

**PRECEDENTES JUDICIAIS E AS RAZÕES DE
DECIDIR: A IMPORTÂNCIA DO ART. 489, § 1º.,
INCISO V DO NCPC**

Carla de Lourdes Gonçalves

Mestre e Doutora em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Professora nos Cursos de Especialização em Direito Tributário do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET) e da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Advogada em São Paulo.

I – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Nosso sistema de controle de constitucionalidade passou por significativas mudanças nos últimos anos.

Ao analisarmos o texto constitucional, podemos identificar, em seus artigos 102 e 103, a convivência de duas espécies distintas de controle de constitucionalidade: o difuso e o concentrado. Esta dualidade conduzia à classificação do nosso sistema como “misto”, no qual não havia a prevalência de determinada espécie de controle, mas apenas formas distintas para se atingir o controle de constitucionalidade em virtude da presença de diferentes fatores e ritos processuais.

241

Contudo, esta situação começou a sofrer alterações com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, que introduziu o parágrafo 3º ao artigo 102 (argüição de repercussão geral) e o artigo 103-A (Súmula Vinculante), ambos à Constituição Federal. Destaque-se, outrossim, a edição das Leis nºs 11.417/2006 (regulamentação – Súmula Vinculante), 11.418/2006 (regulamentação – Repercussão Geral) e da Lei 11.678/2008 (introdução da sistemática de recursos repetitivos perante o STJ).

Em 13 de março de 2015 foi publicada a Lei 13.105 que promulgou um novo Código de Processo Civil em substituição ao aprovado pela Lei 5689, de 1973 o qual entrará em vigor em 13 de março de 2016.

O novo Estatuto Processual, em matéria de recursos e precedentes, além de manter as sistemáticas constitucionalmente consagradas (Súmulas Vinculantes, Repercussão Geral), bem como a questão envolvendo o julgamento dos recursos repetitivos, inovou ao introduzir duas questões de fundamental relevo na sistemática processual: (i) o incidente de resolução de demandas repetitivas; e (ii) a vinculação das decisões proferidas em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas, recursos repetitivos, repercussão geral e súmulas vinculantes desde o início do processo.

Desta forma, tínhamos, até 2004, um sistema de controle de constitucionalidade nitidamente dividido em controle difuso e concentrado; a partir desta data até o advento do novo CPC de 2015, um sistema de transição, com prevalência do controle concentrado; e, partir da promulgação do novo CPC um sistema de controle de constitucionalidade e legalidade concentrado e vinculativo das decisões proferidas pelos Tribunais.

E o questionamento que se impõe é: como coadunar este sistema com o livre convencimento motivado do juiz e a necessidade de fundamentação das decisões, nos termos do

artigo 489, parágrafo 1º do Novo CPC? Eis, então, o que analisaremos nos estreitos limites deste trabalho

II – DA FORMAÇÃO DOS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO: A DISTORÇÃO EM RELAÇÃO AO *COMMON LAW*

As alterações introduzidas no direito brasileiro desde 2004 e reforçadas com o advento do novo Código de Processo Civil conduzem à conclusão de que o Brasil procurou afastar-se do modelo *civil law* que até então predominava para aproximar-se do modelo *common law*¹.

Em uma visão bastante simplista, o *common law* baseia-se no sistema de controle legal e constitucional no qual os precedentes são a sua principal razão de decidir. Possuem força vinculativa e sua aplicabilidade é de necessária observância. Como assevera Frederick Schauer, os precedentes consistem na obrigação do julgador em aplicar a mesma decisão que já foi proferida em ocasião distinta sobre a mesma ou similar matéria². Ainda segundo Georges Abboud³, no sistema do *common law* as decisões se tornam precedentes porque são reiteradamente aplicadas. Assim, em sua visão, o *common law* estruturou-se com base na prática cotidiana do direito e não a partir de doutrina ou de ciência do direito como ocorreu com o civil. Trata-se, portanto, de prática judiciária.

1. Sobre o tema, vide Georges Abboud, *Precedente Judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante*. In: Arruda Alvim Wambier, Teresa (org.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 493

2. *Precedent*. [Http://ssrn.com/abstract=1836384](http://ssrn.com/abstract=1836384), acessado em 17 de outubro de 2015. O texto original em inglês preceitua: Precedent is centrally about the (not necessarily conclusive) obligation of a decision maker to make the same decision that has been made on a previous occasion about the same or similar matters.

3. Abboud, Georges. *Precedente Judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante*. In: Arruda Alvim Wambier, Teresa (org.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 511

Contudo, no direito brasileiro, atualmente, a formação do precedente não nasce da prática judiciária em decorrência da reiterada aplicação das decisões. Ao contrário. O precedente nasce, em regra, de julgamento único, promovido por órgão considerado competente pelo sistema brasileiro para tanto. Assim ocorre com as decisões em sede de repercussão geral, recurso repetitivo, ações declaratórias de inconstitucionalidade e de constitucionalidade, bem como as súmulas vinculantes --- em pleno vigor diante de nosso ordenamento --- bem como ocorrerá com o incidente de resolução de demandas repetitivas, introduzido pelo novo Código de Processo Civil. O que muda, em cada um destes institutos, é órgão competente para exarar a decisão em caráter vinculativo: se o STF, o STJ ou os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais. Frise-se que todas as decisões proferidas sob os ritos anteriormente identificados podem ser denominadas de precedentes.

Nota-se, nesse contexto, a distorção do sistema brasileiro em relação ao *common law*: o nosso precedente decorre de um único julgamento, ao passo que no *common law* nasce da reiteração de posicionamentos.

Observa-se, com o advento do novo Código de Processo Civil, que desde a primeira instância, os precedentes devem ser obrigatoriamente observados⁴. Desta forma, cabe a seguinte indagação: qual o papel exercido pelo julgador diante dos precedentes? Trata-se de mera aplicação? Ou se estará diante de verdadeira interpretação no que diz respeito ao precedente em questão? São questões a serem resolvidas.

4. Estabelece o artigo 927 do novo CPC:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

III - DO PROCESSO DE INTERPRETAÇÃO DO JULGADOR DIANTE DO PRECEDENTE

A interpretação exerce papel fundamental na prolação de decisões: quer seja naquelas nas quais o julgador, livremente, diante dos fatos a ele apresentados, forma seu livre convencimento motivado mediante a interpretação do ordenamento jurídico, bem como quando o julgador está jungido à aplicação do precedente.

Note-se que onde há texto, há interpretação. Mesmo diante da mais simplista proposição ou enunciado prescristivo, haverá interpretação por parte do aplicador do direito. Sempre se verificará a introdução de normas concretas no ordenamento, denominadas decisões, cravadas das convicções e valores do julgador.

Como bem assevera Paulo de Barros Carvalho⁵, para se iniciar a interpretação é preciso travar contato com a literalidade do texto jurídico e iniciar o denominado “percurso gerativo de sentido” com os seus 4 planos: S1 (plano dos enunciados), no qual o intérprete analisará o suporte físico do texto jurídico e identificará os seus enunciados; S2 (plano das proposições) no qual o aplicador interpretará os enunciados para a formação de significados mediante a construção de proposições; S3 (plano das normas jurídicas), no qual o intérprete estruturará as proposições visando a prescrição de condutas e, por fim, o S4 (plano sistemático) no qual o intérprete relacionará a norma jurídica edificada mediante a interpretação com as demais normas jurídicas.

Desta forma, o julgador deverá empreender o percurso gerativo de sentido para prolação de decisão. Contudo, a realização desta interpretação dar-se-á de modo distinto quando não há a imposição de observância dos precedentes (em linhas gerais, no *Civil Law*) e no *Common Law* ou em ordenamentos

5. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. Noeses, 6th ed, São Paulo, Noeses, 2015, p. 476.

que prestigiam a vinculabilidade dos precedentes mas que não podem ser caracterizados estritamente como *common law*, como é o caso do Brasil.

III.1. A interpretação perante o *Civil Law*

A interpretação é parte indissociável do processo decisório. Contudo, deve-se considerar que a mesma ocorre de forma distinta dentro do sistema do civil law e do common law.

Por *civil law* entende-se, em linhas gerais, o sistema no qual os textos legais são suficientes para solucionar todos os conflitos e que guiam o julgador para proferir suas decisões. Portanto, somente as leis e demais diplomas normativos se constituem na base para que o julgador possa exercer sua função jurisdicional.

Nesse contexto, o princípio do livre convencimento motivado do juiz é aplicado em sua plenitude. E, para que este livre convencimento motivado possa ocorrer de forma cabal, a interpretação dos textos legais é decisiva.

Em outras palavras: o julgador, para exercer sua função na solução de conflitos, interpretará o plexo normativo existente em cada ordenamento, passando pelo percurso gerativo de sentido em sua plenitude. É o que poderíamos classificar como “o grau mais elevado da interpretação”.

Isto porque não há qualquer limitador para que a interpretação do plexo normativo de cada sistema seja exercida. Não há a moldura dos precedentes como conformadora das decisões a serem tomadas. No *civil law*, as decisões anteriormente proferidas em outros casos podem servir de fundamentação na interpretação do julgador em cada caso concreto, mas não estipula limites objetivos à interpretação normativa. É dizer, não há precedentes vinculativos. Os precedentes são meramente exemplificativos e reforçam as razões de decidir do julgador, mas não coloca limites objetivos à estas decisões.

Portanto, nesta hipótese, o julgador parte do texto legal posto e inicia o percurso gerativo de sentido até que a norma individual e concreta por ele exarada (decisão) seja proferida em consonância com o sistema normativo, observando seus preceitos e princípios. E, neste caso, como já salientado, a interpretação atinge seu grau máximo tendo apenas o sistema normativo como seu limitador, mas sem a moldura limitativa dos precedentes. Como assevera Gregorio Robles⁶ “quando falamos de decisão jurídica incluímos nesta denominação os dois aspectos, o ato volitivo (se é que é possível falar disso) e o que foi decidido ou desejado como produto que se plasmou no texto. Não há se falar, assim, em outros elementos limitares da interpretação realizada pelo julgador”.

III.2 Interpretação perante o *Common Law*

No *common law* podemos identificar duas espécies distintas de decisões e a carga interpretativa que cada uma carrega consigo: aquelas que se constituem na formação do precedente e aquelas proferidas posteriormente, que observam os precedentes previamente formados.

O julgador, nas decisões formadoras dos precedentes, adotará as mesmas premissas de interpretação inerentes ao *civil law*. Em outras palavras, iniciará o percurso gerativo de sentido interpretativo a partir dos textos legalmente postos, construindo seu conteúdo de significação e exarando decisão que não está vinculada à precedente previamente formado. Desta forma, caminham, conjuntamente, a interpretação sistêmica e o livre convencimento motivado do juiz. Afirma-se, assim, que a interpretação, na formação do precedente, atinge seu grau máximo de aplicabilidade. No entanto, na formação do precedente, deve o julgador identificar todos os argumentos e fundamentos possíveis para que tal decisão seja a mais

6. *O Direito como texto*. Manole, São Paulo, 2005, p. 35.

abrangente possível, visando a açambarcar todos os casos que possam vir a se subsumir ao paradigma produzido.

O sistema jurídico brasileiro, após as reformas ocorridas desde 2004, tentou aproximar-se dos ditames do *common law*. Contudo, repita-se que aqui os precedentes não são formados em virtude da reiteração das decisões baseadas umas nas outras, mas sim há uma decisão proferida em sede de recurso repetitivo, repercussão geral, ações diretas de inconstitucionalidade ou constitucionalidade, súmulas vinculantes ou, ainda, incidente de resolução de demandas repetitivas⁷. Estas decisões serão vinculativas das demais proferidas acerca da mesma matéria, nos casos subsequentes. Destaque-se que o novo CPC estabeleceu como missão, em seu artigo 926, que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

O julgador, nesta hipótese, estará adstrito às decisões proferidas em consonância com os ritos anteriormente identificados⁸. No entanto, não se pode dizer, neste caso, que não há interpretação por parte do aplicador do direito. Tal interpretação pode não atingir seu grau máximo de aplicabilidade como ocorre no *civil law* e na formação dos precedentes do *common law*, mas ela existirá e poderá se manifestar de formas distintas.

Quando o julgador iniciar a análise do caso concreto --- os fatos narrados e a pretensão resistida --- observará se tal hipótese subsume-se à precedentes existentes no ordenamento jurídico. Em havendo precedente análogo ao caso julgado,

7. Preceitua o artigo 928 do novo CPC:

Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I - incidente de resolução de demandas repetitivas;

II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

8. A vinculação, de acordo com o novo CPC, ocorre desde a primeira instância judicial

haverá sua aplicação. Como preleciona Robert Alexy⁹ “quando os casos são suficientemente iguais, regras de decisão dessa espécie são reiteradamente aplicadas”. O julgador, neste caso, promoveu a interpretação do precedente e sua aplicabilidade ao caso concreto. Seu livre convencimento motivado restou mitigado, mas a interpretação assumiu papel de relevo na aplicabilidade do precedente. Como asseveram Summers e Eng¹⁰ “a decisão precedente deve ser apropriadamente semelhante ao caso subsequente. Em última instância, o precedente e o caso a ser decidido devem trazer à tona as mesmas questões jurídicas, e o caso precedente deve já ter resolvido a questão”. Portanto, podemos dizer que a interpretação atingiu apenas um grau mínimo, cingindo-se aos limites da moldura imposta pelo precedente já formado.

No entanto, poderão haver casos nos quais os precedentes não se amoldam de forma adequada à determinados fatos e o direito que lhes suporta. E tal percepção somente advirá da atividade interpretativa do aplicador do direito ao fazer a subsunção do precedente ao caso concreto. Poderá o julgador identificar que a lide não encontra plena fundamentação na moldura estabelecida pelo precedente. Diz-se que nesta hipótese há interpretação de grau médio, onde se imporá o não enquadramento ou o desenquadramento do precedente suscitado.

Em se tratando de precedente que permanece válido no ordenamento jurídico (não superado por precedentes posteriores ou exarados por tribunal de superior hierarquia), referido desenquadramento dar-se-á em consonância com a técnica do *distinguish*. O *distinguish* difere-se do *overruling* pois no primeiro, ter-se-á o afastamento do precedente apenas no caso concreto ao passo que no segundo verifica-se a ab-rogação do precedente.

9. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Malheiros Editores, São Paulo, 2a. Ed, 2011, Tradução de Virgílio Afonso da Silva p.557

10. *Departures from precedent*, p., 521. Tradução livre.

O *distinguish* pode se manifestar de dois modos distintos: como uma exceção direta ou uma exceção indireta. Segundo os precisos ensinamentos de Thomas da Rosa de Bustamante¹¹:

a técnica do *distinguish* deve ser definida como um tipo de afastamento do precedente judicial no qual a regra da qual o tribunal se afasta permanece válida mas não é aplicada com fundamento em um discurso de aplicação em que, das duas, uma: (1) ou se estabelece uma exceção anteriormente não reconhecida – na hipótese de se concluir que o fato sub judice pode ser subsumido na moldura do precedente judicial citado; ou (2) se utiliza o argumento a contrario para fixar uma interpretação restritiva da *ratio decidendi* do precedente invocado na hipótese de se concluir que o fato sub judice não pode ser subsumido no precedente. No primeiro caso (redução teleológica) opera-se a exclusão de determinado universo de casos antes compreendidos no âmbito de incidência da norma apontada como paradigma; no segundo caso (argumento a contrario) a norma jurisprudencial permanece intacta, mas se conclui que suas consequências não podem ser aplicadas aos fatos que não estejam compreendidos em sua hipótese de incidência.

Desta forma, nos sistemas do *common law* ou seus equivalentes (como o sistema brasileiro que estabeleceu a vinculabilidade aos precedentes) o julgador, diante de situação que não se enquadra na moldura estabelecida pelo precedente judicial, deverá promover o seu desenquadramento em virtude da ausência de similaridade das hipóteses ou fundamentos veiculados na lide concreta. Tal desenquadramento não significa a derrogação do paradigma, mas apenas a impossibilidade de sua aplicabilidade a um ou mais casos concretos.

O novo sistema normativo brasileiro constante do CPC/15 estabelece a possibilidade de desenquadramento do paradigma ao admitir a possibilidade de interposição de agravo em recurso especial ou extraordinário¹² quando a decisão de inadmissão dos recursos excepcionais se basear em decisões de recurso

11. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*, p. 473

12. Artigo 1042 do novo CPC (Lei 13.105/2015)

repetitivo ou repercussão geral (espécies de paradigmas), mas a hipótese versada nos autos não guardar similaridade com o precedente no qual houve o enquadramento. Também visando a preservar tal possibilidade de desenquadramento é permitida a reclamação para preservação da competência dos tribunais, garantir a autoridade de suas decisões, a observância das decisões do STF, bem como os enunciados de súmulas vinculantes e os precedentes proferidos em julgamento de casos repetitivos¹³.

Assim, na mesma proporção que o enquadramento nas hipóteses descritas em precedente é imperioso, o desenquadramento é imperativo nas situações em que não há aderência à moldura.

Ressalte-se que quando se verificar o desenquadramento do precedente e, não sendo possível a subsunção a outro precedente existente, poderá o julgador, mediante seu livre convencimento motivado, julgar o feito em questão, em consonância com os ditames do ordenamento jurídico e adotando o percurso gerativo de sentido. Também poderá assim proceder o julgador dentro do sistema *common law* caso não se verifique a existência de paradigmas para o caso concreto em julgamento.

IV – O DEVER DE MOTIVAR AS DECISÕES: ARTIGO 489, PARÁGRAFO 1º. DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Restou assente que o julgador, diante do sistemas do *common law* (ou a ele semelhantes, como ocorre com o

13. Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III - garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

IV - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.

ordenamento jurídico brasileiro) recorrerá ao processo interpretativo --- ainda que em grau mínimo ou médio --- para o enquadramento ou desenquadramento, respectivamente, do precedente existente sobre a matéria objeto da lide.

No entanto, em quaisquer das hipóteses anteriormente mencionadas, deve o julgador fundamentar sua decisão, sendo incabível a mera transcrição da ementa do precedente para tanto.

Destaque-se que o novo Código de Processo Civil é enfático neste aspecto. Em consonância com o artigo 489, parágrafo 1º, V, “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”. Por sua vez, o artigo 927, parágrafo 1º, estabelece que os julgadores, ao aplicar os precedentes, deverão observar o disposto no artigo 489, parágrafo 1º. Por fim, o artigo 1022, parágrafo 1º, prevê que se considera omissa, passível de embargos de declaração, a decisão que incorrer quaisquer das condutas previstas no artigo 489, parágrafo 1º.

Observa-se, assim, que o novo CPC foi enfático acerca da necessidade de fundamentação das decisões mesmo quando se está diante de julgamentos que aplicarão os precedentes estatuídos em consonância com ditames do ordenamento jurídico brasileiro. O novo Estatuto Processual Civil reproduziu a regra da necessidade de motivação das decisões que já se encontra insculpida no artigo 93, IX da Constituição Federal.

Portanto, não se pode admitir a mera transcrição de ementas ou partes dos julgados paradigmas para fundamentar a lide individual em julgamento. Cabe ao julgador, além da descrição das hipóteses fáticas que permeiam o caso concreto, fundamentar a aplicação do paradigma mediante a subsunção da hipótese concreta ao precedente, elencando as similaridades entre o caso concreto julgado e o citado precedente.

Isso significa dizer que ao julgador cabe a efetivação do cotejo entre ambas as situações (caso concreto x precedente), mediante a descrição analítica de tudo o que torna os casos similares e, portanto, passíveis de serem julgados na mesma conformidade. Como bem salientou o Ministro Teori Zavascki, “a fundamentação prevista no Código é condição de possibilidade da democracia: juiz deve priorizar fundamentação em vez da celeridade”.¹⁴

Em suma, o conceito veiculado pelo artigo 489, parágrafo 1º. do CPC, editado em consonância com o artigo 93, IX, da Constituição Federal é de suma relevância para a teoria da decisão judicial, em especial quando se está diante da aplicação de precedentes pois estabelece a efetiva necessidade de fundamentação de toda e qualquer decisão, não podendo o julgador limitar-se à reprodução de ementas e trechos de julgados. O cotejo da similaridade e as explícitas razões de decidir são imperativas, sob pena de nulidade da decisão proferida. É dizer, o julgador, diante do novo sistema consolidado pelo CPC 2015, conhecerá principalmente de fatos. Mas, também diante deste novo ordenamento, terá a oportunidade de rever os precedentes já sacramentados no sistema ora vigente. Eis o desafio que se apresenta.

V - CONCLUSÕES

1. Nosso sistema processual passou por significativas mudanças. Tínhamos, até 2004, um sistema de controle de constitucionalidade nitidamente dividido em controle difuso e concentrado; a partir desta data até o advento do novo CPC de 2015, um sistema de transição, com prevalência do controle concentrado; e, partir da promulgação do novo CPC um sistema de controle de constitucionalidade e legalidade concentrado e vinculativo das decisões proferidas pelos Tribunais.

14. apud Lenio Luiz Streck *O que fazer quando juízes dizem que o novo CPC não deve ser obedecido?* <http://www.conjur.com.br/2015-jul-02/senso-incomum-quando-juizes-dizem-ncpc-nao-obedecido> acessado em 21 de outubro de 2015.

2. As alterações introduzidas no direito brasileiro desde 2004 e reforçadas com o advento do novo Código de Processo Civil conduzem à conclusão de que o Brasil procurou afastar-se do modelo *civil law* que até então predominava para aproximar-se do modelo *common law*. Contudo, no direito brasileiro, atualmente, a formação do precedente não nasce da prática judiciária em decorrência da reiterada aplicação das decisões. Ao contrário. O precedente nasce, em regra, de julgamento único, promovido por órgão considerado competente pelo sistema brasileiro para tanto. Nesse contexto, há grande distorção do sistema brasileiro em relação ao *common law*: o nosso precedente decorre de um único julgamento, ao passo que no *common law* nasce da reiteração de posicionamentos.

3. A interpretação é parte indissociável do processo decisório. Contudo, deve-se considerar que a mesma ocorre de forma distinta dentro do sistema do *civil law* e do *common law*. No *civil law*, o julgador parte do texto legal posto e inicia o percurso gerativo de sentido até que a norma individual e concreta por ele exarada (decisão) seja proferida em consonância com o sistema normativo, observando seus preceitos e princípios. E, neste caso, a interpretação atinge seu grau máximo tendo apenas o sistema normativo como seu limitador, mas sem a moldura limitativa dos precedentes. Já no *common law* podemos identificar duas espécies distintas de decisões e a carga interpretativa que cada uma carrega consigo: aquelas que se constituem na formação do precedente e aquelas proferidas posteriormente, que observam os precedentes previamente formados. O julgador, nas decisões formadoras dos precedentes, adotará as mesmas premissas de interpretação inerentes ao *civil law*. No entanto, quando já há precedentes formados, o julgador estará adstrito às decisões proferidas anteriormente (precedentes). No entanto, não se pode dizer, neste caso, que não há interpretação por parte do aplicador do direito. Tal interpretação pode não atingir seu grau máximo de aplicabilidade como ocorre no *civil law* e na formação

dos precedentes do *common law*, mas ela existirá e poderá tanto observar o precedente --- se os fatos e o direito puderem ser a ele subsumido ou promover o seu desenquadramento.

4. Desta forma, nos sistemas do *common law* ou seus equivalentes (como o sistema brasileiro que estabeleceu a vinculabilidade aos precedentes) o julgador, diante de situação que não se enquadra na moldura estabelecida pelo precedente judicial, deverá promover o seu desenquadramento em virtude da ausência de similaridade das hipóteses ou fundamentos veiculados na lide concreta. Tal desenquadramento não significa a derrogação do paradigma, mas apenas a impossibilidade de sua aplicabilidade a um ou mais casos concretos. Quando se verificar o desenquadramento do precedente e, não sendo possível a subsunção a outro precedente existente, poderá o julgador, mediante seu livre convencimento motivado, julgar o feito em questão, em consonância com os ditames do ordenamento jurídico e adotando o percurso gerativo de sentido. Também poderá assim proceder o julgador dentro do sistema *common law* caso não se verifique a existência de paradigmas para o caso concreto em julgamento.

5. O novo CPC foi enfático acerca da necessidade de fundamentação das decisões mesmo quando se está diante de julgamentos que aplicarão os precedentes estatuídos em consonância com ditames do ordenamento jurídico brasileiro. O novo Estatuto Processual Civil reproduziu a regra da necessidade de motivação das decisões que já se encontra insculpida no artigo 93, IX da Constituição Federal em seus artigos 489, parágrafo 1º, V, 927, parágrafo 1º e 1022 parágrafo 1º. Portanto, não se pode admitir a mera transcrição de ementas ou partes dos julgados paradigmas para fundamentar a lide individual em julgamento. Cabe ao julgador, além da descrição das hipóteses fáticas que permeiam o caso concreto, fundamentar a aplicação do paradigma mediante a subsunção da hipótese concreta ao precedente, elencando as similaridades entre o caso concreto julgado e o citado precedente.

BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Georges. *Precedente Judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante*. In: Arruda Alvim Wambier, Teresa (org.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT, 2012.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Malheiros Editores, São Paulo, 2a. Ed, 2011, Tradução de Virgílio Afonso da Silva.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial. A Justificação e a Aplicação das Regras Jurisprudenciais*. Ed. Noeses, São Paulo, 2012.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. Noeses, 6th ed, São Paulo, Noeses, 2015.

ROBLES, Gregorio. *O Direito como texto*. Manole, São Paulo, 2005.

SCHAUER, Frederick. *Precedent*. [Http://ssrn.com/abstract=1836384](http://ssrn.com/abstract=1836384), acessado em 17 de outubro de 2015.

STRECK, Lenio Luiz *O que fazer quando juízes dizem que o novo CPC não deve ser obedecido?* <http://www.conjur.com.br/2015-jul-02/senso-incomum-quando-juizes-dizem-ncpc-nao-obedecido> acessado em 21 de outubro de 2015

SUMMERS, Robert, e ENG, Svein. *Departures from precedent*. In Mac CORMICK, Neil, e SUMMERS, Robert (org.). *Interpreting Precedents – A Comparative Study*. Aldershot, Ashgate, 1997.