autoridade para um caso similar ou idêntico posteriormente surgido ou para uma questão similar de direito.<sup>38</sup>

Os precedentes são as decisões de uma corte que servem de subsídio para processos posteriores similares. O próprio nome já diz: é algo que precede o anteriormente ocorrido. São decisões de uma corte que são consideradas para um caso subsequente e podem, portanto, projetar efeitos jurídicos ao futuro condicionando os indivíduos, o que demonstra a sua força normativa.<sup>39</sup>

Assim, nem toda decisão constitui um precedente, pois existem decisões que não possuem qualquer relevância para situações subsequentes, não havendo porque formar precedente. É necessária a potencialidade para se tornar paradigma de orientação a advogados e magistrados,<sup>40</sup> tem-se de elaborar tese jurídica inédita ou definitivamente delineá-la, deixando-a cristalina.<sup>41</sup>

Entre as distinções indispensáveis, é preciso que fique claro que o precedente judicial não se confunde com a jurisprudência, há entre eles uma diferença quantitativa: para que se forme jurisprudência é indispensável um conjunto de decisões reiteradas, enquanto que para que haja precedente é suficiente apenas uma decisão.

Francisco Rosito menciona, ainda, uma diferença qualitativa ente precedente e jurisprudência, já que "enquanto os precedentes oferecem substrato para sua aplicação a casos futuros, a jurisprudência apenas aponta sentidos".<sup>42</sup>

Já as súmulas são proposições sobre a interpretação do direito que decorrem da jurisprudência assentada num determinado Tribunal.<sup>43</sup> Têm formato de enunciado e no nosso país é publicada em numeração crescente. Pretendem expor a *ratio decidendi* comum a reiteradas decisões sobre uma matéria concretizadas num Tribunal superior.<sup>44</sup> Pelo sistema do NCPC, os precedentes serão extraídos das súmulas e acórdãos dos tribunais superiores, conforme explanamos anteriormente.

Feitas as distinções e delimitação do conceito de precedente, vamos conhecer dois dos conceitos fundamentais para a composição da chamada dimensão objetiva do precedente:<sup>45</sup> a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*.

A *ratio decidendi*<sup>46</sup> é o conceito mais importante dentro da teoria dos precedentes. É a motivação da decisão, os fundamentos do juiz, os argumentos por ele utilizados que são determinantes para a situação e que podem servir de paradigma para futuras decisões. São as razões de decidir do precedente que vão operar vinculação, extraíndo-se uma regra geral que se aplica a outras situações semelhantes.<sup>47</sup> Ao analisar o precedente, deve o operador primeiramente identificá-lo e distingui-lo, pois é a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*).<sup>48</sup>

Considera-se na atualidade que esta engloba não só o dispositivo da sentença, mas também os fundamentos principais para aquela decisão. Assim é que a *ratio decidendi* inclui os fatos relevantes da causa (*statement of material facts*), o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*) e o juízo decisório (*judgement*).

Outro conceito de enorme relevância é o *obiter dictum*,<sup>49</sup> que são as proposições da decisão que não fazem parte da *ratio decidendi*. Estão presentes na decisão, mas não são necessárias para a decisão. São juízos acessórios, secundários, utilizados pelo juiz para a construção da decisão judicial, mas prescindíveis para o deslinde da controvérsia. Para José Rogério Cruz e Tucci<sup>50</sup> o *obiter dictum* não se presta para ser invocado como precedente vinculante em caso análogo, mas pode servir como argumento de persuasão.

O *obiter dictum*, não obstante não componha a regra de direito (*rule of law*) extraída do precedente, desempenha papel persuasivo e argumentativo fundamental, podendo ser relevante o seu uso para fundamentação de situações similares.

Teoricamente, a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* parece fácil, mas, na prática, pode haver a dificuldade de identificação, no que sugere Karl Engisch que a distinção se dê por exclusão, ou seja, deve o sujeito delimitar a *ratio* ("somente será vinculativa na medida em que necessária para a decisão do caso jurídico") e não se encaixando o argumento nessa análise tratar-se-ia de *obiter dictum*.<sup>51</sup>

#### **4 O sistema de precedente judicial no NCPC: qual racionalidade?**

Se o processo é direito fundamental e se configura como espaço apto à construção contraditória dos argumentos que colaborarão para a formação da convicção judicial, a sentença é o ápice desse desenvolvimento, porque pretende pôr fim ao conflito ali existente. Desse modo, guarda uma

racionalidade que exige que uma de suas premissas deva ser a formulação de uma norma universal.

Alexy explica que o fundamento para isso consiste que as sentenças devem se apoiar em regra universal, o que corresponde ao princípio da justiça formal, o qual exclui que, em dois casos cujos aspectos relevantes para a decisão podem ser descritos de modo igual completamente, sejam pronunciadas sentenças distintas.<sup>52</sup>

Sendo esse um pressuposto filosófico para as sentenças em geral, mais ainda aplicável se mostra às decisões que têm a pretensão de formar um precedente judicial. Nesse caso, acresce a responsabilidade do Judiciário, porque sabido que a sentença produzida servirá de referencial para os casos subseqüentes, exigindo-se, pois, o compromisso com uma racionalidade que assegure a formação de um paradigma jurídico.

Pensar essa racionalidade é tarefa que impulsiona muitos teóricos e que não há de se esgotar, porque sempre renovado o desafio. No nosso caso, a mudança que implicará a oficialização de um sistema de precedente, a partir da promulgação do Novo Código de Processo Civil, é que nos exige refletir teoricamente quais balizas acompanharão a atividade do magistrado para que sua tarefa decisória, nas situações estabelecidas pela nova lei, atenda ao propósito de pôr fim ao conflito decidido e de formar precedente que se aplicará aos casos futuros.

A sentença deixa de ser apenas uma peça referente àquela demanda judicial e ganha repercussão externa alcançando os casos futuros que, pela relação de semelhança relevante com a situação paradigma, bebem na sua *ratio* para resolver à demanda.

Há, então, a necessidade de se afirmar limites a demarcar a atividade judicial para atender à pretensão de universalização da decisão.

#### **4.1 O precedente judicial como o argumento aplicável ao auditório universal**

Na obra "Tratado da Argumentação: a nova retórica", Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca trazem a distinção entre persuadir e convencer, dizendo-nos que a persuasão é uma argumentação que pretende valer apenas para o auditório particular (específico), enquanto que a convincente seria aquela que deveria obter a adesão de todo ser racional, válida, portanto, para o auditório universal.<sup>53</sup>

Assim, o convencimento refere-se ao caráter racional da adesão, sendo que a natureza do auditório é que determina tanto o aspecto que assumirão as argumentações quanto o caráter, o alcance que lhe serão atribuídos. A persuasão, por sua vez, não deixa de atender ao propósito da ação, mas não ultrapassaria os limites subjetivos do auditório particular porque são argumentos construídos para alcançar aqueles sujeitos específicos.

Recorremos a essa distinção porque acreditamos que um dos primeiros limites a balizar os juízes na elaboração das decisões, cientes de que elas poderão formar precedentes judiciais, é a assimilação de que se dirigirão a auditórios universais (tantos quantos venham a encaixar-se em situação de semelhança com a decidida) e não a auditórios particulares, compostos pelas partes do processo.

Quando pensamos em um sistema de precedentes, falamos de auditório universal, porque composto por indivíduos não limitados previamente, aos quais o juiz deverá convencer. Daí o cuidado que se deve ter com a construção discursiva da decisão, compreendendo que poderão suas argumentações ganhar *status* de norma geral (*a ratio decidendi*) e ultrapassar o limite subjetivo da decisão. O juiz deve ter o convencimento como finalidade da sua decisão e não somente persuasão.

Assim, as argumentações voltadas para um auditório universal devem ter fundamentos generalizáveis, quer dizer, princípios ou argumentos que todos os que aceitem as normas da racionalidade estejam dispostos a acolher. <sup>54</sup> Deve atender ao propósito de formar um paradigma para os casos semelhantes que serão futuramente decididos, por isso o convencimento, porque baseado em discurso racional e que pretende atender a uma universalidade.

#### **4.2 Da pretensão de correção como limite substancial ao precedente judicial**

A pretensão de correção é um fundamento do direito na compreensão pós-positivista e deve aqui ser estendido à incorporação do sistema de precedente judicial, como uma pretensão de correção adequada à racionalidade da decisão judicial que formará o precedente e que deve ter em conta não se exaurir no caso decidido.

Robert Alexy diz que a pretensão de correção é um objetivo do direito, quando justifica a intrínseca relação deste com a moral (ver seção 1.1.1). Fala da pretensão de correção a partir de três perspectivas: 1) o que significa que o direito promove uma pretensão? 2) o que deve ser entendido sob a necessidade da pretensão? 3) em que consiste o conteúdo da pretensão, a correção?<sup>55</sup>

Para a primeira pergunta, diz ele que a pretensão de correção do direito abarca a afirmação da correção através das leis e decisões judiciais, implicando uma garantia de “fundamentabilidade” e de esperança, assim entendido como o fato de que cada um que se põe no ponto de vista do sistema respectivo e é racional reconhece o ato jurídico como correto.<sup>56</sup>

Explica ele, ainda, que a pretensão de correção somente é de interesse para o conceito de direito quando ela, necessariamente, está unida com o direito. “Pudesse o direito tanto promover, como não promover essa pretensão, tratar-se-ia nela somente de uma das numerosas qualidades contingentes do direito”.<sup>57</sup> Daí a pretensão de correção como uma necessidade do direito, porque recurso à validade do seu discurso.

E, por fim, ao falar do conteúdo da pretensão, a correção, explica que o discurso jurídico pode ter conteúdos distintos a depender se é referido a uma lei ou a uma decisão judicial, porém, em ambos, há uma pretensão de fundamentabilidade, ou seja, a necessidade de fundamentação de normas gerais ou individuais, portanto, questões normativas ou práticas. O conteúdo seria, pois, a necessidade de fundamentação, ou um dever jurídico de decidir corretamente.<sup>58</sup>

Do conceito de pretensão de correção como dever jurídico de decidir corretamente é que entendemos outro limite à racionalidade da decisão judicial formadora de precedente judicial. Estamos a afirmar desde o início do presente trabalho que, com as mudanças na Teoria do Direito e agora também no processo civil, cresce a preocupação com o dever de construir, interpretar e

aplicar corretamente o direito, procurando sempre alcançar o maior grau de correção possível. O princípio da moralidade que é trazido para dentro do direito por meio da pretensão de correção, vale como um princípio geral dos ordenamentos jurídicos.<sup>59</sup>

Em um sistema de precedentes, segue-se a mesma linha, porque à medida que a regra a vigorar para futuras decisões estará contida na decisão judicial, maior a responsabilidade com a racionalidade do discurso, com a justificação dos argumentos apresentados e o compromisso com a pretensão de correção.

Assim, na composição atual da Teoria do Direito, está a responsabilidade de trabalhar em favor de um modelo de fundamentação onde será possível estabelecer um enunciado controlável racionalmente e que atenda à pretensão de universalidade que decorre do precedente judicial. Não significa imaginarmos que estaremos livres das arbitrariedades, sempre passíveis de ocorrer quando se trata do raciocínio prático, mas que existirá um limite racional que controlará a decisão. "A prática é realizável aproximadamente e sua realização suficiente não garante qualquer correção definitiva, mas tão-somente relativa."<sup>60</sup>

Aleksander Peczenick traz interessante posicionamento quando fala que existem diferentes níveis de justificação e que nas decisões judiciais trabalha com a ideia de "justificação contextualmente suficiente", ou as razões suficientes à decisão. Estas não estariam, contudo, livres da "derrotabilidade", ou seja, da possibilidade de serem desconstituídas.<sup>61</sup> Livre da derrotabilidade, explica o autor, só as justificações últimas, que são as filosóficas. As justificações contextualmente suficientes são o intermédio entre a justificação última e a descrição empírica e são, sim, passíveis de serem derrotadas, assim como os precedentes podem ser superados.

Assim, a correção se produz não apenas através do processo, mas no processo. Não devendo uma teoria processual não se desvencilhar dos conteúdos e da experiência, porque nestes estão os mecanismos de controle da sua racionalidade e alcance da correção.

#### **4.3 Do consenso como teleologia do precedente judicial**

A argumentação racional de uma decisão busca alcançar o consenso, assim entendido como a legitimação social da decisão.

Com a incorporação de um sistema de precedentes, deverá o juiz não só se preocupar com a racionalidade endoprocessual, mas também com o efeito prospectivo que terá a decisão, já que repercutirá em decisões futuras. Assim, o consenso em torno da decisão apresenta-se como objetivo da atividade judicial, defendendo-se a ideia de que é ele alcançado através da participação democrática dos sujeitos no processo.

Habermas fala sobre a correção do enunciado ser resultado de um procedimento comunicativo capaz de lhe conferir aceitabilidade racional.<sup>62</sup> Daí compreender-se, como dito na primeira parte deste trabalho, que o processo é direito fundamental por possibilitar o controle realizado no espaço da contrariedade de ideias (exercício do contraditório) e chegar a um resultado final que não se cinge à legalidade, mas também assegura a legitimidade, pois que democraticamente racionalizado.

O consenso é a verdade de um sentido discursivamente construído, o que reforça a ideia de legitimidade, já que no consenso estaria a receptividade e aceitabilidade do enunciado sentencial, mais precisamente a *ratio decidendi*. O consenso no sentido habermasiano que aqui compartilhamos parte do pressuposto de que é preciso uma argumentação real, da qual participem cooperativamente os concernidos. Só um processo de entendimento mútuo intersubjetivo pode levar a um acordo que é de natureza reflexiva; só então os participantes terão certeza de que chegaram a uma convicção comum.<sup>63</sup>

Para o consenso, coloca Habermas como exigências: a) todo aquele que possa contribuir para o discurso não deve ser excluído;<sup>64</sup> b) a todos os participantes é assegurada igual oportunidade; c) todos devem acreditar no que afirmam, sustentando pretensão de veracidade; d) deve estar ausente de influências externas, a única motivação deve ser o melhor argumento.

Desse modo, concluímos que o consenso decorre da intersubjetividade e da possibilidade de no conjunto das arrumações argumentativas alcançar a convicção em torno do discurso proferido. O consenso, assim como a pretensão de correção, não é definitivo nem incorrigível,<sup>65</sup> mas oferece até a sua falsificação a certeza de que necessita o discurso jurídico para pôr fim aos conflitos levados a juízo, bem assim àqueles semelhantes que venham a se apresentar.

O precedente judicial deve, pois, seguir esse caminho, ser uma técnica processual a serviço da efetividade e concretização da justiça, através da uniformidade na aplicação do direito. Deve garantir a legítima expectativa de se ter decisão semelhante à do caso já julgado e consensualmente formado porque resultado da participação cooperativa dos interessados.

Asseguradas as condições apontadas, a decorrência lógica deve ser o consenso em torno da decisão e, por consequência, a sua legitimidade para solucionar o conflito do processo em que é emitida e aqueles subsequentes que com ele guardem uma relação de semelhança e exige idêntico entendimento. O NCPC parece trazer as condições para esse consenso porque transversal pelo espírito democrático e resguardado da ampla participação no processo judicial. Uma vez mais: segurança, isonomia e proteção da confiança.

## **Conclusão**

Chegamos ao final sem que isso represente o esgotamento do tema abordado; ao contrário, passamos por uma estrada em que os caminhantes ainda iniciarão o percurso. É certo que, após a promulgação do Novo Código de Processo Civil, muitas mudanças, sugestões e interpretações irão surgir, como resultado natural da implementação de um novo sistema processual. O que se pretendeu foi trazer algumas reflexões partindo do panorama da Teoria do Direito contemporâneo e conjugando com o sistema processual e o regime de precedentes que está proposto na legislação em fase final de aprovação.

A admissão de um regime de precedentes concretiza uma nova fase do direito processual, onde os resultados obtidos no processo são qualificados por não se esgotarem nos limites da lide. O processo passa a ser valorizado como espaço de criação do direito pelo Estado-juiz, de participação democrática da sociedade e de vivência da norma.<sup>66</sup> É meio de desenvolvimento do direito



material, o que é expresso mediante os precedentes oriundos da atividade jurisdicional.<sup>67</sup>

O Poder Judiciário no Brasil anseia pela resolução cada vez mais profícua dos problemas levados a ele e o uso de precedentes permite um caminhar mais célere, sem retirar a característica de juridicidade da decisão. Do precedente resulta celeridade porque já oferece uma solução pronta para situações que se assemelhem aos seus fatos principais (*material facts*), sem que haja o risco de tratamento diferenciado.

O sistema de precedentes judiciais consagra, ainda, a aproximação entre direito e moral, pois toma como premissa o direito discursivamente construído e não aquele resultado única e exclusivamente do uso da técnica de subsunção. A moral institucionaliza-se quando o indivíduo, no seu sentido relacional (comunidade de argumentação), constrói o discurso processual, deixando de ser apenas o objeto da ação e tornando-se parte dela.<sup>68</sup>

Entendido o funcionamento do regime instituído pelo NCPC, o grande desafio do magistrado é adequar-se a uma nova metodologia processual em que o produto da atividade jurisdicional, a sentença, poderá deixar de ser apenas norma individual aplicável ao caso decidido para converter-se, pelo menos uma parte dela (*ratio decidendi*), em regra geral a alcançar todas as situações que por uma relação de semelhança mereçam idêntico tratamento.

Daí recorrermos à Teoria da Argumentação nos conceitos de auditório universal (Perelman), pretensão de correção (Alexy) e consenso (Habermas) como possíveis balizas para uma atividade decisória que há de assumir função normativa.

Em todos os conceitos extraídos da Teoria da Argumentação e apresentados ao longo deste trabalho, em comum está a premissa do princípio da justiça formal e da participação democrática de todos quantos sejam interessados na decisão a ser proferida.

As ideias de correção e consenso estão ambas fundamentadas na percepção da decisão como resultado de um processo discursivamente desenvolvido e que, dessa maneira, assegura, ao mesmo tempo, a legitimidade da decisão e a viabilidade de resposta à complexidade das demandas contemporâneas.

Uma última consideração mostra-se necessária de ser mencionada, já não mais referente aos precedentes em si, mas resultante da observação sistemática do direito. É notável a aproximação dos dois grandes sistemas judiciais, Common Law e Civil Law.

De nossa parte, sistema tradicionalmente codificado, a abertura para a determinação de regras a reger um sistema de precedente judicial demonstra o novo espírito que se pretende implantar na sistemática judiciária brasileira. A aproximação dos grandes sistemas implica uma mudança considerável de comportamento dos operadores do direito, dos doutrinadores e até mesmo dos docentes, que terão que preparar os jovens para uma realidade prática que não mais se funda em um sistema exclusivamente legalista.

Os juízes, em especial, não são mais mero aplicadores da lei, mas, sobretudo, criadores do direito, embora não estejam completamente livres de vínculos.<sup>69</sup> Os precedentes contribuem para realizar essa atividade criativa, vinculada a um parâmetro mínimo declarado pelo próprio Judiciário, o que, espera-se, permitir uma maior eficiência e produção de resultados.

**Abstract:** The legal theory points us to overcome a logical-deductive system, based on the dogma of subsumption, to a legal paradigm of discourse that incorporates moral and understands the process space as essential to ensuring the right, by allowing the construction of democratic arguments. On this track, the New Brazilian Code of Civil Procedure, ready for approval by Congress, has recast the entire court system, including the introduction of a chapter for the regulation of a system of judicial precedents. Think this system of legal precedent in the current design and seek to delimit possible limits to preserve the rationality of judgment is what we try to do the work that follows. The concepts of universal audience, pretense correction and consensus are worked out as beacons of potential judicial. It concludes the importance of formalizing the system of judicial precedent for speedy justice and security guard, equality and predictability of judicial decisions.

**Key words:** New Code of Civil Procedure. Judicial precedents. Post-positivism.

## Referências

AARNIO, Aulis. ¿Una única respuesta correcta?. In: AARNIO, Aulis; ATIENZA, Manuel; LAPORTA, Francisco. *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, p. 9-43.

ALEXY, Robert. Direito e moral. Tradução: Paulo Gilberto Cogo Leivas. In: HECK, Luís Afonso (Org.). *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 115-122.

\_\_\_\_\_. *Direito, razão discurso: estudos para a filosofia do direito*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. *Constitucionalismo discursivo*. 3. ed. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução: Virgílio afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ATIENZA, Manuel. Entrevista a Aleksander Peczenick. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 22, 1999, p. 660 - 670. Disponível em: <[http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10321/1/doxa22\\_29.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10321/1/doxa22_29.pdf)>. Acesso em: 13 abr. 2013.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. "Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Homenagem à Profa. Monica Neves Aguiar da Silva, n. 21, 2010.2, p. 131-150. Disponível em: <<http://www.ppgd.ufba.br/Arquivos/revista21.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2013.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.) *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p 327-378.

BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary*. 7. ed. St. Paul: West Publishing, 1990.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 13 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm)>. Acesso em: 13 abr. 2013.

BRASIL. *Projeto de Lei do Senado nº 8046, de 2010*. Código de Processo Civil. Revoga a Lei nº 5.869, de 1973. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=4CFB5D5581A0125C71FAEC6A8CB0AD20.node2?codteor=831805&filename=PL+8046/2010](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4CFB5D5581A0125C71FAEC6A8CB0AD20.node2?codteor=831805&filename=PL+8046/2010)>. Acesso em 13 abr. 2013.

BUSTAMANTE, Thomas. *Teoria do precedente judicial*. São Paulo: Noeses, 2012.

CAPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

DANTAS, Miguel Calmon. O direito fundamental à processualização: fundamento para uma teoria geral do processo. In: DIDIER JR. Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. (Org.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 683-736.

DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo: essa desconhecida*. Salvador: Juspodivm, 2012.

\_\_\_\_\_.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de processo civil*. Vol. 2. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

\_\_\_\_\_. *Editorial*. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/>>. Acesso em: 13 abr. 2013.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico político*. São Paulo: Método, 2006. (Coleção Professor Gilmar Mendes).

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

FARIA, José Eduardo. *Direito e conjuntura*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

\_\_\_\_\_. Por uma filosofia processual do direito. In: DIDIER JR. Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira.

(Org.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 985-1001.

\_\_\_\_\_. *Teoria da ciência jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral*. Lisboa: Instituto Piaget, 1986.

\_\_\_\_\_. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução: Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 4. ed. Tradução: Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIMA, Augusto César Moreira. *Precedentes no direito*. São Paulo: LTR, 2008.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução: Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARINONI, Luís Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na constituição federal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NEVES, Antônio Castanheira. O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais. apud ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.

PECZENIK, Aleksander. *On law and reason: law and philosophy library*. Vol. 8. Berlim: Springer, 2009.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERRONE, Patrícia. *Precedentes judiciais: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. São Paulo: Renovar, 2008.

POZOLLO, Suzanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy, 2010.

ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 2004.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A moralidade da Constituição e os limites da empreitada interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 217-254.

ZANETTI JR., Hermes. *Processo constitucional: modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

---

1 Não há unanimidade quanto ao modo de denominar a fase atual do direito. O termo mais comum entre os autores brasileiros é "pós-positivismo", expressão criticada por Dimitri Dimoulis, para quem a referida expressão é praticamente desconhecida fora do Brasil, sendo usado esporadicamente em países de língua alemã. Ele ressalta que o erro do termo está em asseverar o fator cronológico, sem expressar um novo ideário. E, mais ainda, mesmo cronologicamente não se pode dizer que, como simples crítica ao positivismo, seja novidade, pois se faz críticas ao positivismo desde o final do século XIX (DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico político*. São Paulo: Método, 2006, p. 48-63). Suzanna Pozollo, por sua vez, fala em "Positivismo Inclusivo" para caracterizar o ideário jurídico que se apresenta (POZOLLO, Suzanna. DUARTE, Écio Oto Ramos. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2010). Há, ainda, autores, a exemplo de Fredie Didier Jr., que falam em "neopositivismo" (DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo: essa desconhecida*. Salvador: Juspodivm, 2012).

2 Por todos, mencionamos: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007; ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011; PECZENICK, Aleksander. *On law and reason: law and philosophy library*. Vol. 8. Berlim: Springer, 2009; POZOLLO, Suzanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2010; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2006; MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

3 Dentre muitos: DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico político*. Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo: Método, 2006; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009; ZANETTI JR., Hermes. *Processo constitucional: modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 327-378.

4 BRASIL, Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei do Senado nº 8.046, de 2010*. Código de Processo Civil. Revoga a Lei nº 5.869, de 1973. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=4CFB5D5581A0125C71FAEC6A8CB0AD20.node2?codteor=831805&filename=PL+8046/2010](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4CFB5D5581A0125C71FAEC6A8CB0AD20.node2?codteor=831805&filename=PL+8046/2010)>. Acesso em 13 abr. 2013.

5 Os artigos indicados são do projeto em trâmite na Câmara dos Deputados, revisado até março de 2013, podendo, contudo, sofrer eventuais alterações na numeração até ulterior consolidação do novo texto do Código de Processo Civil (CPC).

6 Já se encontram no nosso sistema exemplos de mecanismos processuais que funcionam como precedentes judiciais, em razão do caráter vinculativo, embora em diferentes graus. Assim temos previsões de caráter meramente persuasivo: art. 285-A do CPC, que autoriza o juiz a julgar improcedente *prima facie* a inicial caso trate de ação repetitiva, com matéria somente de direito e sobre a qual já haja decisão de improcedência anterior pelo mesmo juízo; o incidente de uniformização de jurisprudência previsto nos artigos 476 a 479 do CPC, dos embargos de divergência (art. 546 do CPC), bem como do recurso especial por dissídio jurisprudencial (art. 105, inciso III, alínea "c" da CF/88). As com caráter impeditivo ou obstativo: Súmulas do STJ ou do STF (art. 518, §1º do CPC), impedimento ao reexame necessário (art. 475, §3º do CPC) e o impedimento à revisão da matéria recursal, como se extrai do art. 557 do CPC. E de caráter vinculante: a própria súmula vinculante prevista no art. 103-A da Constituição Federal, o entendimento consolidado na súmula de cada um dos tribunais, que tem força vinculante em relação ao próprio tribunal e o controle difuso de constitucionalidade que com a sua objetivação tornam-se obrigatórios para o STF e todos os demais órgãos jurisdicionados do país.

7 O denominado "dogma da subsunção" é expressão conceitual do positivismo jurídico e representa o raciocínio silogístico aplicado ao direito, tomando como premissa maior a norma, premissa menor o fato e a conclusão como sendo a decisão judicial.

8 Para uma crítica ao abandono da técnica de subsunção, ler ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência". *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Homenagem à Profa. Monica Neves Aguiar da Silva, n. 21, 2010.2, p. 131-150.

9 O aplicador, diante da possibilidade de mais de uma solução presente no ordenamento, fará um balanceamento a partir do caso concreto e dará a solução que melhor associe segurança e justiça.

10 Posição defendida por Aleksander Peczenick: "But fixity of the law and predictability of legal decisions has a moral value. If a result of a legal reasoning in a particular case is not worse from the point of view of other moral values, then it is, all things considered, less arbitrary, than a result of a purely moral reasoning would be" (PECZENICK, Aleksander. *On law and reason: law and philosophy library*. Vol. 8. Berlim: Springer, 2009, p. 199).

11 BUSTAMANTE, Thomas. *Teoria do precedente judicial*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 169.

12 Diz o autor: "A necessidade de distinguir o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética, significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito Positivo, a legitimação deste por

uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de o conhecer e descrever. Embora as normas jurídicas, como prescrições de dever-ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (*wertfreie*). O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito. [...] uma norma jurídica pode ser considerada como válida ainda que contrarie a ordem moral” (In: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 77).

<sup>13</sup> Diz Hart: “Não se pode negar em sã consciência que o desenvolvimento do direito tem de fato sido influenciado, em todos os tempos e lugares, tanto pela moral quanto pelos ideais convencionais de grupos sociais específicos, e também por formas esclarecidas de crítica moral oferecidas com insistência por alguns indivíduos cujo horizonte moral transcendeu a moral comumente aceita. Mas é possível compreender erroneamente essa verdade, vendo-a como autorização para uma afirmação diferente: a de que um sistema jurídico deve necessariamente mostrar alguma conformidade específica com a moral ou a justiça.” (In: HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de direito*. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 239).

<sup>14</sup> Consideramos como Teoria dos Princípios as diferentes visões e conceituações apresentadas por Ronald Dworkin, especialmente em sua obra “Levando os Direitos a Sério” (2007); Robert Alexy, na sua “Teoria dos Direitos Fundamentais” (2011); e, em terras brasileiras, Humberto Ávila, com a sua “Teoria dos Princípios” (2006).

<sup>15</sup> ALEXY, Robert. Direito e Moral. In: HECK, Luís Afonso (Org.). *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 117.

<sup>16</sup> Ibidem, p. 117.

<sup>17</sup> Suzanna Pozollo e Écio Oto Ramos Duarte explicam que “a tese central do positivismo inclusivo indica que quando os juízes apelam a determinados padrões morais na resolução dos casos jurisdicionais suscitados, em verdade, terminam por incorporar ditos conteúdos de moralidade na composição do direito juridicamente válido”. (In: POZOLLO, Suzanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy, 2010, p. 46).

<sup>18</sup> Alexy, op. cit., p.119.

<sup>19</sup> Ibidem, p. 119.

<sup>20</sup> Ibidem, p. 120.

<sup>21</sup> Ibidem, p. 122.

<sup>22</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. A moralidade da Constituição e os limites da empreitada interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 230.

<sup>23</sup> Ibidem, p. 232.

<sup>24</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral*. Lisboa: Instituto Piaget, 1986, p. 63.

<sup>25</sup> Diz Habermas: "A moralidade que não só defronta o direito, mas que, também, se estabelece, por si só, no direito positivo, é, certamente, de natureza puramente processual; ela libertou-se de todos os conteúdos determinados de normas e sublimou-se num procedimento de fundamentação e aplicação, de possíveis conteúdos de normas. Deste modo, um direito processual e uma moral processual conseguem controlar-se mutuamente." (Ibidem, p. 57).

<sup>26</sup> DANTAS, Miguel Calmon. O direito fundamental à processualização: fundamento para uma teoria geral do processo. In: DIDIER JR. Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. (Org.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 686.

<sup>27</sup> O devido processo legal no sentido material ou substancial vem a significar a proteção do devido processo em relação ao conteúdo da demanda, atuando no que diz respeito ao direito material, enquanto o devido processo no sentido formal refere-se às repercussões e incidências no direito processual, visando assegurar o respeito às formas processuais no que representam garantias. (NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 83-87).

<sup>28</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 169.

<sup>29</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 80.

<sup>30</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral*. Lisboa: Instituto Piaget, 1986, p. 57.

<sup>31</sup> GUERRA FILHO, Willis. Por uma filosofia processual do direito. In: DIDIER JR. Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. (Org.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 1.003.

<sup>32</sup> HABERMAS, op. cit., p. 53.

<sup>33</sup> BRASIL. *Projeto de Lei do Senado nº 8.046, de 2010*. Código de Processo Civil. Revoga a Lei nº 5 . 8 6 9 , d e 1 9 7 3 . D i s p o n í v e l e m : <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=4CFB5D5581A0125C71FAEC6A8CB0AD20.node2?codteor=831805&filename=PL+8046/2010](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4CFB5D5581A0125C71FAEC6A8CB0AD20.node2?codteor=831805&filename=PL+8046/2010)>. Acesso em 13 abr. 2013.

<sup>34</sup> Para uma síntese interessante das mudanças do NCPC sugerimos os Editoriais 151, 156 e 160 do Prof. Fredie Didier Jr. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/>>. Acesso em: 13 abr. 2013.

<sup>35</sup> MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 96.



<sup>36</sup> BRASIL. *Projeto de Lei do Senado nº 8046, de 2010*. Código de Processo Civil. Revoga a Lei nº 5 . 8 6 9 , d e 1 9 7 3 . D i s p o n í v e l e m : <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=4CFB5D5581A0125C71FAEC6A8CB0AD20.node2?codteor=831805&filename=PL+8046/2010](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4CFB5D5581A0125C71FAEC6A8CB0AD20.node2?codteor=831805&filename=PL+8046/2010)>. Acesso em 13 abr. 2013

<sup>37</sup> LIMA, Augusto César Moreira. *Precedentes no direito*. São Paulo: LTR, 2008, p. 45.

<sup>38</sup> BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary*. 7. ed. St. Paul: West Publishing, 1990, p. 1176, tradução nossa. No original: "an *adjudge case or decision of a court, considered as furnishing an example or authority for an identical or similar case afterwards arising or a similar question of law*".

<sup>39</sup> ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 92.

<sup>40</sup> NEVES, Antônio Castanheira. O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais apud ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 93.

<sup>41</sup> MARINONI, Luís Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 216.

<sup>42</sup> ROSITO, op. cit., p.100.

<sup>43</sup> DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico político*. São Paulo: Método, 2006, p. 179.

<sup>44</sup> ROSITO, op. cit., p. 95.

<sup>45</sup> Francisco Rosito denomina dimensão objetiva do precedente a parte específica da decisão que adquire força de precedente, seja vinculativo, seja persuasivo. (ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p.103).

<sup>46</sup> A expressão *Ratio Decidendi* é mais utilizada pelos ingleses e, comumente, vem a expressar a razão de decidir. Na linguagem dos operadores americanos é denominada de  *Holding* (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 177; PERRONE, Patrícia. *Precedentes judiciais: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. São Paulo: Renovar, 2008, p. 118).

<sup>47</sup> DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de processo civil*. Vol. 2. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 388.

<sup>48</sup> TUCCI, op. cit., p. 175.

<sup>49</sup> No plural, é *obiter dicta* (In: SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do precedente judicial à súmula vinculante. Curitiba: Juruá, 2008, p. 139).

<sup>50</sup> TUCCI, op. cit., p. 177.

[51](#) ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 365.

[52](#) ALEXY, Robert. *Direito, razão discurso: estudos para a filosofia do direito*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 21.

[53](#) PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 31.

[54](#) AARNIO, Aulis. ¿Una única respuesta correcta? In: AARNIO, Aulis; ATIENZA, Manuel; LAPORTA, Francisco. *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, p. 19.

[55](#) ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 3. ed. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 20.

[56](#) ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 3. ed. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 21.

[57](#) Ibidem, p. 21.

[58](#) ALEXY apud BUSTAMANTE, Thomas. *Teoria do precedente judicial*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 150.

[59](#) BUSTAMANTE, op. cit., p. 166.

[60](#) ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 176.

[61](#) ATIENZA, Manuel. Entrevista a Aleksander Peczenick. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 22, 1999, p. 665.

[62](#) “[...] não basta a entrada em vigor positivista das normas para assegurar duradouramente sua validade social. A imposição duradoura de uma norma depende também da possibilidade de mobilizar, num dado contexto da tradição, razões que sejam suficientes pelo menos para fazer parecer legítima a pretensão de validade no círculo das pessoas a que se endereça. Aplicado às sociedades modernas, isso significa: sem legitimidade, não há lealdade das massas” (In: HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução: Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 83).

[63](#) Ibidem, p. 88.

[64](#) Eis o argumento primordial para incorporação ao processo da figura jurídica do *amicus curiae*.

[65](#) KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 4. ed. Tradução: António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Kulbekian, 2010, p. 430.

[66](#) FARIA, José Eduardo. *Direito e conjuntura*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 78.

<sup>67</sup> ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 225.

<sup>68</sup> KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 4. ed. Tradução: António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 430.

<sup>69</sup> Cf. CAPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 24.

---

#### **Como citar este conteúdo na versão digital:**

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

NOGUEIRA, Cláudia Albagli. O Novo Código de Processo Civil e o sistema de precedentes judiciais: pensando um paradigma discursivo da decisão judicial. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 22, n. 88, out./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=213410>>. Acesso em: 6 jan. 2015.

---

#### **Como citar este conteúdo na versão impressa:**

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico impresso deve ser citado da seguinte forma:

NOGUEIRA, Cláudia Albagli. O Novo Código de Processo Civil e o sistema de precedentes judiciais: pensando um paradigma discursivo da decisão judicial. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 22, n. 88, p. 185-210, out./dez. 2014.