

A CONSTRUÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL A PARTIR DA FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA

JUDICIAL PRECEDENT CONSTRUCTION AS FROM THE REASONING IN A SENTENCE

*Daniel Haddad Bertini*¹

*Nicolas de Oliveira Pereira*²

RESUMO

A utilização dos precedentes judiciais remontam, desde o século XVIII, aos Tribunais Superiores Europeus em geral, sendo que no Estado Moderno o seu uso independe da adoção da tradição do *civil law* ou do *common law*, constituindo-se atualmente uma fonte do direito. O fundamento para o emprego deste instrumento sustenta-se na busca pela segurança jurídica e preservação da igualdade entre os jurisdicionados, pois a norma constituidora do precedente (*ratio decidendi*), extraída a partir da fundamentação, carece de universalização, a fim de que seja aplicada a casos futuros e semelhantes. Na prática forense pátria, elencou-se como objeto a sua utilização nos poderes do relator do agravo de instrumento ao negar-lhe provimento monocraticamente diante de confronto com súmula ou jurisprudência dominante. Tal análise teve como aporte a apreciação do processo de formação do precedente, bem como o modo pelo qual tal norma é redigida (formulada), visando a partir de tal conhecimento pensar-se a prática corriqueira nos tribunais brasileiros levando em consideração a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, extraído do devido processo legal e do princípio constitucional da motivação das decisões judiciais. Assim, perquiriu-se: considerando que a norma criada a partir da *ratio decidendi* encontra-se na fundamentação da decisão, como se formaria o precedente judicial tendo em vista a necessidade de fundamentação das decisões judiciais? Portanto, o presente artigo tem por fim analisar a teoria do precedente judicial diante da necessidade de fundamentação das sentenças considerando sua inserção em um Estado de Direito.

PALAVRAS-CHAVES: precedente judicial; *ratio decidendi*; fundamentação; motivação; estado de direito.

ABSTRACT

The use of the judicial precedent refers, since XVIII century, to the Supreme European Court in general, for that reason the Modern State does not depend on the adoption of the civil law or common law tradition, establishing nowadays as a source of law. The reasoning for the

¹ Graduando em Direito pela Faculdade Multivix – Vitória. Pesquisador PIVIC-voluntário da Fundação de Amparo à Pesquisa do Espírito Santo (FAPES) no projeto “Acesso à justiça e reconhecimento de direito: percepções de cidadania dos usuários do Juizado Especial Cível da Casa do Cidadão de Vitória/ES”.

² Graduando em Direito pela Faculdade Multivix - Vitória. Pesquisador PIBIC-bolsita da Fundação de Amparo à Pesquisa do Espírito Santo (FAPES) no projeto "Acesso à justiça e reconhecimento de direito: percepções de cidadania dos usuários do Juizado Especial Cível da Casa do Cidadão de Vitória/ES". Diretor de Pesquisa e Extensão do Centro Acadêmico de Direito Alexandre Martins de Castro Filho (CADAM).

use of this instrument maintains on the quest for legal security and equality preservation between jurisdictions, such as the constitute norm of judicial precedent (*ratio decidendi*), extracted from the reasoning, demands to be able to be universalized, in order to be applied in futures and similar cases. On homeland legal experience, had listed as object the useful of powers from “agravo de instrumento” reporter power to deny monochromatically provisional before the confrontation of predominant jurisprudence or “súmula”. Such analysis had to supply the appreciation of the preceding formation process, as well as the way that such norm is formulated, order from that knowledge and thought about the common practice in the Brazilian Courts considering the requirement reasoning in judicial decisions, take from the principle due process of law and from Constitutional principle beginning of judicial decisions motivation. Therefore, was required: considering the resourceful norm from the *ratio decidendi* founded in the reasoning of decision, how would judicial precedent create around reasoning necessity in judicial decisions? Thus, this article pretend analyses the judicial precedent theory in front of the requirement sentences reasoning considering your insertion on State of Law.

KEY WORDS: judicial precedent; *ratio decidendi*; reasoning; motivation; State of law.

1. INTRODUÇÃO

Ao tratar-se da temática relacionada a utilização do precedente judicial, é notório que em um Estado Moderno coerente, aquele seja considerado como uma fonte legítima do direito, independentemente da adoção da tradição jurídica do *civil law* ou do *common law*. As Cortes Superiores europeias elevaram, desde o início da formação jurídica ocidental moderna, o precedente como mecanismo de uniformização e aplicação do direito, de tal sorte que deve ser tratado como ferramenta aplicável no dia a dia forense.

Por meio deste instrumento, seria possível utilizar a *ratio decidendi* obtida pela análise de um caso em específico a fim de solucionar futuras controvérsias semelhantes, tendo por fundamento o objetivo de garantir a segurança jurídica e igualdade entre os consumidores do labor judicial. Tais *razões de decidir* formam uma norma criada pelo magistrado, extraída da sua fundamentação, contudo, deve-se frisar que a redação desta espécie de norma é dotada de técnica de formulação diferenciada, quando comparada a metodologia empregada pelo Poder Legislativo na criação das leis.

No Brasil, o precedente é mencionado em diversos dispositivos do Código Processualista Civil sob os termos *súmula* e *jurisprudência* dominante, a título de exemplo, menciona-se o art. 475, §3º; art. 544, 4º; art. 557, *caput* dentre outros. Nesse ponto, é importante destacar que na atual conjuntura processualista nacional o precedente poderá, até mesmo, ser utilizado para fundamentar uma decisão, tal como ocorre nas decisões proferidas

monocraticamente pelo relator do recurso de agravo de instrumento ao negar-lhe provimento tendo por base o referido recurso estar em confronto com súmula ou jurisprudência dominante.

Outra premissa da presente pesquisa, refere-se ao entendimento já pacificado na doutrina brasileira de que o magistrado ao proferir uma decisão necessita preencher os elementos *essenciais* inseridos no art. 458 do Código Processual Civil brasileiro, dentre tais o da fundamentação que é o instrumento legitimador, *a posteriori*, desta função Estatal, tendo por base a realidade de um Estado de Direito. Porém, deve-se atentar para um ponto específico relacionado a utilização do precedente judicial na prática brasileira com reflexos na prática forense, que problematizará o atual estudo.

Assim, estabelecidas as premissas acima expostas, visando problematizar a presente pesquisa, pergunta-se: considerando que a norma criada a partir da *ratio dedicendi* encontra-se na fundamentação da decisão, como se formaria o precedente judicial tendo em vista a necessidade de fundamentação das decisões judiciais?

No início do presente estudo, partiu-se da ideia de que o Estado está submetido a lei, por conta da adoção de um Estado de Direito, e em razão deste imperativo é obrigatório que o magistrado diga expressamente em sua decisão a motivação do seu entendimento para fins de legitimação, além de que com base na teoria do precedente judicial se infere que a norma criada pelo juiz está presente na fundamentação, e não na parte dispositiva, sendo a mesma utilizada pelo Estado-juiz na formação do seu convencimento.

Em que pese os objetivos específicos, elencou-se como tais: preliminarmente, evidenciar o processo de formação e a técnica de escrita do precedente judicial a partir da fundamentação do magistrado; logo após, ressaltar a importância da fundamentação da decisão proferida pelo juiz para fins de legitimação; e, finalmente, demonstrar as consequências negativas da formação do precedente judicial sem a observação de tal procedimento.

Ademais, justifica-se este trabalho visto que o fato de a tradição jurídica brasileira ter por base o modelo do *civil law*, que fez com que o estudo do precedente judicial fosse negligenciado durante determinado lapso temporal. Tornou-se notório que, na dinâmica processual brasileira, o precedente necessita de um estudo aprofundado e uma melhor observação por parte dos juristas, tendo em vista a sua crescente utilização na prática forense:

por vezes como fundamentação para uma decisão, como supramencionado, outras com o fulcro de mera persuasão, e com o objetivo de vincular o magistrado a determinado posicionamento externado em decisões pretéritas. Independentemente do seu objetivo, o precedente se tornou uma realidade prática no cotidiano brasileiro.

Por fim, no que tange a metodologia utilizada, a presente pesquisa desenvolveu-se por meio de referências teóricas sobre a temática desenvolvida no presente artigo, além de visar a criação de uma intercalação entre a teoria do precedente judicial e a fundamentação da sentença, a fim de produzir uma nova visão à respeito do objeto desta pesquisa, sem a pretensão de esgotar a discussão ainda necessária nesta seara.

2. BREVE HISTÓRICO DO PRECEDENTE JUDICIAL NA TRADIÇÃO JURÍDICA OCIDENTAL

Os relatos da utilização do precedente judicial na tradição jurídica ocidental remontam, na maior parte da doutrina brasileira sobre o tema, aos julgados da *House of Lords* ou Casa dos Lordes – última instância judiciária Britânica. É notório que as decisões proferidas pela Corte nos casos *Beamish vs Beamish* (1861) e *London Tramways Co. vs London Count Council* (1898) impulsionaram a utilização do precedente vinculante na tradição britânica, porém, tal não foi uma inovação no Direito ocidental.

Conforme ensinamento de um dos maiores estudiosos do precedente judicial no direito brasileiro, o Professor Dr. Thomas da Rosa Bustamante, a corte Britânica foi uma das últimas a determinar expressamente a força do precedente judicial. Em suas palavras, “[...] em toda a Europa os tribunais superiores desempenharam um papel importante na unificação do Direito, o que era um requisito imprescindível para o fortalecimento do Estado Moderno” (BUSTAMANTE, 2012, p. 82). Portanto, o precedente judicial foi, desde o início da construção do Estado de Direito Moderno, utilizado pelos países ocidentais, independentemente do sistema jurídico adotado.

São vários os exemplos citados na obra deste Eminentíssimo professor sobre a utilização de precedentes em países de tradição civilista, antes da paradigmática decisão no caso *London Tramways Co. vs London Count Council* (decisão instituidora da eficácia vinculante dos precedentes judiciais do Tribunal Superior britânico). Casos como o da Toscana em que dois precedentes tinham força de lei (séc. XVII); da Suprema Corte do Reino de Nápoles (séc. XV e XVI); na Baviera, em que os juízes deveriam respeitar os precedentes dos Tribunais

Superiores; no Piemonte e na Savóia que em 1729 já reconhecia o caráter de fonte do Direito aos precedente publicados a Stampa (DOLEZALEK, 1998, p. 79 *apud* BUSTAMANTE, 2012, p. 79-80). Todos são exemplos citados da utilização de precedentes, na tradição continental, antes da implementação definitiva pela *House of Lords*.

Corroborar-se que o precedente judicial, desde o Estado Moderno, é utilizado pelas tradições jurídicas ocidentais – tanto no *civil law* como no *common law*³. A diferença digna de registro está, basicamente, na força vinculante atribuída ao precedente judicial para as decisões futuras do magistrado (BUSTAMANTE, 2012, p. 75), ou “no grau de autoridade (eficácia) que possui” (BRAGA; DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2012, p. 390). Enquanto que na *common law* os países adotavam o precedente judicial como fonte primordial e vinculante do direito; nos países de tradição continental o precedente judicial não possuía força vinculante para o magistrado, que deveria fundamentar suas razões de decidir nas proposições editadas pelo legislativo.

O precedente judicial é considerado, portanto, como fonte do Direito desde a formação do Estado Moderno. A tradição jurídica brasileira, por alicerçar-se basicamente sobre o modelo civilista legislativo, negligenciou o estudo da aplicação do precedente judicial por muito tempo. Entretanto, é notória a força que o precedente vem ganhando no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a sua utilização reiterada no dia a dia forense, torna-se imprescindível, assim, uma análise mais detida acerca da sua aplicabilidade.

2.1. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

O precedente judicial pode ser conceituado como “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos” (BRAGA; DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2012, p. 385). Trata-se da utilização de *razões de decidir* semelhantes para dirimir conflitos que, por sua vez, versam sobre causa de pedir e pedido semelhantes.

³ O *civil law* é a tradição jurídica dos países europeus continentais e suas colônias (tais como Brasil e América Espanhola) que adotaram a construção legislativa, através de enunciados normativos gerais e abstratos, como fonte primordial do Direito. Por outro lado encontra-se a tradição jurídica da *common law* que se refere, historicamente, ao Reino Unido e suas colônias (tais como Estados Unidos), em que a construção jurídica se deu basicamente sobre os costumes e os precedentes judiciais. Não se torna interessante para o presente trabalho se alongar demasiadamente a respeito das duas tradições, tendo em vista que a visão dicotômica clássica entre uma tradição legislativa e consuetudinária tem sido suprimida com o decorrer do tempo, visto que há uma aproximação, na modernidade, dos sistemas. Um exemplo claro é a força que o precedente judicial tem na prática forense do Brasil, de tradição eminentemente civilista, que possui, hodiernamente, até súmulas jurisprudenciais de caráter vinculante.

Ao decidir uma demanda judicial, o magistrado cria duas normas jurídicas: a primeira, de caráter geral, é fruto da sua interpretação em relação as normas e fatos ocorridos na causa. A segunda, de caráter individual, está relacionada a situação específica em que se está decidindo (BRAGA; DIDIER JR; OLIVEIRA, 2012, p. 386). Dessa forma, o precedente judicial é “uma norma geral construída pelo órgão jurisdicional, a partir de um caso concreto (indutivamente) e que pode servir como diretriz para demandas semelhantes” (BRAGA; DIDIER JR; OLIVEIRA, 2012, p. 387).

A razão de decidir do precedente judicial pode ser extraída da norma geral proposta pelo magistrado para dirimir o conflito. Essa norma geral não possui a pretensão de ter as mesmas características de uma lei e diferentemente do que ocorria no Estado Legislativo, não visa regulamentar todas as ocorrências e fatos do mundo da vida. De outra forma, ela tem o condão de delegar ao juiz a decisão de acordo com o caso em concreto a ser analisado *a posteriori* (BRAGA; DIDIER JR; OLIVEIRA, 2012, p. 402).

Cumprir observar que a atividade legislativa moderna está fundada em princípios e cláusulas gerais. Portanto, a atividade criativa do magistrado é maior, tendo em vista que se depara sucessivamente com conceitos jurídicos vagos, necessitando haver o preenchimento do seu conteúdo pelo magistrado na análise do caso concreto. A atividade judicial está permeada pela análise da demanda de acordo com os comandos legislativos vagos que, conseqüentemente, conferem essa legitimidade para o magistrado.

O precedente judicial, justamente em razão de conceitos vagos passíveis de interpretações/compreensões bem distintas por parte de cada magistrado, possui o condão de uniformizar a interpretação desses conceitos jurídicos amplos e vagos, para que o cidadão tenha uma expectativa mínima a respeito das decisões que serão proferidas pelo Judiciário nas demandas levadas para sua apreciação.

Os principais efeitos da observância do precedente são, portanto, desde o início da tradição jurídica moderna, o de conferir segurança e igualdade aos jurisdicionados: segurança jurídica, tendo em vista que a partir da provocação do Judiciário, o cidadão terá a expectativa da decisão que será proferida e a ideia de que essa decisão não se apoiará em razões distintas para casos análogos. Assim sendo, para se observar um patamar mínimo de segurança jurídica e não violar o Estado de Direito não há como se negligenciar a utilização de precedentes, sob pena de o direito positivo se contradizer e se tornar incoerente (BUSTAMANTE, 2012, p.

82); do mesmo modo a observância do precedente confere igualdade aos jurisdicionados, de forma que a sua utilização afirma a igualdade dos cidadãos sob a tutela do Judiciário, visto que serão proferidas decisões semelhantes na apreciação de casos análogos. Por conseguinte, em uma dinâmica processual fiel aos precedentes materializar-se-á a igualdade, já que casos semelhantes serão analisados equitativamente, sem distinção de qualquer natureza – conforme previsto no artigo 5º da Constituição Federal – “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)*”.

2.2. O PRECEDENTE NOS CAPÍTULOS DA SENTENÇA: A *RATIO DECIDENDI* NA FUNDAMENTAÇÃO

Pode-se dizer que o precedente judicial se forma a partir da decisão proferida pelo magistrado (ou por um colegiado – nos tribunais) que põe termo a discussão levada a juízo. Por força do artigo 458 do Diploma Processual Civil, a sentença⁴ proferida pelo juiz deverá conter os respectivos requisitos:

Art. 458. São requisitos *essenciais* da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

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

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

Como se aúfere da inteligência do aludido dispositivo legal, a sentença deve conter o relatório, fundamentação e dispositivo, sendo cada um destes denominado pela doutrina como *capítulo da sentença*.

No relatório constará a síntese do processo, diretamente ligada à necessidade que o juiz, ao decidir sobre determinado processo, demonstre conhecimento sobre o que está sendo tratado a demanda a ser resolvida (CÂMARA, 2008, p. 414).

A fundamentação será formulada de acordo com as razões que o juiz observou para decidir a respeito do caso em concreto. Trata-se da norma geral que, deve estar condizente com os princípios constitucionais, e que poderá ser aplicado aos casos semelhantes levados ao Judiciário. Alinha-se a tal posicionamento CÂMARA (2008, p. 415) “É na fundamentação

⁴ Apesar do artigo se referir especificamente sobre a sentença, deve ser interpretado como toda decisão que põe termo no processo, portanto, os mesmos requisitos possuem os acórdãos proferidos pelos Tribunais. Nos termos do art. 165 do CPC: “As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso”.

que o juiz apresentará os fatores que contribuíram para a formação do seu convencimento” por conseguinte, a fundamentação é o *capítulo da sentença* no qual o juiz decidirá toda a controvérsia do objeto discutido em juízo.

Por outro lado, o dispositivo é a parte da sentença que possui a decisão propriamente dita do magistrado. Será a parte em que se encontrará o mandamento judicial, ou seja, as atitudes a serem tomadas para satisfazer a demanda. Esta, de acordo com a doutrina clássica, pode ser considerada a norma individual a ser aplicada ao caso concreto levado ao Poder Judiciário para ser decidido.

A partir do exposto, a fundamentação conterá a norma geral “criada” pelo magistrado e todas as razões de decidir (*ratio decidendi*) do juiz, no momento de proferir a sentença. A *ratio decidendi* pode ser definida como “qualquer regra jurídica expressa ou implicitamente tratada pelo juiz como um passo necessário para alcançar a sua conclusão” (CROSS, 1979, p. 76 *apud* BUSTAMANTE, 2012, p. 260). As razões de decidir do magistrado são, dessa forma, o componente formador do precedente judicial.

De forma conclusiva, afirma-se que é exatamente na fundamentação do magistrado que se forma a norma jurídica (precedente) aplicável às futuras demandas levadas ao Judiciário. É a *ratio decidendi* que conterá a norma geral passível de ser universalizada e aplicada em casos semelhantes àquele em que foi formada. Em razão disto, é de suma importância a análise deste *capítulo da sentença*, qual seja – da fundamentação.

3. A FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA COMO INSTRUMENTO LEGIMITADOR DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL EM UM ESTADO DE DIREITO

Durante determinado período histórico, os valores do Estado Liberal de Direito e do positivismo jurídico influenciaram na formulação de certos conceitos atinentes a atividade jurisdicional. Fruto de tal escola do pensamento, surgiram diversas teorias visando definir o conteúdo do conceito de jurisdição, tais como a de Francesco Carnelutti, Piero Calamandrei e Giuseppe Chiovenda. Na ótica deste último, a jurisdição seria a atuação da vontade concreta da lei, isto é "consiste na substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual não só das partes, mas de todos os cidadãos, pela atividade intelectual do juiz, ao afirmar existente ou não uma vontade concreta da lei em relação às partes" (CHIOVENDA, 1937, p. 365 *apud* MARINONI, 2011, p. 35).

De outro vértice, com a superação do período marcado pelo positivismo clássico, inerente ao Estado Liberal, no qual o juiz tinha por papel promover a atuação do enunciados normativos no plano social em casos de crises de identificações, o magistrado produzia a norma jurídica individualizada efetuando, simplesmente, a subsunção do caso concreto à norma geral e abstrata, tal postura mecânica adotada pelo magistrado tornou-se obsoleta e indesejável, tendo em vista a complexidade dos fatores sociais.

Com isso, não é mais aceitável tal maneira de agir por parte do Estado-Juiz, já que na visão das teses pós-positivistas "[...] o positivismo jurídico clássico não passa de "uma inércia mental", de "um puro e simples resíduo histórico"" (ZAGREBELSKY, p. 33-41 *apud* BULOS, 2011, p. 82). Dessa forma, a separação entre Direito e moral passou a ser relativizada, exigindo do juiz mais do que a mera aplicação da lei ao caso sob seu julgamento, pois, aspectos morais auxiliarão o exegeta na compreensão do conteúdo das normas jurídicas (BULOS, 2011, p. 82). Em outras palavras aduz MARINONI (2011, p. 47),

A obrigação do jurista não é mais apenas a de *revelar* as palavras da lei, mas a de *projetar uma imagem*, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais. Aliás, quando essa correção ou adequação não for possível, só lhe restará demonstrar a inconstitucionalidade da lei – ou, de forma figurativa, comparando-se a sua atividade com a de um fotógrafo, destacar a película por ser impossível encontrar uma imagem compatível.

Por conseguinte, no mesmo sentido esclarece BASTOS; KLIPPEL (2011, p. 29) que,

[...] O juiz atual – e, portanto, a jurisdição atual – é uma atividade que se utiliza do elemento criatividade, visto que o magistrado é chamado a preencher conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais, a ponderar a incidência de princípios constitucionais em situações concretas, o que faz com que não se possa mais pensar em sua atividade como um mero silogismo, em que se encaixa a premissa jurídica na premissa fática como ambas se tratassem de peças "Lego" (grifo nosso).

Assim, no exercício de sua atividade jurisdicional, o juiz irá proferir a sentença sendo o ato que põe fim a fase de conhecimento do processo e define *in concreto* o direito das partes, constituindo o mais importante ato decisório, sendo que a mesma necessita preencher certos requisitos/elementos *essenciais* estatuídos no art. 458, CPC, quais sejam: (a) o relatório, (b) os fundamentos, e (c) o dispositivo, denominados pelo termo *capítulos da sentença* no tópico antecedente. O fato de tais elementos serem essenciais, conforme expressamente consagrado no Código Processualista Brasileiro denota a relevância dos mesmos, tendo-se por consequência na falta de qualquer um destes a incidência de vício de alta gravidade, qual seja – nulidade absoluta.

Consoante supra mencionado, a atual postura a ser adotada pelo magistrado deverá ponderar no momento de análise do caso concreto, antes de proferir a sentença, a incidência de princípios constitucionais e direitos fundamentais, sendo que entre aqueles, tem-se o princípio da motivação das decisões judiciais que rege a atividade jurisdicional no ordenamento jurídico brasileiro, estando inserido no art. 93, IX da *Lex Mater*, nos seguintes termos,

Art. 93 (...).

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). (grifo nosso)

Destarte, com base no referido princípio constitucional regulador da jurisdição, infere-se que toda decisão judicial deverá ser motivada, isto é, o juiz precisará dedicar no corpo de tal ato jurisdicional, que porá fim a fase decisória, um determinado capítulo destinado à fundamentação, sendo que, a não observância deste mandamento constitucional acarretará a incidência dos efeitos da nulidade absoluta sob tal decisão, conforme já dito.

Dentro desse contexto, Alexandre Freitas Câmara (2013, p. 64-65) vislumbra duas justificativas para a referida exigência de fundamentação, sendo tais: i) a proteção do interesse das partes; e ii) a proteção do interesse público. Quanto aquela justificava, a fundamentação demonstra-se importante uma vez que por meio dela as partes terão acesso aos motivos que levaram o magistrado a decidir de tal forma, e por consequência, possam por meio de seu juízo de valor aferir se esta decisão está correta ou não, possibilitando, também, que em caso de discordarem possam impetrar recursos, já que, necessitam dos motivos da formação do convencimento do juízo de piso a fim de rediscuti-los em segundo grau de jurisdição; esta instância que também necessita de tais motivos a fim de adequadamente efetuar o reexame da decisão agravada devolvida à reapreciação do Estado-juiz.

Ademais, no tocante a justificativa de proteção de um interesse público, o Desembargador Carioca articula no seguinte sentido,

[...] Trata-se de razão de ordem pública, embora ligada também a interesse particular das partes. A motivação da decisão é essencial para que se possa verificar se o juiz prolator da decisão era ou não imparcial. Isso se dá por uma razão. Ao contrário do administrador e do legislador, que recebem sua legitimação antes de exercerem suas atividades (já que tal legitimação provém do voto popular), o juiz não é previamente legítimo. A legitimação do juiz só pode ser verificada a posteriori, através da análise

do correto exercício de suas funções. Assim, a fundamentação da decisão é essencial para que se possa realizar o controle difuso da legitimidade da atuação dos magistrados (CÂMARA, 2013, p. 65). (grifo nosso)

Assim, infere-se que é a possibilidade de controle da atividade jurisdicional por parte da população, mesmo que *a posteriori*, que confere a necessária legitimidade a esta função estatal, e a motivação das decisões judiciais é o instrumento por meio do qual tal objetivo será alcançado.

Tais justificativas, acima mencionadas, são denominadas por outros doutrinadores como função endoprocessual e exoprocessual/extraprocessual, respectivamente. Sendo que, em relação a esta destaca-se a sua preponderância tendo em vista permitir que o detentor do poder – o povo⁵ – exerça o controle do qual tem direito, sob a decisão do magistrado, possibilitando a sua participação na formulação dos precedentes judiciais, nesse sentido é a lição de BRAGA; DIDIER JR.; OLIVEIRA (2012, p. 398), nos seguintes termos,

Mais do que nunca, é necessário valorizar a função extraprocessual da fundamentação, percebendo que ela não serve apenas à justificação, para as partes envolvidas naquele processo específico, da solução alcançada pelo órgão jurisdicional. Num sistema em que se valorizam os precedentes judiciais, a fundamentação serve também como modelo de conduta para aqueles indivíduos que não participam, nem nunca participaram, daquele processo específico, haja vista que poderá ser por eles invocado para justificar e legitimar sua conduta presente.

Dissertando sobre o direito fundamental do jurisdicionado de ter a sentença fundamentada, merece menção,

Tendo em vista, pois, que o convencimento judicial normalmente está fundado em um juízo de verossimilhança (ou na ideia de "verdade possível"), dada a impossibilidade material de alcançar-se efetivamente a "verdade", impõe-se que o magistrado dê legitimidade à sua tarefa. É aí que surge a necessidade de justificação quanto à formação da sua convicção e, pois, a exigência de fundamentar a sua decisão (BRAGA; DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2012, p. 291).

Ainda quanto as justificativas da necessidade de fundamentação da sentença, e sua importância para fins de legitimação da atuação do Poder Jurisdicional, é importante que se façam algumas considerações. O ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça, Sálvio de Figueiredo Teixeira, ressaltando a importância da fundamentação, tendo-se como parâmetro as fronteiras de um Estado Democrático, para controle da arbitrariedade e proteção do devido processo legal, salientou no seguinte julgado,

Nula é a sentença completamente desprovida de fundamentação. Bem diversa da sentença com motivação sucinta é a sentença sem motivação, que agride o devido

⁵ Uma vez que é expressamente consagrado no art. 1º, parágrafo único da Carta Política que todo poder emana do povo.

processo legal e mostra a face de arbitrariedade, incompatível com o Judiciário democrático. (REsp 18.731/PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ 30.03.1992).

Outro aspecto que vale salientar, relaciona-se a legitimidade formal e substancial da sentença. Hodiernamente, a legitimidade conferida ao juiz superou a sua fase meramente formal, como se esperava no Estado Legislativo. O juiz não é mais “a boca da lei”. Na realidade, assume-se uma *legitimidade material*, no sentido de que qualquer decisão proferida deve estar substancialmente de acordo com a Constituição e os princípios elencados em seu texto. Portanto, trata-se de um imperativo mandamento de observância dos princípios constitucionais (MARINONI, 2011, p. 46).

Permeado por tal ideia, doutrina, ainda, MARINONI (2011, p. 104) da seguinte forma,

Se nas teorias clássicas o juiz apenas declarava a lei ou criava a norma individual a partir da norma geral, agora ele constrói a norma jurídica a partir da interpretação de acordo com a Constituição, do controle da constitucionalidade e da adoção da regra do balanceamento (ou da regra da proporcionalidade em sentido estrito) dos direitos fundamentais no caso concreto.

Dessa forma, na fundamentação, o juiz deverá criar uma norma jurídica, aplicável ao caso concreto tendo por base tais preceitos balizadores do Direito vigente. O magistrado deixa de lado o papel de mero aplicador do direito e assume um papel ativo na construção do Direito, com normas gerais, justificada nos princípios constitucionais, que formará o *precedente*, utilizável em casos semelhantes, futuramente.

Ademais, aprofundando as considerações à respeito da fundamentação da sentença, CASS SUSTEIN (p. 17 *apud* MARINONI, 2011, p. 109) preleciona que a razão presente na fundamentação deverá ser uma *razão de consideração pública*, e não meramente de um interesse privado. Por essa forma, o juiz ao justificar a racionalidade da decisão terá por base as provas produzidas e a sua convicção quanto aos fatos e direitos, sendo necessário demonstrar as razões do seu convencimento com o fulcro de permitir o controle por parte do povo.

Outra importante consideração que deve ser feita relaciona-se a obrigatoriedade do o juiz explicitar na fundamentação a motivação, isto é, “[...] *A motivação, nesse sentido, é a explicitação da convicção e da decisão*. Ou melhor: o juiz deve explicar, na sentença, a origem e as razões da sua convicção, demonstrando, ainda, que ela é bastante ou não para a procedência do pedido” (ARENHART; MARINONI, 2011, p. 465).

Assim, interessante reforçar que tal construção tem por base a inserção do Poder Judiciário pátrio em um Estado de Direito. Tal expressão teve origem na Alemanha sob a locução *Rechtsstaat*, referindo-se a um Direito natural superior ao Direito Positivo, sendo que "[...] É ele descoberto pela razão humana, que tem a capacidade – racionalidade da natureza que é – de penetrar a lógica, isto é, a racionalidade da natureza de todas as coisas" (FERREIRA FILHO, 1999, p. 13).

Este referido Direito Natural, superior ao Direito criado pelos homens, teria a função de limitar o poder estatal, já que constitui barreira às arbitrariedades estatais. Interessante consignar um traço deste Estado submetido à lei no que se refere a criação de leis, é que tal função seja exercida pelo Poder Legislativo. Contudo, tal regra na contemporaneidade tem sido relativizada, em vista da mitigação da noção de "tripartição de Poderes" e da força adquirida pela ideia de Poder uno. Em outras palavras, no Estado de Direito a soberania estatal submete-se a disciplina jurídica proveniente do corpo social por meio de *uma vontade idoneamente manifestada*, decorrendo desta configuração a racionalização do poder (ALVIM, 2011, p. 192).

Em suma, é inegável na atual conjuntura jurídica brasileira que as partes tem o direito fundamental de obter do Estado-juiz, no exercício da função jurisdicional, uma decisão judicial adequadamente fundamentada. Sustenta-se tal garantia constitucional não apenas em razão da sua consagração formal na Carta Política, uma vez que é proveniente da importante garantia do devido processo legal e adoção de uma Estado de Direito, em que o poder está submetido à lei, como forma de rechaçar qualquer tipo de arbitrariedade. É, exatamente, por meio da fundamentação que a sentença, como ato do juiz, que é agente estatal não legitimado pelo povo, *a priori*, que põe fim a fase decisória no processo de conhecimento, obterá a sua legitimidade, mesmo que posteriormente comparando-se aos atos dos Poderes Legislativo e Executivo que detêm sua legitimidade pelo voto popular, visto que é a possibilidade de controle por parte da população e o controle jurisdicional (Estatual) que conferirão tal *status* a mesma.

4. O PROCESSO DE FORMAÇÃO DO PRECEDENTE A PARTIR DA FUNDAMENTAÇÃO

Conforme demonstrado nos tópicos anteriores, figura-se claro que é na fundamentação que se decide as controvérsias da demanda. Acontece que para essa

fundamentação se tornar precedente judicial, deverá ser possível a universalização do seu conteúdo (norma geral). Nos termos de Tucci (*apud* BRAGA; DIDIER JR; OLIVEIRA, 2012, p. 388) “só se pode considerar como *ratio decidendi* a opção hermenêutica que, a despeito de ser feita para um caso concreto, tenha aptidão para ser universalizada”.

Logo, a formação do precedente judicial deve estar ligada diretamente a fundamentação do magistrado, de forma que se extraia das razões de decidir uma norma geral, apta a ser universalizada.

O que atine, primordialmente, o presente trabalho é delimitar que “É nas razões que os juízes dão para justificar suas decisões que devem ser buscados os precedentes” (MACCORMICK, 1987, p. 155 *apud* BUSTAMANTE, 2012, p. 270). Conforme dicção de MARINONI (2011, p. 102),

a norma jurídica, no presente contexto, não almeja ser a parte dispositiva (que define o litígio) da sentença. Essa norma jurídica se destina a fundamentar a parte dispositiva, e assim não pretende ser pensada como uma norma individual que regula o caso concreto, nem mesmo quando é fruto do controle de constitucionalidade.

Destarte, “Além da tese jurídica (*ratio decidendi*) se desprende do caso específico e pode ser aplicada em outras situações concretas que se assemelham àquela em que foi originalmente construída” (BRAGA; DIDIER JR; OLIVEIRA, 2012, p. 386), desse modo, um precedente formado pela fundamentação do magistrado tem a possibilidade de se adequar a uma gama muito mais expressiva de casos concretos e o condão de uniformizar a jurisprudência através dos princípios constitucionais.

Isto posto, a fundamentação da decisão, como formadora do precedente judicial, deve conter o maior potencial argumentativo ordenando coerentemente as regras mais específicas (enunciados legislativos), de tal forma que facilite a aplicação do precedente judicial e para que esse possa ser útil para o maior número de casos possíveis, não, estritamente, a casos inteiramente semelhantes, como ocorre no caso de precedentes formados pelo dispositivo da sentença (norma individual) (BUSTAMANTE, 2012, p. 340). Somente desta forma é possível a obtenção de um precedente que respeite seu objetivo: a uniformização da jurisprudência através dos princípios constitucionais.

A norma legislativa clássica (antes do advento do pós-positivismo) sugere a pretensão de regular os casos *a priori*, ou seja, através de proposições normativas gerais e

abstratas propõe-se a normatizar os atos e fatos jurídicos que venham a ocorrer futuramente. Essas normas legislativas, teoricamente formuladas pelo jurista Hans Kelsen, vislumbram a ciência do Direito um caráter meramente descritivo, com a função precípua de formular enunciados que descrevessem as relações constituídas através das normas jurídicas (KELSEN, 1998-a, p. 80, *apud* BUSTAMANTE, 2012, p. 169).

A norma jurídica jurisprudencial (precedente), por outro lado, tem o condão de ser um auxiliar (ainda que vinculante) do magistrado nas suas razões de decidir. Portanto, o precedente judicial, formado através da fundamentação, deve ser uma proposição normativa secundária, que possibilite a uniformização da jurisprudência, além de demonstrar, exclusivamente, as razões determinadas pelo magistrado e o posicionamento do magistrado/tribunal a respeito dos princípios e normas aplicáveis à controvérsia analisada. Não se trata de uma criação de normas, do molde legislativo clássico, que visa normatizar todas as situações passíveis de ocorrência, mas um mandamento de observância das razões proferidas em determinado julgado.

De acordo com BUSTAMANTE (2012, p. 351) “[...] a técnica do precedente judicial encontra justificação na capacidade de objetivação e universalização do Direito que ela detém”. Ainda nesse sentido, afirma que “[...] o precedente normalmente irá ser útil justamente para objetivar os princípios jurídicos e estabelecer relações de prioridade entre eles” (BUSTAMANTE, 2012, p. 352).

A partir do exposto, conclui-se que, após a formação do precedente judicial, o magistrado deve atentar-se para a utilização subsequente da *ratio decidendi*, de tal forma que consagre os fundamentos utilizados pelo magistrado pretérito, constantes no capítulo da fundamentação da sentença e não na parte dispositiva da sentença, que se trata da norma individual aplicável ao caso em concreto.

O ponto fulcral da formação de precedentes judiciais é o rompimento com qualquer resquício da doutrina positivista, que visa uma regulamentação dos casos antes de sua ocorrência no mundo da vida (*a priori*). Trata-se da possibilidade conferida aos magistrados de analisarem o caso em concreto e a partir dos princípios jurídicos com conceitos vagos decidirem a demanda. O precedente, desse modo, possui o papel, na sua formação, de auxiliar o juízo na fundamentação e objetivar os princípios jurídicos aplicáveis nas demandas levadas ao Judiciário.

4.1. A UTILIZAÇÃO DE SÚMULAS: POSSIBILIDADE DE USURPAÇÃO DE PODERES E DESTRUIÇÃO DE CLÁUSULAS GERAIS

Após a análise do processo de formação dos precedentes judiciais na realidade jurídica do Brasil, importante ainda analisar-se, mais detidamente, o fenômeno das súmulas. Cumpre observar, de início, que as funções do Estado na visão clássica obedecem a regra da tripartição dos poderes em três blocos: o legislativo, o executivo e o judiciário. Nessa ótica, cada repartição de poder desempenharia as funções correspondentes as suas próprias denominações, quais sejam: legislar, executar e julgar, respectivamente. Contudo, tal construção não se adéqua a realidade, não bastando de uma construção político-ideológico que foi muito bem aceita pelos pensadores do mundo jurídico, sob o pretexto de impedir a concentração de poderes em uma única figura (MELLO, 2013, p. 29-31).

Não obstante a referida repartição de funções, a realidade das constituições ocidentais demonstra que tal distribuição não ocorre com rigidez absoluta de forma a observar rigorosamente a função que dá nome a cada um desses órgãos de poder. À guisa de exemplo, pode-se citar o Poder Legislativo que além da função que lhe dá nome, também pratica atos administrativos quando realiza licitações. Isto levou a formulação do entendimento de que cada bloco de Poder teria, assim, funções típicas e atípicas.

Com relação ao Poder Judiciário, que é objeto de interesse da presente pesquisa, além da sua função típica de solucionar conflitos levados até os tribunais pra julgamento, admite-se que atipicamente, por exemplo, também, pratique atos administrativos quando realiza licitações. No entanto, temática que gera controvérsia relaciona-se a prática de atos, por parte do Judiciário, que inovando inicialmente no ordenamento jurídico por meio de normas abstratas e genéricas, função esta típica do Poder Legislativo, estariam usurpando função de outro poder (Legiferante), além de em algumas situações irem de encontro com o uso das cláusulas gerais que são traço característico do ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, cumpre observar que na contemporaneidade a edição de súmulas tem assumido papel de destaque no ordenamento jurídico brasileiro. Consoante já explicitado no decorrer do presente artigo, a *ratio decidendi* é o elemento mais importante do precedente judicial. Contudo, apesar de atualmente aceitar-se que o Judiciário exercendo função atípica possa de certa forma legislar, contudo, a redação da súmula deve atentar-se para um técnica

de escrita mais criteriosa em comparação à técnica empregada pelo Poder Legislativo no exercício de sua função típica de inovar na ordem jurídica.

Infere-se isto uma vez que a utilização da redação de preceito normativo jurisprudencial visa cristalizar a norma geral obtida à luz dos casos concretos, presente na fundamentação, de forma a conceder maior segurança e previsibilidade para os jurisdicionados, dessa forma, não justifica-se o uso de termos de sentido vago como ocorreu, à título exemplificativo, na redação da súmula vinculante nº 11 do Pretório Excelso. A inobservância dessa técnica de redação, sem dúvidas, prejudicará a aplicação desse instrumento (BRAGA; DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2012, p. 401-402).

Isto é, a edição de súmula visa cristalizar um entendimento dominante em um tribunal (jurisprudência) que foi obtido pela reiteração de um precedente (*ratio decidendi*) advindo da análise de diversos casos concretos, dessa forma está o Poder Judiciário produzindo enunciados gerais, só que tais são detentores de características diversas das inerentes ao texto legislativo típico (BRAGA; DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2012, p. 401-402). Assim, conforme expressa ALVIM (2011, p. 242),

A súmula e a súmula vinculante não inovam na ordem jurídica, no sentido de criar originariamente um comando, tal como ocorre com a lei. (...) A súmula, em rigor, acaba por conter a interpretação de uma lei, a qual torna-se obrigatória. Mas, é evidente, que essa interpretação, oriunda do mais alto Tribunal do país, objetiva, apenas atribuir à lei interpretada o seu entendimento correto, de forma obrigatória. (grifo nosso)

Caminhando para a parte final da presente pesquisa, importante antes tecer-se algumas considerações sobre o uso das cláusulas gerais no ordenamento jurídico pátrio. Consoante as lições de ALVIM (2011, p. 1090) a afirmação de que o ordenamento jurídico é pleno não significa inferir que todas hipóteses possíveis de ocorrerem na realidade social estejam previstas, afinal, isto é algo impossível de alcançar-se. Por isso, a solução para tal situação é a utilização de cláusulas gerais nas quais "[...] devem estar previstas formas de solução genéricas, nitidamente identificáveis e operacionais, para hipóteses não expressamente previstas (=tipificadas)".

É notória a impossibilidade de todas as condutas serem previstas pelo Poder Legislativo antes de acontecerem de fato na realidade social. Assim, a atuação jurisdicional tem ganhado destaque na definição de condutas, *a posteriori*, por meio de cláusulas gerais em seus julgados. Todavia, como já mencionado acima, o precedente não inova no ordenamento

jurídico, como ocorre com a lei, e sua técnica de redação também é dotada de traços característicos próprios. Por conseguinte, o texto de uma súmula não poderá usar a típica fórmula "preceito seguido pela sanção", que é inerente ao texto legislativo.

É inegável a importância das cláusulas gerais para que o juiz possa construir o seu convencimento. Ao lado destas, tem-se a figura do magistrado e a importância de seu papel na sociedade pós-moderna. O magistrado, principalmente os que compõem os juízos de primeira instância, desempenham função de grande relevo na aplicação das cláusulas gerais, já que é este que atribuirá sentido as referidas cláusulas em razão da sua maior proximidade com a realidade da sociedade. Nessa busca por uma decisão justa, por meio desta atuação do Estado-juiz, que está além da mera aplicação silogística da lei ao caso concreto, MARINONI (2011, p. 97) faz importantes considerações ao dizer que,

[...] a percepção das novas situações, derivadas do avanço cultural e tecnológico da sociedade, é fundamental para a atribuição de sentido aos casos que não estão na cartilha do judiciário, a apreensão dos novos fatos sociais, que atingem a família, a empresa, o trabalho etc., é igualmente imprescindível para a atribuição de um sentido contemporâneo aos velhos modelos capazes de ser estratificados em casos.

Dessa forma, em virtude da constante evolução social que, sem dúvidas, altera o sentido dos enunciados e a forma com que determinado caso será julgado, e diante da incapacidade de a elaboração legislativa acompanhar tal processo social, tal labor recairá sobre a figura do magistrado, sendo que "[...] o surgimento de novos fatos sociais dá ao juiz legitimidade para construir novos casos e para reconstruir o significado dos casos já existentes ou simplesmente para atribuir sentido aos casos concretos" (MARINONI, 2011, p. 98).

O ordenamento jurídico é pleno (íntegro) segundo alguns doutrinadores, mas, é claro que, nem todas as situações podem ser previstas, como já dito acima, em razão disto são utilizados os costumes, a analogia e os princípios gerais de direito para evidenciar tal integridade. Nessa exegese, o uso das cláusulas gerais demonstra-se um mecanismo extremamente interessante para auxiliar o magistrado no exercício da atividade jurisdicional, tendo em vista que a sua utilização permitirá o abarcamento de uma grande diversidade de situações, e isto permitirá que o magistrado utilizando a lei, moral, princípios, experiência de vida entre outros fundamentos, forme o seu convencimento, permitindo-se assim uma maior e real discussão da lide juntamente com as partes e interessados jurídicos na solução de uma determinada lide.

Ressalve-se que mesmo nos casos de uso das fontes subsidiários visando solucionar *lacunas na lei*, deve-se fundamentar a decisão, conforme preleciona ALVIM (2011, p. 1089) que,

Nos casos de aplicação analógica de um dispositivo legal ou dos *princípios gerais de direito*, em que, *lacunosa* a lei, mas não lacunoso o sistema, que é, por definição, pleno, há o juiz de, *igualmente*, explicar, dentro do sistema, a forma mediante a qual se deverá solucionar o caso concreto.

Inclusive isto tem reflexos não só no processo de conhecimento, repercutindo, também, na fase de recursos, já que são os fundamentos previstos na sentença do juiz que serão reapreciados pelo juízo de segunda instância, portanto, havendo uma efetiva discussão e dialeticidade no juízo de piso, as partes terão o seu direito de recorrer melhor efetivado na prática, pois o montante de fundamentos e possibilidades de rediscussão será, inevitavelmente, maior.

Consubstanciando-se em tal entendimento, aduz ALVIM (2011, p. 1089),

[...] o juiz não decide arbitrariamente – em função de sua mera vontade – é que deve constar expressa e explicitamente da sentença a sua fundamentação, que é pressuposto do seu controle jurisdicional. A parte que sofre prejuízo se insurge contra os mesmos; recorrendo, tentará comprometer a fundamentação, pois, logrando fazê-lo, *ipso facto*, seu recurso será provido, e *modificada a sentença*. Conquanto não se recorra de fundamentos, mas da conclusão, os fundamentos hão de ser atacados também, e como premissas do pedido de reforma da decisão.

Ademais, o próprio ordenamento civilista faz uma ressalva por meio do princípio básico da operabilidade que tem implícito em si o princípio da concretitude, no seguinte sentido

No bojo do princípio da operabilidade está implícito o da *concretitude*, que é a obrigação que tem o legislador de não legislar em abstrato, mas, tanto quanto possível, legislar para o indivíduo situado: para o homem enquanto marido; para a mulher enquanto esposa; para o filho enquanto um ser subordinado ao poder familiar. Em mais de uma oportunidade o novo Código optou sempre por essa concreção, para a disciplina da matéria (GONÇALVES, 2012, p. 34).

Ao ponto fulcral, havendo a destruição das cláusulas gerais por meio da atuação no Judiciário no sentido de criar súmulas específicas, que até mesmo inovam no ordenamento, além de retirar a efetividade do princípio do livre convencimento do juiz, tem por efeito colateral a sedimentação de entendimentos que prejudicam a real discussão e dialeticidade entre as partes envolvidas no litígio (crise de identificação) e o Estado-juiz, pois este em razão da súmula vinculante, principalmente, fica coagido a simplesmente decidir conforme esta, por conseguinte, estar-se-ia apenas exigindo deste juiz que subsuma o fato à norma, isto é,

renegando os avanços do pós-positivismo alcançados pelas teses neoconstitucionalistas, e esperando a volta do juiz como "boca da lei", que como já dito acima, tem como base um Estado Liberal de Direito que é dotado de certas características entre elas a manutenção do Poder Soberano, mesmo que certas garantias sejam suprimidas ou mitigadas, a proteção de interesses individuais e , por fim, a manutenção de um *status quo*.

4.2. OS PODERES DO RELATOR NO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO: FORMA DE UTILIZAÇÃO PRÁTICA DO PRECEDENTE NO BRASIL

No sistema recursal brasileiro, o recurso cabível em face das decisões interlocutórias é o de agravo, conforme dicção do art. 522, CPC. Uma das modalidades deste recurso é o por instrumento, que não é a regra uma vez que em razão da nova redação dada ao referido dispositivo pela Lei 11.187/2005, tal modalidade de agravo somente será cabível quando (i) a decisão puder causar à parte lesão grave e de difícil reparação, (ii) nos casos de inadmissão da apelação e (iii) quanto aos efeitos em que a apelação seja recebida. Esta modalidade, por instrumento, é apenas um dos diversos exemplos de utilização dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro.

O recurso de agravo de instrumento deve ser interposto diretamente perante o tribunal, sendo que após a distribuição determinar-se-á o relator do recurso que irá, preliminarmente, observar o preenchimentos dos pressupostos recursais, proferido decisão dando-lhe tramitação regular, decisão está que será posteriormente corroborada pelo colegiado (ARENHART; MARINONI, 2011, p. 536-539).

No entanto, com base nos denominados poderes do relator do agravo de instrumento previsto no art. 557, caput, CPC o relator poderá negar seguimento monocraticamente ao recurso nos seguintes casos, *in verbis*,

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998). (grifo nosso)

Com efeito, extrai-se do referido dispositivo que o agravo de instrumento poderá ser negado monocraticamente quando manifestamente inadmissível, improcedente ou prejudicado o recurso, e, destaque-se, quando estiver em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante. Nessa situação, que é apenas um exemplo, evidencia-se a força adquirida pelo

precedente judicial no ordenamento jurídico brasileiro, já que o mesmo poderá ser utilizado para negar um determinado recurso, mesmo sem ser dotado de efeito vinculante. Observando tal força adquirida pelo enunciado das súmulas, aduz ALVIM (2011, p. 243)

[...] É mais do que jurisprudência dominante, porquanto a súmula acaba por representar um "selo" significativo e formal de que a jurisprudência é *reconhecidamente* a dominante. Em diversos textos dos CPC, todavia, atribui-se à súmula uma função (que no caso tem a finalidade de configurar verbalmente a interpretação pacificada de uma lei) o que, aparentemente, extravasa a da mera persuasão (v.g., art. 475, §3º, decorrente da Lei 10.352/2001; também, o art. 544, §4º [na redação atribuída pela Lei 12.322/2010], art. 557, caput, decorrentes as duas últimas modificações da Lei 9.756/1998).

Vislumbra-se com tal utilização inegável prejuízo ao exercício da discussão da lide, desconsiderando-se as particularidades de um determinado caso concreto tendo por fundamento, simplesmente, o enunciado de uma súmula ou jurisprudência dominante (termo vago, advirta-se) que formaram-se sem a participação das pessoas envolvidas na lide levada ao tribunal naquele momento. Tal decisão do relator do agravo de instrumento fundada no confronto com súmula ou jurisprudência dominante, sem a necessidade de justificação não cumpre a necessidade de legitimação que os atos do Poder Judiciário adquirem *a posteriori* por meio da fundamentação.

5. CONCLUSÃO

A presente pesquisa norteou-se com base nos objetivos – específicos e um geral – supramencionados na introdução deste trabalho, que tiveram o condão de conduzir a escrita, motivando-a. Assim, problematizou-se o estudo com base na seguinte indagação: considerando que a norma criada a partir da *ratio dedicendi* encontra-se na fundamentação da decisão proferida pelo magistrado, como se formaria o precedente judicial tendo em vista a necessidade de fundamentação das decisões judiciais?

Apresentado o problema de pesquisa, concluiu-se o precedente formulado a partir da parte dispositiva da sentença não cumpre a pretensão universalizadora daquele instrumento, já que neste capítulo da sentença a norma criada pelo magistrado será a reguladora do caso concreto em específico no qual for vislumbrada, não possuindo a capacidade de ser universal em razão das particularidades inseridas na mesma (esse é o seu papel nesta conjuntura, tendo em vista que está definindo o direito destas partes em específico), por conseguinte isto dificultará a sua aplicação na prática forense. Em suma, partindo do pressuposto de que o juiz

deverá destinar capítulo para expor sua fundamentação, é a partir deste aporte teórico que deve-se pensar o processo de formação de precedente judicial.

Adiante, formado o precedente a partir da fundamentação do magistrado, isto é, a partir das motivações do seu convencimento, ainda deve-se atentar que a sua técnica de escrita é diferenciada comparando-se àquela adotada pelo Poder Legislativo. O clássico modelo de norma em que se tem um precedente descrevendo a conduta e uma sanção não se adéqua ao processo criativo do precedente, já que este não tem a pretensão de inovar no ordenamento jurídico prevendo condutas passíveis de serem praticas no dia a dia da sociedade.

E, por fim, visualizou-se que não sendo observado tal procedimento na formação do precedente judicial, ter-se-ão, inegáveis, consequências negativas ao ordenamento jurídico, tais como um Judiciário que inova na ordem jurídica, sem ter legitimação para tanto, ferindo o Estado Democrático de Direito; a destruição de cláusulas gerais que são meios auxiliares na prática forense no que se refere a formulação do convencimento do magistrado; a ineficácia da utilização dos precedentes, já que o seu caráter universalizante seria bastante mitigado entre outros.

6. REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de Conhecimento**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BASTOS, Antonio Adonias; KLIPPEL, Rodrigo. **Manual de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Volume 2. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Volume 1. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CROSS, Rupert. **Precedent in English Law**. 3 ed. Oxford, Clarendon: 1979.

DOLEZALEK, Gero. **“I precedente giudiziale nello ius commune”**. In: VINCENTI, Umberto (org.). *Il Valore dei Precedenti Giudiziale nella Tradizione Europea*. Pádua, CEDAM, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Volume 1: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MacCORMICK, Neil. “**Why cases have rationes and what these are**”. In: GOLDSTEIN, L. (org.), *Precedent in law*. Oxford, Clarendon, 1987.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.