



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
Campus Jacarezinho

MATEUS VARGAS FOGAÇA

**OS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO FORMA
DE CONCRETIZAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA
NO DIREITO BRASILEIRO**

JACAREZINHO-PR
2016

MATEUS VARGAS FOGAÇA

**OS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO FORMA
DE CONCRETIZAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA
NO DIREITO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica, sob a orientação do Professor Doutor Jaime Domingues Brito.

Área de Concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão. Linha de Pesquisa: Função Política do Direito.

**JACAREZINHO-PR
2016**

F655p Vargas Fogaça, Mateus
Os precedentes judiciais como forma de concretização da segurança jurídica no direito brasileiro / Mateus Vargas Fogaça; Orientador Jaime Domingues Brito. -- 2016. 185 f.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade Estadual do Norte do Paraná, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, Jacarezinho/PR, 2016.

1. Precedentes judiciais. 2. Processo civil.
3. Segurança jurídica. I. Brito, Jaime Domingues, orient. II. Título.

MATEUS VARGAS FOGAÇA

**OS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO FORMA
DE CONCRETIZAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA
NO DIREITO BRASILEIRO**

Esta dissertação foi julgada adequada para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada na sua forma final pela Coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná, na área: “Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão”; linha de pesquisa: “Função Política do Direito”.

COMISSÃO EXAMINADORA

Dr. Jaime Domingues Brito (UENP)

Dr. Eliezer Gomes da Silva (UEPG)

Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Jr (ITE)

Jacarezinho/PR, 15 de julho de 2016.

À minha mãe, Dona Ivone (*in memoriam*), exemplo de carinho e dedicação a seus filhos.

AGRADECIMENTOS

O ciclo de pesquisa necessário à finalização do Mestrado somente foi possível graças à colaboração voluntária ou involuntária algumas pessoas, muitas das quais, feliz ou infelizmente, foram privadas da minha convivência por algum tempo. A todas elas, registro meu sincero reconhecimento e agradecimento, em especial aos meus pais, Geraldo e Maria Ivone (*in memoriam*), por sempre colocarem a educação de seus filhos dentre os principais objetivos de suas vidas; a meus irmãos, Marcos e Mariana, pelo apoio e incentivo de que fui agraciado por toda a vida; também, à Ketí, pelo afeto, estímulo, torcida, paciência e compreensão, mesmo nas repetidas vezes em que sua companhia foi substituída pelas atividades de pesquisa; ao meu orientador, Professor Doutor Jaime Domingues Brito, pela paciência e inigualável humildade com que compartilhou sua vasta sabedoria e exemplarmente orientou a pesquisa; aos colegas da Turma XI, com quem tive a oportunidade de adquirir conhecimento e partilhar as dificuldades, em especial ao Rodrigo Sautchuk, cuja companhia fez menos árduas as longas e semanais viagens a Jacarezinho; de igual modo, ao Professor Doutor Fernando de Brito Alves, pela irreparável dedicação à Coordenação do Programa, bem como ao Professor Doutor Eduardo Cambi, pelo exemplo profissional e pelas lições que ultrapassam a vida acadêmica; à Natalina, pela sempre pronta e sincera disponibilidade, bem como pela eficiência com que conduz a Secretaria do Programa, própria daqueles que verdadeiramente amam aquilo que fazem; aos colegas de profissão, especialmente ao Dirceu, Taimon e Valquíria, pelo apoio, compreensão e suporte nas inúmeras vezes nas quais me fiz ausente do escritório; por fim e não menos importante, ao povo do Paraná e a todos professores e colaboradores do Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, pelo empenho destinado à manutenção desse centro de excelência no ensino jurídico a nível nacional.

No fim nós estamos de acordo: nós queremos fundamentos de um Direito seguro, seguro contra ingerência da arbitrariedade e injusta disposição.

(Friedrich Carl von Savigny)

A aprovação do presente trabalho não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora ou da Universidade Estadual do Norte do Paraná à ideologia que o fundamenta ou que nele é exposta.

FOGAÇA, Mateus Vargas. *Os precedentes judiciais como forma de concretização da segurança jurídica no direito brasileiro*. 185 f. Dissertação (Mestrado). Programa de Mestrado em Ciência Jurídica – Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2016.

RESUMO

Esta pesquisa tem como objetivo estudar a oportunidade de implantação de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios no Brasil. A dissertação foi desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, visando a compreender o modo de funcionamento dos precedentes judiciais, com seus institutos e técnicas de aplicação, distinção e revogação. Avalia a disciplina introduzida pelo novo Código de Processo Civil, evidenciando a atualidade e importância do tema. Parte da valorização das decisões judiciais no direito brasileiro nas últimas décadas para analisar os argumentos favoráveis e contrários à teoria dos precedentes e para apontar equívocos e sugerir alterações em seu modo de aplicação no país. O estudo dialoga com textos legais, livros e artigos científicos nacionais e estrangeiros, notadamente aqueles que estudaram a teoria dos precedentes judiciais existente em países que adotam a *common law*. Analisa a *common law* e a *civil law*, para encontrar em ambas o objetivo comum de garantir segurança jurídica ao cidadão, seja por meio do precedente ou da lei. Posiciona a segurança jurídica como pressuposto e fundamento do Estado Democrático de Direito, indispensável ao alcance da dignidade da pessoa humana. Aponta a cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade como elementos estruturantes da segurança jurídica, cuja efetivação é de responsabilidade de todos os Poderes do Estado. Por fim, sinaliza a obrigação de o Poder Judiciário proporcionar decisões íntegras, estáveis e coerentes, possibilitando a compreensão dos precedentes judiciais, na ótica da teoria do direito como integridade, preconizada por Ronald Dworkin, como instrumento adequado à efetivação da segurança jurídica do cidadão brasileiro.

Palavras-chave: Segurança jurídica. Precedente judicial. *Ratio decidendi*. Direito como integridade.

FOGAÇA, Mateus Vargas. *The judicial precedents as form to implementation of legal certainty in Brazilian law*. 185 p. Dissertation (Master's). Master's Program in Legal Science – State University of Northern Paraná, 2016.

ABSTRACT

This research aims to study the deployment of opportunity to a system of binding precedents in Brazil. The dissertation was developed by the hypothetical-deductive method, aiming to understand the workings of the judicial precedents, with its institutes and application techniques, distinguishing and overruling. Evaluates the rules introduced by the new Civil Procedure Code, highlighting the relevance and importance of the topic. Part of the appreciation of court decisions in Brazilian law in recent decades to examine for and against arguments about the theory of preceding and to point to mistakes and suggest changes in application methods in the country. The study speaks with legal texts, and national and foreign books and scientific papers, especially those who have studied the theory of the binding precedents in countries that adopt the common law. Analyzes the common law and civil law, to find both the common objective of ensuring legal certainty to the citizen, either through the precedent or the law. It positions the legal certainty as a premise and basis of the Democratic State of Right, essential to the achievement of human dignity. Points to knowledgeability, reliability, and accountability as structural elements of legal certainty, whose execution is the responsibility of all state powers. Finally, it signals the obligation of the Judicial Power to provide integrity decisions, stable and consistent, enabling the understanding of binding precedents, from the perspective of the law as integrity theory advocated by Ronald Dworkin, as appropriate instrument to effect the legal certainty of the Brazilian citizen.

Key words: Legal certainty. judicial precedent. Ratio decidendi. Law as integrity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A OPORTUNIDADE DE ADOÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS NO BRASIL	14
1.1 A crescente valorização dos precedentes judiciais no direito brasileiro	15
1.2 Razões para respeito aos precedentes judiciais.....	20
1.2.1 Igualdade na aplicação do direito.....	20
1.2.2 Boa-fé objetiva	23
1.2.3 Economia, celeridade e eficiência dos órgãos judiciários	26
1.3 Críticas ao respeito aos precedentes	31
1.3.1 Engessamento do sistema.....	31
1.3.2 Violação ao princípio da separação dos poderes.....	34
1.3.3 Violação à independência dos juízes	36
1.3.4 Violação da garantia de acesso à justiça	39
1.4 As necessárias correções na forma de aplicação dos precedentes judiciais no direito brasileiro	42
1.4.1 A inadequada fundamentação da decisão	42
1.4.2 A aplicação de ementas e verbetes descontextualizados.....	46
1.4.3 A formação técnica para operar o sistema jurídico	51
1.4.4 A organização, atualização e divulgação dos precedentes.....	55
2 COMPREENSÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS E SUA UTILIZAÇÃO NO CASO CONCRETO	59
2.1 As tradições da <i>common law</i> e da <i>civil law</i>	59
2.1.1 A <i>common law</i> : segurança jurídica no precedente judicial.....	62
2.1.2 As fontes da <i>common law</i> inglesa.....	67
2.1.3 A <i>civil law</i> : segurança jurídica na lei.....	71
2.1.4 As fontes da <i>civil law</i>	75
2.2 Noção de precedente, decisão, súmula e jurisprudência	78
2.3 Composição do precedente	82
2.4 A eficácia dos precedentes judiciais	89
2.5 Modo de aplicação do precedente	95
2.5.1 <i>Distinguishing</i>	95
2.5.2 Técnica da sinalização	102
2.5.3 <i>Transformation</i>	107
2.5.4 <i>Overriding</i>	109
2.5.5 Distinções inconsistentes	110
2.6 Modo de superação do precedente	113
2.6.1 <i>Overruling</i>	114
2.6.2 <i>Anticipatory overruling</i>	118
2.7 Regime jurídico dos precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil	120
3 OS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO EFETIVAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA NO BRASIL	133
3.1 Segurança jurídica no Estado de Direito	133
3.2 Da conceituação da segurança jurídica.....	137
3.3 A segurança jurídica e seus elementos estruturantes	139
3.3.1 A cognoscibilidade	141

3.3.2 A confiabilidade.....	143
3.3.3 A calculabilidade	145
3.4 A segurança jurídica e os responsáveis por sua realização	147
3.5 Contornos da segurança jurídica na Constituição de 1988	150
3.6 Imprevisibilidade dos provimentos judiciais e as crises da segurança jurídica e da igualdade na aplicação do direito.....	155
3.7 O direito como integridade e os precedentes judiciais.....	160
CONCLUSÕES	167
REFERÊNCIAS.....	173

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa acadêmica foi projetada e desenvolvida no seio do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, cuja área de concentração reside nas Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão.

Adotada a Função Política do Direito como principal linha de pesquisa, a problemática investigada gira em torno da necessidade de ser assimilado o papel de verdadeira fonte do direito atribuído ao precedente judicial no ordenamento jurídico nacional.

A partir de então, busca-se compreender se e como uma teoria dos precedentes judiciais pode concretizar a segurança jurídica no Estado brasileiro, com enfoque especial para a inevitável tensão existente entre a necessidade de segurança e indispensável dinâmica do direito.

A despeito das inúmeras e reiteradas alterações legislativas pelas quais passou o ordenamento jurídico nacional nas últimas décadas, ainda não é raro o desrespeito aos precedentes judiciais. O pior resultado dessa prática é a promoção de insegurança jurídica ao cidadão, que fica com menor condição de projetar as consequências de suas condutas em sociedade. Além disso, situações idênticas ou muito semelhantes ficam sujeitas a diversos tratamentos jurídicos quando submetidas ao crivo judicial, redundando em decisões judiciais promotoras de desigualdade e injustiça.

Constatada a possibilidade real de um mesmo quadro fático ser objeto de tratamento diverso pelo Estado Democrático de Direito no exercício de seu poder jurisdicional, a adoção da obrigatoriedade de respeito a precedentes judiciais, em tese, pode promover igualdade, segurança jurídica e justiça a toda a sociedade.

A reflexão e estudo do tema, sob a ótica da moderna concepção do processo civil constitucional, demonstra a pertinência da pesquisa para com a área de concentração do Programa de Mestrado. A relevância do tema, por sua vez, decorre de sua potencial capacidade de tornar a atividade jurisdicional mais justa e igualitária, justificando a importância que lhe foi atribuída pelo novo Código de Processo Civil - NCPC (Lei nº 13.105/2015).

Desenvolvido pelo método hipotético-dedutivo e visando a compreender o funcionamento de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios, com seus

institutos e técnicas de aplicação, distinção e revogação, o estudo partirá das questões gerais a respeito dos principais apoios e rejeições à teoria dos precedentes, para compreender e sugerir alterações em seu modo de aplicação no país, já com o pano de fundo do NCPD.

A pesquisa, portanto, será pautada pela avaliação e diálogo com textos legais, livros técnicos e artigos científicos de autores nacionais e estrangeiros, notadamente aqueles que estudaram a teoria dos precedentes judiciais com base em sistemas jurídicos baseados na *common law*, o que se justifica pelo amplo conhecimento por ela acumulado no decorrer dos séculos.

Tecidas estas considerações de ordem teórica, é preciso dizer que a pesquisa será concebida de modo seccionado, sendo seu corpo constituído por três capítulos estrategicamente desenhados para possibilitar a compreensão, já no primeiro deles, das razões pelas quais será oportuna a adoção de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios no país, sem deixar de refutar os principais argumentos que lhe são contrários.

Com especial destaque para a crescente valorização do precedente judicial nas últimas décadas, ainda no primeiro capítulo serão analisadas brevemente as reformas pelas quais passou o ordenamento jurídico nacional, sem se deixar de formular críticas e sugerir alterações no modo de aplicação dos precedentes na prática judicial brasileira, à luz dos ensinamentos de Maurício Ramires.

Na sequência, conduzido pela doutrina de René David, Luiz Guilherme Marinoni e Neil Duxbury, o segundo capítulo abordará a *common law* e a *civil law*, passando por suas respectivas origens e fontes do direito, visando a compreender como cada uma das tradições pretende proporcionar segurança jurídica a seus jurisdicionados. Na sequência, será abordada a composição, a eficácia dos precedentes e o modo pelo qual a sua aplicação deverá ser realizada na prática, com destaque para o regime jurídico que lhes destinou o novo Código de Processo Civil.

O terceiro capítulo terá a missão de situar a segurança jurídica como pressuposto e fundamento do Estado de Direito e elemento indispensável ao alcance da dignidade da pessoa humana. Nesse viés, com apoio na doutrina de Humberto Ávila, serão estudadas a cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade, na condição de seus elementos estruturantes, bem como verificados

os contornos adotados na atual ordem constitucional, com destaque para os responsáveis por sua realização no Estado brasileiro.

Por fim, contextualizado o papel da imprevisibilidade dos provimentos jurisdicionais no âmbito das crises da segurança jurídica e da igualdade na aplicação do direito brasileiro, será estudada a teoria do direito como integridade, preconizada por Ronald Dworkin, com vistas a compreender os precedentes judiciais como instrumento adequado à efetivação da segurança jurídica do cidadão brasileiro.

1 A OPORTUNIDADE DE ADOÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS NO BRASIL

A sociedade contemporânea deseja conciliar, de um lado, a necessidade de imprimir alta velocidade em suas atividades altamente favorecidas pela tecnologia e, de outro, à preocupação com a segurança do cada vez maior número de atos e negócios jurídicos que realiza.

Não há mais espaço para a insegurança ocasionada pelo desrespeito aos precedentes judiciais, que obriga toda a comunidade a aguardar longo período de tempo até que seja definida qual decisão prevalecerá a respeito de determinado tema, enquanto inúmeras atividades são deixadas de lado ou são realizadas mediante riscos vagamente calculados, ocasionando, dentre outras coisas, maior custo econômico para todo o país.

A obtenção de segurança jurídica é tema caro a todos os cidadãos e, mais que isso, transborda os interesses deles próprios. Ela é importante, na verdade, ao Estado de Direito como um todo.

Ocorre que, devido à imprevisibilidade das decisões produzidas no Poder Judiciário brasileiro, a segurança jurídica e a igualdade na aplicação do direito encontram-se em crise, a qual poderia ser equacionada mediante a compreensão do direito como integridade, respeitando-se a obrigatoriedade dos precedentes oriundos das Cortes Supremas.

Assim, nesta parte inicial do estudo, pretende-se compreender toda a evolução pela qual passaram a sociedade e o direito nos últimos séculos, autorizando o sistema jurídico nacional a abandonar a tradição da *legolatria*¹, à qual se apega a *civil law* tradicional, para se passar a admitir o precedente judicial como fonte do direito.

Ato contínuo, passar-se-á a apresentar as razões comumente apontadas como justificadoras de tal medida, desconstruindo-se as críticas formuladas à teoria e, finalmente, sugerindo-se determinadas correções ao modo atual de aplicação dos precedentes na prática judicial brasileira.

¹ SIQUEIRA, Dirceu Pereira; BRITO, Jaime Domingues. Precedentes vinculativos e fontes do direito no Brasil: a proposta de um 'sistema geométrico variável'. In: BRANDÃO, Fernanda Holanda de Vasconcelos; MAILLART, Adriana Silva; TAVARES NETO, José Querino. *Acesso à justiça I: XXIII Congresso Nacional do Conpedi*. Florianópolis: Conpedi, 2014, p. 26.

1.1 A crescente valorização dos precedentes judiciais no direito brasileiro

Não é novidade a discussão acerca da oportunidade de implantação de precedentes obrigatórios na ordem jurídica brasileira. O tema esteve em pauta na reforma do Poder Judiciário, realizada através da Emenda Constitucional nº 45/2004,² e foi reavivado quando o Senado Federal instituiu, em 30 de setembro de 2009, uma Comissão de Juristas encarregada de discutir e elaborar um Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil.

Na história do ordenamento jurídico nacional, é possível encontrar os *assentos da Casa da Suplicação*, herança legislativa portuguesa de inspiração romana³. Referido instituto vigorou no Brasil até a promulgação da Constituição de 1891⁴ e era derivado das também portuguesas *fazanãs y alvedrios*. Consistia na interpretação da lei, veiculada por intermédio de enunciados com força vinculante⁵.

Mesmo com todo o empenho de Alfredo Buzaid, os *assentos* não chegaram a constar no texto final do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), pois prevaleceu o entendimento no sentido de que instrumento semelhante não encontraria acomodação junto à ordem constitucional vigente à época⁶.

A versão aprovada do CPC/73, portanto, incluiu apenas capítulo dedicado ao incidente de uniformização de jurisprudência⁷, cuja origem histórica remonta a uma alteração realizada no Código de Processo Civil de 1939, na década de cinquenta do século passado⁸.

² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 564.

³ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 54.

⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 235-238.

⁵ JANSEN, Rodrigo. A súmula vinculante como norma jurídica. *Revista dos Tribunais*, n. 838, ano 94, ago/2005, p. 43.

⁶ ALMEIDA, Caroline Sampaio de. A relevância dos precedentes judiciais como mecanismo de efetividade processual. *Revista dos Tribunais*, n. 922, ano 101, ago/2012, p. 354.

⁷ OLIVEIRA, Flávio Luis de; BRITO, Jaime Domingues. Os precedentes vinculantes são normas? In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; AMARAL, Sérgio Tibiriçá (Org.). *Sistema constitucional de garantias e seus mecanismos de proteção*. Birigui: Boreal, 2013, p. 176.

⁸ NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela. Contraditório e precedentes: primeiras linhas. In: FREIRE, Alexandre et al. *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. v. 2. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 358.

Compreendidas as fontes do direito como os atos ou fatos com capacidade de produzir normas jurídicas⁹, no capítulo seguinte, será possível compreender que, tendo o sistema jurídico brasileiro secular vinculação ao modelo romano-germânico (*civil law*), suas regras escritas tradicionalmente prevaleceram sobre as demais fontes do direito.

Embora não reflitam o mesmo momento histórico e não constituam os mesmos motivos pelos quais a Inglaterra incorporou a doutrina do *stare decisis* em sua *common law*, o constitucionalismo, o Estado Social, a modificação da técnica legislativa, mediante a introdução das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, bem como as próprias transformações sociais e suas consequentes demandas repetitivas¹⁰, dentre outras razões, criaram o cenário propício para uma paulatina valorização da força das decisões judiciais brasileiras, através de uma série de reformas processuais realizadas com o objetivo de conferir estabilidade ao direito nacional¹¹.

Isso porque a Constituição Federal de 1988 deu maior relevo ao papel da jurisprudência, não apenas em razão da redemocratização do país, mas também pela ampliação dos instrumentos de *judicial review*, a constitucionalização de novos direitos e a renovação da hermenêutica constitucional com a valorização dos princípios jurídicos¹².

Além disso, com a universalização e a democratização do acesso à justiça nestas quase três décadas de redemocratização, a litigiosidade antes reprimida pelo regime militar ocasionou uma judicialização maciça dos conflitos sociais¹³. Com o aumento da demanda, o Poder Judiciário passou a não ter condições de responder à sociedade de modo ágil e equânime, tanto pela inadequação da técnica processual quanto pela falta de respeito aos precedentes judiciais.

Com este pano de fundo, e naquilo que interessa ao presente estudo, o esforço doutrinário para a implantação de um sistema de precedentes obrigatórios

⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 45.

¹⁰ ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 44-62.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 77.

¹² MELLO, op. cit., p. 56.

¹³ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 384-393.

ganhou impulso quando a Emenda Constitucional nº 03/1993 introduziu a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) no cenário jurídico nacional e, com ela, o efeito vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Pela eficácia *erga omnes*, todos ficam vinculados à parte dispositiva da decisão, enquanto o efeito vinculante também torna obrigatórios os seus motivos determinantes.

A propósito das diferenças conceituais e práticas, os apontamentos realizados por Gilmar Ferreira Mendes quando da edição da citada Emenda Constitucional permanecem válidos:

[O efeito vinculante é] instituto jurídico desenvolvido no Direito processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados fundamentos ou motivos determinantes (*tragende Gründe*). A declaração de nulidade de uma lei não obsta sua reedição, ou seja, a repetição do seu conteúdo em outro diploma legal. Tanto a coisa julgada quanto a força de lei (eficácia *erga omnes*) não lograriam evitar esse fato. Todavia, o efeito vinculante, que deflui dos fundamentos determinantes (*tragende Gründe*) da decisão, obriga o legislador a observar estritamente a interpretação que o tribunal conferiu à Constituição. Consequência semelhante se tem quanto às chamadas normas paralelas. Se o tribunal declarar a inconstitucionalidade de uma lei do Estado A, o efeito vinculante terá o condão de impedir a aplicação de norma de conteúdo semelhante do Estado B ou C.¹⁴

Tal efeito vinculante foi estendido às decisões do Supremo Tribunal Federal em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn), pelo artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999.

Desde a Emenda Constitucional nº 03/93, portanto, os precedentes lançados no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade passaram a ter seguimento obrigatório, impedindo interpretação diversa pelos outros tribunais do país, em prestígio ao papel de Corte Constitucional desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal¹⁵.

A Emenda Constitucional nº 45/04, regulamentada pela Lei nº 11.417/06, apesar de não se tratar de grande salto histórico, positivou a súmula vinculante,

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. A ação declaratória de constitucionalidade: inovação da Emenda Constitucional 3/93. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 4, ano 1, jul-set/1993, p. 120-121.

¹⁵ LIMA, Tiago Asfor Rocha. Breves considerações sobre os precedentes judiciais no projeto de Novo Código de Processo Civil. In: FREIRE, Alexandre et al. *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 737.

consagrando a atribuição de efeitos vinculantes e gerais às decisões judiciais¹⁶, aproximando o ordenamento jurídico pátrio ao sistema da *common law*, através da vinculação dos juízes à *ratio decidendi* dos precedentes¹⁷.

Com a percepção da necessidade de uma maior carga de obrigatoriedade também nas decisões atinentes a temas infraconstitucionais, o sistema processual foi sendo atualizado por meio de diversas técnicas processuais, assimiladas pelo CPC/73, como o recurso especial repetitivo (art. 543-C), o julgamento monocrático de recursos (art. 557), a repercussão geral para admissão de recurso extraordinário (art. 543-A e 543-B), a súmula impeditiva de recursos (art. 518, § 1º), a sentença liminar de improcedência (art. 281-A) e a dispensa da reserva de plenário (art. 481, parágrafo único)¹⁸.

Estas tantas reformas empreendidas no CPC/73, além de outras alterações e criações existentes em leis processuais esparsas¹⁹, sempre visaram a fortalecer a eficácia dos precedentes judiciais no Brasil, tendo sido responsáveis pela renovação do perfil ideológico daquele Código, de natureza assumidamente liberal, patrimonialista e individualista²⁰, para satisfazer as novas exigências da sociedade globalizada.

A maior carga de eficácia dos precedentes judiciais possui papel importante na preservação dos valores constitucionais da segurança jurídica e da isonomia entre os jurisdicionados, daí porque um sistema de precedentes confere segurança ao ordenamento jurídico e evita a ocorrência de julgamentos contraditórios, tão prejudiciais aos jurisdicionados²¹.

Mesmo com suas nobres intenções, as inúmeras reformas resultaram em falta de coesão interna e o CPC/73, já obsoleto, passou a sofrer também da opacidade²² causada pela falta de sistematização dos institutos, que criou uma prática do direito onde a solução dos casos concretos é muitas vezes realizada

¹⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 282.

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 43.

¹⁸ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 145; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de; PEIXOTO, Ravi. Flexibilidade, *stare decisis* e o desenvolvimento do *anticipatory overruling* no direito brasileiro. *Revista de Processo*, n. 236, ano 39, out/2014, p. 282-283.

¹⁹ CAVALCANTI, op. cit., p. 394-410.

²⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. *Revista de Processo*, n. 179, ano 35, jan/2010, p. 135.

²¹ LIMA, Breves considerações..., op. cit., p. 737.

²² CÁRCOVA, Carlos Maria. *A opacidade do Direito*. São Paulo: LTR, 1998, p. 14.

mediante a aplicação de precedentes improvisados, descontextualizados e aleatórios²³.

A falta de respeito ao precedente judicial no Brasil, mesmo depois de todas as mencionadas reformas voltadas à uniformização, aliás, é facilmente identificada pela alta taxa de reforma das sentenças, quando elas são objeto de recurso. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no ano-base de 2012, em média, 33,9% dos recursos interpostos contra sentenças foram providos, ainda que parcialmente, pelos Tribunais de 2ª instância²⁴.

O desrespeito ao precedente judicial ou a sua incorreta utilização, embora não seja a única causa, certamente contribui significativamente para o índice de reforma das sentenças chegar a alarmantes 89,5% no Tribunal de Justiça do Piauí, 81% no Tribunal de Justiça do Amazonas e, apenas para citar os mais relevantes, os não menos razoáveis 56,9% em Goiás, 54,5% em Minas Gerais, 50,6% em Mato Grosso, 39,1% no Paraná, 37,8% em Santa Catarina, 36,4% no Rio Grande do Sul e 33,2% em São Paulo, conforme a mesma pesquisa.

É justamente com a intenção de assegurar maior racionalidade e efetividade ao sistema processual, permitir maior igualdade na aplicação do direito e, de resto, ampliar o nível de segurança jurídica da população, que a alternativa dos precedentes obrigatórios²⁵ sempre esteve em pauta durante a tramitação legislativa do novo Código de Processo Civil (NCPC), Lei nº 13.105/2015.

Influenciado pelos avanços legislativos ocorridos no final do século XX, enquanto manteve e aperfeiçoou alguns institutos já existentes ou implantados no CPC/73, o NCPC promoveu notável alteração no sistema recursal, redesenhou o modelo argumentativo através do qual será construída a decisão, reforçou o compromisso com a fundamentação e, principalmente, melhor sistematizou os precedentes judiciais, agora dotados de obrigatoriedade²⁶, conforme será analisado no próximo capítulo.

²³ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural. In: DIDIER JR., Fredie et al. *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 189.

²⁴ THEODORO JR., Humberto; et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 15-18.

²⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: _____ (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 33.

²⁶ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de juristas responsável pela elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, 2010, p. 19.

Assim, constatados os motivos pelos quais gradativamente se outorgou maior força às decisões judiciais no ordenamento jurídico nacional, a pesquisa passa a analisar as principais razões invocadas para justificar para a implantação de um sistema de precedentes judiciais no Brasil.

1.2 Razões para respeito aos precedentes judiciais

A seguir, serão investigadas a igualdade na aplicação do direito, a boa-fé objetiva, bem como a economia, celeridade e eficiência dos órgãos judiciários, com razões para o respeito aos precedentes judiciais no Brasil, em benefício do Estado e da própria sociedade. Outros tantos motivos que poderiam ser apresentados tiveram de ser deixados de lado para o seguimento dos fins restritos do presente estudo.

1.2.1 Igualdade na aplicação do direito

Catalogada como direito fundamental de segunda dimensão, a igualdade destina-se a “garantir condições sociais razoáveis a todos os homens para o exercício dos direitos individuais²⁷”. É assegurada pela Constituição Federal, quando prescreve que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Na condição de fundamento natural e dogmático, a obtenção da igualdade é justa razão para o respeito dos precedentes judiciais²⁸.

A igualdade de que trata o *caput* do art. 5º da Constituição Federal estabelece uma obrigação ao Estado de promovê-la entre os indivíduos e possui duas direções principais: a primeira, de *igualdade na lei*, direcionada ao Poder Legislativo, e a segunda, de *igualdade perante a lei*, voltada ao aplicador da lei, seja o Poder Executivo ou o Judiciário²⁹.

Assim, somente existirá acesso a uma ordem jurídica justa quando, ultrapassando a barreira da norma legislada (formal), for dispensado tratamento igualitário ao indivíduo também através da norma julgada (material), o que demanda o seu fornecimento não apenas pelo Legislativo ou Executivo, mas

²⁷ BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 23.

²⁸ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 131.

²⁹ BARROSO, Luis Roberto. Recurso extraordinário. Violação indireta da Constituição. Ilegitimidade da alteração pontual e casuística da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: _____. *Temas de direito constitucional*. v. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 287.

também pelo Judiciário, a quem incumbirá garantir que casos análogos sejam efetivamente tratados de modo semelhante³⁰.

Nessa esteira, mais do que igual para todos, o ordenamento jurídico deve ser aplicado de modo a dispensar o mesmo tratamento jurídico àqueles cuja situação seja idêntica, pois é isso o que orienta a própria regra do *stare decisis*³¹. No mesmo sentido, posiciona-se Rodolfo de Camargo Mancuso, ao apontar a existência de um direito à igualdade também no tratamento judiciário:

Se a Constituição assegura que ‘todos são iguais perante a lei’ (art. 5.º, *caput*), entendida a *lei* no sentido de norma obrigatória imposta pelo Estado, é logicamente imperioso que essa isonomia seja válida tanto em face da *norma legislada* (= produto final da atividade parlamentar), como perante a *norma julgada*, ou seja, quando o texto de regência vem subsumido aos fatos de uma lide, no bojo de uma ação judicial³².

Esta concepção de igualdade corresponde à exigência básica e fundamental de direito e justiça, segundo a qual os casos iguais serão decididos igualmente e os desiguais, desigualmente, na medida de suas desigualdades. A esse respeito, observou Alf Ross que, se “num caso anterior de caráter similar se tenha escolhido uma certa regra como fundamento da decisão, constitui um forte motivo para que o juiz baseie a decisão presente na mesma regra”³³.

Deve-se reconhecer, nesse sentido, que ocorrerá violação ao princípio constitucional da igualdade quando casos semelhantes, submetidos, portanto, a uma mesma regra de direito, forem tratados notoriamente de modo diverso³⁴. O desrespeito a um precedente judicial, portanto, mais que maltratar a segurança jurídica e a integridade do direito, constituirá grave e injustificável violação à Constituição Federal, afrontando o próprio Estado Democrático de Direito.

Apesar de não ser exatamente explícito, na medida em que o respeito aos precedentes judiciais promove a igualdade na aplicação do direito, também ocorre proteção da própria segurança jurídica. Esta, segundo Humberto Ávila, é favorecida sob a ótica da confiabilidade e da calculabilidade do direito, devido à uniformidade de aplicação sugerida pela autoridade dos precedentes:

³⁰ ROSITO, op. cit., p. 131.

³¹ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 26.

³² MANCUSO, op. cit., p. 28. Grifo do autor.

³³ ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000, p. 111.

³⁴ ROSITO, op. cit., p. 135.

Dessa exigência de uniformidade aplicativa, decorrente da igualdade, podem ser deduzidos os elementos de confiabilidade e calculabilidade que compõem a segurança jurídica: de confiabilidade, porque o dever de aplicação uniforme gera o dever de manutenção da mesma decisão para casos iguais, favorecendo a estabilidade e a vinculatividade do Direito; de calculabilidade, visto que o cidadão pode prever a mesma solução para casos iguais, planejando suas atividades ao saber que, praticando o mesmo ato, a ele deverá ser atribuída idêntica consequência³⁵.

Na atual realidade brasileira, a preocupação com a igualdade no processo civil tem se mantido restrita aos aspectos internos do processo, como é o caso da igualdade de acesso à justiça, aos procedimentos e técnicas processuais, bem como ao contraditório e à ampla defesa, no sentido de proporcionar tratamento igualitário das partes e lhes permitir influenciar no resultado do processo³⁶.

Como bem salienta Luiz Guilherme Marinoni, não há preocupação com a igualdade perante as decisões judiciais, muito embora seja possível afirmar que a igualdade, enquanto acesso à justiça, participação adequada das partes e procedimentos e técnicas processuais, somente fará sentido e apresentará resultado efetivo quando existir igualdade no resultado final do processo, ou seja, na decisão judicial.³⁷

A teoria dos precedentes judiciais, a ser abordada no capítulo seguinte, volta sua preocupação à igualdade da aplicação do direito e aos desdobramentos daí decorrentes, mas o próprio conteúdo da decisão judicial, ou seja, a sua qualidade, escapa de seu âmbito de preocupação³⁸, desde que ele seja racionalmente justificável.

De qualquer modo, a efetividade do direito à igualdade ocorrerá no seio da decisão judicial quando o juiz, respeitando o precedente judicial, mediante esforço argumentativo capaz de tornar clara e suficiente a exposição de seu juízo de igualdade, apresentar a adequada e suficiente fundamentação de sua decisão, para permitir um julgamento igual ou diferente ao precedente invocado, além de tornar

³⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 238.

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. In: _____ (Org.). *A força dos precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 578-580.

³⁷ Id. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 112.

³⁸ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 155.

possível o controle da correção da decisão pela via recursal e, até mesmo, a viabilidade de conversão de sua decisão em precedente para casos futuros³⁹.

Não se pode mais admitir tratamento desigual aos jurisdicionados, devido à ocorrência de decisões oscilantes. O desrespeito aos precedentes judiciais é responsável por causar entrave à igualdade e por abalar a imagem do Poder Judiciário⁴⁰, especialmente na atual sociedade globalizada, onde as relações jurídicas se multiplicam e, via de consequência, os litígios massificam-se, a ponto de serem cada vez mais voltados os olhos para métodos capazes de solucionar rápida e adequadamente inúmeros judiciais, como é o caso do incidente de resolução de demandas repetitivas⁴¹.

1.2.2 Boa-fé objetiva

Originariamente vinculada ao direito privado, a boa-fé objetiva é de enorme importância para toda a teoria geral do direito, irradiando seus efeitos também no direito público. Ela norteia a aplicação do direito, ao exigir de todos os envolvidos na relação jurídica concreta um comportamento leal e confiável⁴².

A boa-fé pode ser satisfatoriamente observada sob o ângulo subjetivo e objetivo. No primeiro caso, decorre da intenção do indivíduo, de seu estado de consciência ética, enquanto no segundo é relacionada aos comportamentos pautados por determinadas regras de conduta⁴³.

A respeito do conceito de cada uma das manifestações da boa-fé, Nelson Nery Junior posicionou-se da seguinte forma:

A boa-fé *subjetiva* é caracterizada pela intenção de a parte ou a administração não lesar a parte contrária ou o administrado. A quebra dessa base subjetiva caracteriza vício da vontade e, portanto, pode ensejar a anulação do ato ou negócio jurídico privado ou administrativo. [...] A boa-fé *objetiva*, ao contrário, se consubstancia na conduta que espera da parte ou da administração, independentemente de sua manifestação de vontade, de sua intenção em praticar o ato ou de celebrar o negócio jurídico privado ou

³⁹ MAUÉS, Antonio Moreira e outro. Súmula Vinculante e direito à igualdade. Revista Argumenta, Jacarezinho, n. 6, ano 2006, p. 224.

⁴⁰ LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 149.

⁴¹ CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo*, n. 243, ano 40, mai/2015, p. 338.

⁴² COUTO E SILVA, Almiro. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da união (Lei nº 9.784/99). *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 27, n. 57, 2004, p. 34.

⁴³ ROSITO, op. cit., p. 154.

administrativo. É, pois, *regra de conduta*, de conteúdo e eficácia *jurígena*, vale dizer, é *fonte criadora de direito e de obrigações* tal como a lei em sentido formal⁴⁴.

Segundo Judith Martins-Costa, a boa-fé subjetiva está relacionada à ignorância ou incorreta compreensão de determinado ato, enquanto a boa-fé objetiva consiste numa regra de conduta constituída a partir da honestidade, retidão, lealdade e consideração dos interesses do 'alter', juridicamente tutelado dada sua condição de membro da sociedade⁴⁵.

Para os fins do presente estudo, contudo, a primeira não apresenta grande importância, enquanto que a segunda é de grande utilidade.

Na medida em que a boa-fé objetiva exige condutas probas dos indivíduos e também dos Poderes estatais, é possível exigir-se a sua observância tanto quando são praticados os atos processuais como quando são proferidas as decisões judiciais⁴⁶.

É forte a relação existente entre a boa-fé objetiva e o respeito aos precedentes judiciais, pois, quando o Poder Judiciário sinaliza ao indivíduo a possibilidade de praticar determinada conduta através de um precedente, ele não pode, posterior, abrupta e incoerentemente modificar o seu entendimento, prejudicando aquele que confiou na mensagem transmitida pelo primeiro precedente⁴⁷.

Os particulares e o Estado, por seus três Poderes, estão submetidos à boa-fé objetiva também no âmbito processual, sendo-lhes vedada a prática de condutas incoerentes. Há uma verdadeira *boa-fé objetiva processual*, consistente num "standard de conduta fundado, principalmente, na lealdade e na consideração para com as expectativas legítimas das partes e de *todos* aqueles que de qualquer forma participam do processo, incluindo-se, aí também, o juiz"⁴⁸.

⁴⁴ NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio et al. *Efeito 'ex tunc' e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008, p. 83. Grifos do autor.

⁴⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 411-412.

⁴⁶ ROSITO, op. cit., p. 156.

⁴⁷ HELLMAN, Renê Francisco. *Precedentes e decisão judicial no processo civil brasileiro: a necessidade da busca pela resposta correta*. 190 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho/PR, 2015, p.77-78.

⁴⁸ PINTER, Rafael Wobeto. A boa-fé no processo civil e o abuso de direitos processuais. *Revista de Processo*, n. 253, ano 41, mar./2016, p. 140.

Estas considerações, aliás, são aplicáveis ao Estado tanto na condição Estado-juiz como quando estiver na posição de parte do processo judicial. Nesse sentido, o Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), definiu, em seu enunciado 376, que “a vedação do comportamento contraditório aplica-se ao órgão jurisdicional”, através da interpretação extraída do art. 5º do NCPC: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

Na compreensão de Lucas Buriel de Macêdo, os precedentes judiciais fortificam a boa-fé objetiva, porque, através deles, o julgador deverá exercer sua função de construtor do direito com coerência, adequando sua decisão ao discurso de todo o Poder Judiciário.

Além disso, quando o Poder Judiciário atua com boa-fé, no sentido de não proferir decisões contraditórias, ele transmite segurança jurídica aos indivíduos. Estes, por sua vez, terão melhores balizas para pautarem suas condutas na sociedade e construirão suas alegações quando litigarem. Isso possibilita a imposição de sanções àqueles que transgredirem as barreiras da boa-fé processual⁴⁹.

Tratando da necessidade de a atividade jurisdicional do Estado-juiz ser pautada pela boa-fé objetiva, o FPPC editou o enunciado 377: “A boa-fé objetiva impede que o julgador profira, sem motivar a alteração, decisões diferentes sobre uma mesma questão de direito aplicável às situações de fato análogas, ainda que em processos distintos”.

Foi analisando a necessidade de respeito aos precedentes judiciais sob a ótica da boa-fé objetiva que Francisco Rosito concluiu não ser compreensível “que o comportamento de uma das partes, gerador de expectativa justificada, seja posteriormente contrariado em detrimento da outra parte”, pois “o jurisdicionado não pode ser apenado com decisão judicial desfavorável porque agira de conformidade com o entendimento jurisprudencial anterior”⁵⁰.

Nestes termos, ultrapassando as fronteiras do direito privado, a boa-fé objetiva é de grande utilidade também para o direito processual civil, servindo de suporte e justificativa para o respeito aos precedentes judiciais pelo particular e, principalmente, pelo próprio Poder Judiciário.

⁴⁹ MACÊDO, *Precedentes judiciais...*, op. cit., p. 167-168.

⁵⁰ ROSITO, op. cit., p. 155.

1.2.3 Economia, celeridade e eficiência dos órgãos judiciários

Os motivos apresentados nos itens antecedentes versaram eminentemente acerca de temas de direito material. Há, no entanto, também sob a ótica do direito processual, justificativas suficientes para o respeito aos precedentes judiciais, muito embora sua existência muitas vezes esteja condicionada ao modo pelo qual um sistema de precedentes obrigatórios será desenhado e efetivamente operado em determinado ordenamento jurídico

Ciente disso, no presente tópico, pretende-se tratar das razões consequencialistas do respeito à obrigatoriedade dos precedentes⁵¹, como é o caso da economia, celeridade e eficiência dos órgãos judiciários, das quais o Estado e os cidadãos em geral podem ser beneficiados.

Com efeito, no estudo apresentado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2015, apontou-se a existência de um estoque de 70.800.000 (setenta milhões e oitocentos mil) processos judiciais em tramitação no início de 2014, com perspectiva de, até o final do mesmo ano, o acervo alcançar 71.200.000 (setenta e um milhões e duzentos mil) processos pendentes, mesmo depois de considerada a finalização de 28.500.000 (vinte e oito milhões e quinhentos mil) processos. Toda a estrutura do Poder Judiciário no Brasil, no ano de 2014, ocasionou uma despesa total de R\$ 68.400.000,00 (sessenta e oito milhões e quatrocentos mil reais) com acréscimo de 1,3% em relação ao ano anterior, alcançando 1,2% do Produto Interno Bruto nacional⁵².

Como o próprio CNJ indicou, o número de demandas novas tem superado o número de processos baixados, razão pela qual, pelo menos desde 2009, o acervo só tem aumentado. Assim, “mesmo se o Poder Judiciário fosse paralisado sem ingresso de novas demandas, com a atual produtividade de magistrados e servidores, seriam necessários quase 2 anos e meio para zerar o estoque”⁵³.

É evidente que o absurdo número de processos judiciais no Brasil é fruto de uma série de deficiências estruturais, culminando numa absurda sobrecarga a todos aqueles 438.112 magistrados, servidores e trabalhadores auxiliares que existiam em

⁵¹ PUGLIESE, William Soares. *Teoria dos precedentes e interpretação legislativa*. 107 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011, p. 58.

⁵² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2015: ano-base 2014*. Brasília: CNJ, 2015, p. 29 e 34.

⁵³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, op. cit., p. 34.

2014, tornando imperiosa a busca por alternativas capazes de racionalizar a prestação jurisdicional.

Como destacam Eduardo Cambi e Renê Francisco Hellman, todas as opções apresentadas esbarram na necessidade de acomodar as aparentemente antagônicas necessidades de aumento da produtividade judicial, para redução do estoque de processos, sem que, por via reflexa, seja afetada a qualidade das decisões proferidas⁵⁴.

Referidos autores defendem que um sistema de precedentes judiciais obrigatórios, se adequadamente operacionalizado, pode constituir um meio eficaz para a racionalização do sistema de distribuição da justiça, com a real perspectiva de se constituir num fator determinante para a redução do “excesso de litigiosidade” brasileiro, seja por desestimular a propositura de demandas e recursos infundados, seja por não mais obrigar uma parte a apresentar recurso contra decisão desfavorável que não observou um precedente obrigatório⁵⁵.

Nesse sentido, advoga em favor dos precedentes judiciais o fato de eles permitirem a economia processual, extraindo-se o maior resultado possível dos atos processuais praticados, com o menor emprego de recursos materiais e financeiros possível, num lapso temporal também reduzido.

Com o respeito à obrigatoriedade dos precedentes, o Estado brasileiro, de uma só vez, terá condições de democratizar o acesso à justiça e de tornar efetivo o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva⁵⁶. De quebra, o Poder Judiciário poderá diminuir a despesa pública decorrente de sua manutenção, reduzindo a quantidade e o tempo de tramitação de processos⁵⁷, o que possibilitaria o direcionamento da verba economizada em investimentos para outras atividades igualmente importantes⁵⁸.

Mesmo que a economia de tempo e dinheiro não interesse a determinados *litigantes habituais*⁵⁹, ao Poder Judiciário, em geral, e ao cidadão/contribuinte, em

⁵⁴ CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Os precedentes e o dever de motivação no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie et al. *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 635.

⁵⁵ CAMBI; HELLMAN, loc. cit.

⁵⁶ MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 138.

⁵⁷ ROSITO, op. cit., p. 157.

⁵⁸ KORNHAUSER, Lewis A. An economic perspective on stare decisis. *Chicago-Kent Law Review*, n. 65, 1989, p. 63-92.

⁵⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 22.

particular, é de grande relevância a otimização dos recursos empregados na atividade jurisdicional do Estado, principalmente quando constatado o tamanho de sua despesa anual, com previsão de aumento, como apontou o estudo do Conselho Nacional da Justiça⁶⁰.

Como destaca Robert S. Summers, o respeito aos precedentes evita que, em cada processo novo, sejam despendidos os mesmos esforços já empregados anteriormente na resolução da mesma questão:

O uso do precedente judicial promove economia e eficiência e conservar os recursos de juízes, advogados e partes. Uma vez que um problema foi exaustivamente examinada por um tribunal e resolvido, torna-se liquidado e não tem de ser examinado de novo em casos subsequentes⁶¹.

Uma atividade jurisdicional pautada pelo respeito aos precedentes judiciais depende da realização de menor número de atos processuais, direcionando racionalmente o movimento de servidores, juízes e de sua estrutura em geral para as questões que efetivamente carecem de atenção:

O processo, a partir do instante em que o seu desenvolvimento se torna irracional, passa a ter um custo despropositado para o Estado. A pendência de processos que já deveriam ter sido encerrados desnecessariamente envolve juízes, funcionários e a própria estrutura do sistema, com prédios, equipamentos, material etc., o que não apenas torna o acesso à justiça mais caro, como especialmente obriga o Estado a exercer função que, apesar de indispensável, poderia ter os seus custos mais bem otimizados, dando-lhe a possibilidade de mais eficientemente distribuir os seus gastos, carreando-os para outras funções igualmente relevantes⁶².

A solução de casos torna-se menos dispendiosa quando o Poder Judiciário não necessita mais responder às mesmas perguntas já respondidas em definitivo pelas Cortes Superiores competentes, mediante a invocação da *ratio decidendi* do precedente, conforme a maior ou menor identidade do caso posterior, com visível redução de desperdício de atividade, dinheiro e tempo⁶³.

⁶⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, op. cit., p. 29.

⁶¹ SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: MACCORMIK, D. Neil; _____ (Ed.) *Interpreting Precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997, p. 383, tradução nossa. (The use of precedent promotes judicial economy and efficiency and conserves the resources of judges, lawyers and parties. Once an issue has been thoroughly examined by a court and resolved, it becomes 'settled' and does not have to be examined anew in subsequent cases).

⁶² MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 138.

⁶³ MACÊDO, *Precedentes judiciais...*, op. cit. p. 159-160.

No que toca ao tempo de duração do processo judicial, aliás, os precedentes obrigatórios contribuem na efetivação do direito fundamental à razoável duração do processo (CF, art. 5º, inciso LXXVIII), por intermédio de uma prestação jurisdicional tempestiva e sem dilações indevidas⁶⁴, atendendo aos anseios de toda a sociedade⁶⁵ e, principalmente, das partes do processo: ao autor, que não necessitará interpor recursos infinitos para alcançar o direito pleiteado, e ao réu, que se submeterá ao processo apenas pelo tempo realmente necessário⁶⁶.

É evidente, por outro lado, que o emprego de maior celeridade no andamento dos processos, mediante a construção de decisões judiciais calcadas em precedentes judiciais não significa autorização para o atropelo de direitos fundamentais de primeira importância⁶⁷, como é o caso do contraditório e da ampla defesa.

Pautando-se pelo precedente na construção de suas decisões, o juiz não será mais obrigado a reiteradamente construir uma resposta adequada à alegação das partes⁶⁸. Será suficiente a invocação da *ratio decidendi* do precedente e a indicação das razões pelas quais o caso concreto amolda-se ou não a ela. Assim, o mesmo julgador possuirá muito mais tempo disponível para a dedicação a casos novos, cuja decisão demandará maior estudo e fundamentação potencialmente mais aprofundada.

O art. 37, *caput*, da Constituição Federal dispõe que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes dos Entes Federativos estão sujeitos ao princípio da eficiência, o que é plenamente aplicável ao Poder Judiciário⁶⁹. Além da previsão constitucional, a eficiência na gestão da máquina pública é cada vez mais exigida pela sociedade contemporânea⁷⁰, a ponto de o art. 8º do NCPC prever, dentre outras coisas, a necessidade de o juiz aplicar o ordenamento jurídico de modo eficiente.

⁶⁴ ROSITO, op. cit., p. 157.

⁶⁵ CAMBI, Eduardo; BRITO, Jaime Domingues. Súmulas vinculantes. *Revista de Processo*, n. 168, ano 34, fev/2009, p. 154.

⁶⁶ MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 137.

⁶⁷ MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 361-362.

⁶⁸ MELLO, op. cit., p. 71.

⁶⁹ DIDIER JR, Fredie. Apontamentos para a concretização do princípio da eficiência do processo. In: FREIRE, Alexandre et al. *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. v. 1. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 431-437.

⁷⁰ HESS, Heliana Coutinho. O princípio da eficiência e o Poder Judiciário. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 105, jan.-dez./2010, p. 234-235.

Conjugadas, a economia e a eficiência processuais resultantes do respeito aos precedentes proporcionarão melhor resultado à atividade do Poder Judiciário, que terá processos mais céleres e economicamente menos dispendiosos sob sua jurisdição, favorecendo a toda a sociedade.

Dentre os benefícios dos quais o Poder Judiciário poderia se aproveitar, está a sensível melhora de sua imagem perante a população, tão descrente na existência de uma efetiva justiça, dada a demora verificada na prestação jurisdicional, causada não apenas pela carência de estrutura física e humana, mas também pelo desrespeito aos precedentes das Cortes Superiores e à infundável interposição de recursos pelas partes.

Além disso, a eficiência de que a sociedade será beneficiária proporcionará a pacificação social dos conflitos de modo célere, permitindo às pessoas o desfrute do bem da vida de forma mais rápida, evitando que ele permaneça na condição de “objeto litigioso” por período desnecessário.

A camada mais carente da população, que sente os maléficos efeitos da ineficiência da atividade jurisdicional, sob tal perspectiva, é a mais beneficiada pela eficiência, convertida em democratização do acesso à justiça:

A importância de o Judiciário exercer as suas funções sem grandes custos e de forma tempestiva possui grande relevância. É sabido que o custo e a lentidão do processo sempre foram obstáculos ao acesso à justiça. Nem todos podem enfrentar as suas despesas e suportar a sua demora. Chegou-se a lembrar, até mesmo, que a pessoa com menor condição financeira não tem força para suportar a lentidão do processo e que normalmente não pode, sem dano grave, conviver com uma justiça morosa. A demora é proporcionalmente mais grave a quem tem menos dinheiro⁷¹.

O NCPC, de modo louvável, repetiu instrumentos já existentes nos diplomas legais anteriores e até mesmo instituiu novas ferramentas, dentre as quais podem ser destacadas a previsão de honorários recursais (art. 85, § 11), a improcedência liminar do pedido (art. 332), o julgamento parcial de mérito (art. 356), aumento das hipóteses de dispensa da remessa necessária (art. 496, §§ 3º e 4º), a obrigatoriedade dos precedentes (art. 926 e seguintes) e o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976).

Desta forma, uma vez utilizados para os fins aos quais se destinam, estes institutos jurídicos, certamente, proporcionarão ao Estado uma melhor condição para

⁷¹ MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 139.

atender à demanda por maior economia e celeridade ao processo, possibilitando uma maior eficiência ao Poder Judiciário e beneficiando, como já apontado, a todos os destinatários da atividade jurisdicional.

1.3 Críticas ao respeito aos precedentes

Há inúmeros argumentos apresentados com a intenção de objetar um sistema de precedentes judiciais obrigatórios, muitos dos quais desprovidos de qualquer embasamento teórico minimamente razoável. Outros, porém, embora incapazes de infirmar os benefícios anteriormente destacados, merecem análise detalhada, como é o caso das alegações de engessamento do sistema jurídico, de violação ao princípio da separação dos poderes, da independência dos juízes e da garantia de acesso a justiça, dos quais se passa a ocupar.

1.3.1 Engessamento do sistema

O sistema de precedentes judiciais obrigatórios tem como substrato básico a regra segundo a qual serão julgados da mesma forma os casos iguais, através da atribuição de força vinculante aos precedentes judiciais.

Em respeito à integridade e à racionalidade do ordenamento jurídico e como forma de promover a segurança jurídica, os juízes e tribunais respeitariam os precedentes no exercício da atividade jurisdicional, a qual seria, conseqüentemente, beneficiada pela própria cultura e experiência acumulada.

Mesmo depois de apontadas todas as razões para o respeito aos precedentes, pode-se objetar que a implantação de um sistema de tal espécie poderia tornar o direito engessado e impossibilitado de evoluir, ocasionando enormes entreves ao próprio progresso da sociedade à qual se aplica:

O sistema de precedentes obrigatórios é encarado por alguns como muito rígido, impedindo a evolução do Direito, tornando-o pouco adaptável e, assim, mais prejudicial à sociedade. A sociedade caminha rapidamente e não teria respostas satisfatórias com o congelamento judicial das normas jurídicas, o que certamente acabaria por implicar em prejuízos sociais, econômicos e jurídicos de alta monta, todos ocasionados pelo *stare decisis*. Os precedentes obrigatórios seriam, portanto, inflexíveis para o direito brasileiro⁷².

⁷² MACÊDO, *Precedentes judiciais...*, op. cit., p. 235.

Pensamento de tal estirpe, contudo, é derivado de uma análise superficial e apressada, decorrente da falta de percepção acerca da real possibilidade de alteração ou superação do precedente⁷³, como será detalhadamente apresentado no capítulo seguinte do presente estudo.

É fato que nenhum sistema jurídico poderia admitir a vinculação absoluta a determinado precedente judicial. Isso fica evidente quando se tem em mente que, até mesmo a *House of Lords* inglesa, em 1966, modificou seu pensamento para passar a admitir a superação de seus próprios precedentes⁷⁴.

A doutrina do *stare decisis* não prega, de maneira nenhuma, a cega obediência às decisões pretéritas. Os órgãos julgadores poderão se beneficiar pela sabedoria constante nos precedentes, mas estarão autorizados a lhes rejeitar quando desarrazoados ou errôneos⁷⁵.

O direito, como ciência social, é dinâmico e mutável por natureza, necessitando de renovação e adaptação constante às novas condições sociais, exigindo um sistema com abertura e mobilidade⁷⁶. Esse pressuposto é perfeitamente atendido pela *stare decisis*.

Prova disso é que a *common law* dos anglo-saxões se desenvolveu mediante a prática dos tribunais e, mesmo assim, não é a mesma de cem anos atrás⁷⁷. Aliás, se o *stare decisis* realmente engessasse o direito, os sistemas judiciais da Inglaterra e dos Estados Unidos continuariam presos aos precedentes seculares e manteriam a discriminação racial e a escravidão, por exemplo⁷⁸.

O precedente, desde sua origem no *common law*, teve por base o Direito como uma dinâmica em construção, a ponto de a alegação de engessamento constituir verdadeira contradição⁷⁹.

Assim, é papel dos tribunais o incessante desenvolvimento e aperfeiçoamento do conteúdo material das normas jurídicas extraídas dos precedentes, os quais trazem consigo um certo grau de flexibilidade, inclusive

⁷³ MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 139.

⁷⁴ MACÊDO, *Precedentes judiciais...*, op. cit., p. 235.

⁷⁵ RE, Edward D. *Stare decisis*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. *Revista de Informação Legislativa*, ano 31, n. 122, mai-jun/1994, p. 285.

⁷⁶ ROSITO, op. cit., p. 279.

⁷⁷ ROSS, op. cit., p. 113.

⁷⁸ OLIVEIRA, Pedro Miranda; ANDERLE, Rene José. O sistema de precedentes no CPC projetado: engessamento do direito? *Revista de Processo*, n. 232, ano 39, jun/2014, p. 316.

⁷⁹ HELLMAN, op. cit., p. 38-39.

suprindo omissão ou antecipando alteração legislativa, quando necessário e cabível⁸⁰.

A respeito do tema, são importantes as colocações de Lucas Buril de Macêdo:

Um dos maiores problemas no processo legislativo atual, a nível internacional, é que os órgãos incumbidos tipicamente da função de produzir leis não o fazem, gerando um elevado número de atos legislativos pelo executivo. [...] Isso porque o Direito é construído diariamente pelos tribunais, que, por meio de distinções ampliativas e restritivas vão moldando as normas jurídicas exaradas em precedentes, e, quando necessário, descartam o precedente judicial e prolatam decisão em novo sentido. O método próprio de aplicação dos precedentes possibilita a mudança pontual do Direito, caso a caso, transformando-o paulatinamente e continuamente. [...] Algumas vezes, inclusive, a concretização de direitos fundamentais contra-majoritários fica a cargo dos tribunais, que, ao dar eficácia aos direitos fundamentais, constituem normas jurídicas que, embora pertinentes ao sistema brasileiro, não são criadas por inexistência de vontade política. Realmente, diante de fatores procedimentais e institucionais, superar um precedente é sobremaneira mais fácil do que superar uma lei⁸¹.

Desse modo, no bojo de um sistema de precedentes obrigatórios, a sua revogação poderá ocorrer de modo excepcional, como nos casos em que a doutrina sinaliza indiscutivelmente que o precedente está equivocado, ou quando novos valores sociais, circunstâncias fáticas ou tecnologias impõem a sua reconfiguração⁸².

Além disso, a superação do precedente jamais poderá desconsiderar a confiança legítima por ele gerada quando de sua constituição, de modo a se compatibilizar flexibilidade com a racionalidade do direito, em verdadeiro prestígio à segurança jurídica do cidadão⁸³.

Da mesma forma que se espera do juiz um espírito crítico no momento da aplicação fundamentada do precedente quando estiver decidindo um caso atual, não poderá ele aceitar cegamente o precedente. Do julgador, mais que permitido, será exigido, que deixe de aplicar um precedente quando decorrer dele uma interpretação incorreta ou um desenvolvimento infundado do direito. Um precedente também não

⁸⁰ ROSITO, op. cit., p. 279-280.

⁸¹ MACÊDO, *Precedentes judiciais...*, op. cit., p. 236-237.

⁸² MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 142.

⁸³ MACÊDO, *Precedentes judiciais...*, op. cit., p. 237.

deverá ser aplicado a um caso novo quando a questão não mais puder ser resolvida do mesmo modo, face à alteração da norma ou da ordem jurídica como um todo⁸⁴.

Não se poderá deixar de aplicar um precedente, quando pertinente ao caso em julgamento, todavia, simplesmente porque o órgão julgador não concorda com a sua *ratio decidendi*, ou entende existirem outros fundamentos mais apropriados. Como regra geral, um precedente somente não será aplicado quando se demonstrar existirem diferenças relevantes entre o caso atual e o originador do precedente ou quando o fundamento sob o qual se fundava o precedente já não mais se sustenta. Não sendo assim, toda a lógica do sistema estaria abalada, não havendo razões para se debater a força obrigatória dos precedentes⁸⁵.

A revogação de um precedente poderá ser realizada, exclusivamente, pelo tribunal que o estabeleceu, ou por um superior na estrutura judiciária existente. Assim, um precedente de um Tribunal de Justiça poderá ser revogado por ele próprio ou pelo Superior Tribunal de Justiça, mas não por um juiz de primeira instância⁸⁶.

A crítica ao respeito ao precedente judicial por suposto engessamento do Direito, portanto, é infundada, uma vez existentes mecanismos aptos a possibilitar a sua modificação, através técnicas de aplicação, alteração e/ou modificação do precedente, quando presentes os respectivos motivos autorizadores de cada uma delas, como será detalhadamente analisado no capítulo seguinte.

1.3.2 Violação ao princípio da separação dos poderes

Os teóricos do Estado de Direito contrapõem-se à teoria dos precedentes judiciais, argumentando a possibilidade de ocorrer indevida violação ao princípio da separação dos poderes. Segundo a crítica, existiria criação normativa por parte do Poder Judiciário, embora tal função fosse classicamente atribuída ao Poder Legislativo, detentor de legitimidade popular e democrática para tanto.

São diversas as razões para se reafirmar a necessidade de respeito aos precedentes judiciais e a primeira delas é justamente o redimensionamento da

⁸⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 612.

⁸⁵ ATAÍDE JR.; PEIXOTO, Flexibilidade, *stare decisis...*, op. cit., p. 289; MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 142.

⁸⁶ NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 196.

clássica separação de poderes, atualmente compreendida como “divisão funcional, mera divisão de trabalho, por ser uno o poder do Estado, distribuindo-se determinadas funções estatais a órgãos diferentes”⁸⁷.

Compreender-se a atual divisão funcional dos Poderes do Estado implica reconhecer interdependência e equilíbrio de forças entre Executivo, Legislativo e Judiciário, representando um aprimoramento da clássica teoria da separação dos poderes, tão importante à época de sua elaboração, mas que já não atende às exigências da sociedade contemporânea⁸⁸.

É verdade que, na concepção clássica do *civil law*, a separação dos poderes seria responsável por garantir liberdade com segurança, pois a lei seria justa por si só e o juiz estaria impedido de interpretá-la. Referida estrutura, todavia, mostrou-se falha, pois a segurança jurídica do cidadão não pode ser garantida apenas pela lei geral e abstrata, sendo indispensável a interpretação do ordenamento jurídico pelo juiz:

Ora, assumir que o direito deve ser meramente aplicado, sem qualquer atividade criativa pelo juiz, é inadequado. Os juízes são ‘chamados a interpretar, e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro criar *ex novo* o direito’. Isso quer dizer que a atividade jurisdicional é *essencialmente criativa*. Além disso, reforçando essa característica, os juízes do Estado constitucional podem controlar leis, reconhecendo sua inconstitucionalidade ou adaptando sua interpretação a partir de princípios constitucionais e de direitos fundamentais. Ao se conferir esse poder, é bastante fora de tom querer impedir precedentes obrigatórios à luz de uma separação de poderes que descreve uma função judicial meramente declaratória, completamente diversa da que existe atualmente⁸⁹.

Nesse sentido, uma vez admitida a possibilidade de o Poder Judiciário realizar o exame de constitucionalidade das leis, fica evidente a legitimidade daquele Poder para interpretar, negar, alterar e realizar a criação de estruturas normativas, como é o caso dos precedentes judiciais obrigatórios, como bem destaca Luiz Guilherme Marinoni:

O questionamento da força obrigatória das decisões judiciais diante do princípio da separação dos poderes constitui gritante falta de consciência jurídica ou ingenuidade enfadonha e inescusável. Quem vê problema na

⁸⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 89.

⁸⁸ ROSITO, op. cit., p. 165.

⁸⁹ MACÊDO, *Precedentes judiciais...*, op. cit., p. 254.

imposição obrigatória de determinada interpretação da lei parece não ter percebido que o Judiciário, muito mais do que fixar a interpretação da lei, tem o poder de, a partir da Constituição, negar a lei, alterá-la ou mesmo criá-la diante de omissão ou insuficiência capaz de inviabilizar a tutela de direito fundamental. Ora, não é preciso muito esforço para entender que se o juiz, singularmente, pode controlar a constitucionalidade da lei, os tribunais superiores evidentemente podem decidir com força obrigatória sobre todos os membros do Poder Judiciário⁹⁰.

A própria teoria dos precedentes judiciais não tem maiores preocupações com o aumento da criatividade do julgador, pois ela própria possui mecanismos suficientes para lhe fixar limites, através da imposição de forte ônus argumentativo no momento da formação da decisão judicial, seja para elaborar, aplicar, modificar ou revogar um precedente judicial⁹¹.

Assim, o respeito aos precedentes judiciais, além de não importar indevida afronta ao princípio da separação dos poderes do Estado, é fator que aumenta a possibilidade de controle das próprias atividades do Poder Judiciário, cujas decisões, quanto mais bem fundamentadas, maior legitimidade democrática possuem.

1.3.3 Violação à independência dos juízes

O respeito aos precedentes judiciais é comumente abordado de modo pouco amistoso por seus críticos, os quais vislumbram a possibilidade de abalo à autonomia ou independência dos juízes, cuja atividade ficaria supostamente restrita à mera reprodução de decisões pretéritas, ocasionando, além disso, restrição ao livre convencimento judicial.

A crítica formulada, contudo, parte de premissas conceituais equivocadas e, via de consequência, aborda a questão de maneira inadequada e pouco técnica, principalmente no que toca à finalidade do livre convencimento e quanto aos limites da autonomia ou independência judicial.

A liberdade de convencimento concedida aos julgadores para a formação de seu convencimento, ao contrário do que defende a crítica ora abordada, diz respeito ao material probatório constante no processo judicial, a ser levado em consideração para a formação da decisão. Trata-se de evolução do anterior sistema da prova legal

⁹⁰ MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 148.

⁹¹ MACÊDO, *Precedentes judiciais...*, op. cit., p. 255.

ou tarifada, mediante o qual os juízes deveriam emprestar à prova as tarifas previamente estipuladas pelo texto legal.

Como o respeito aos precedentes judiciais destina-se a orientar a interpretação do direito e o livre convencimento motivado refere-se ao exame e valoração da prova e dos fatos constantes no processo, claramente está-se a tratar de grandezas distintas, não podendo uma ser utilizada como argumento para objetar a outra.

Diga-se, ainda, que a tarefa interpretativa do juiz não fica excluída pelo respeito aos precedentes judiciais, cujos elementos constitutivos - *ratio decidendi* e *obiter dicta* – continuarão requisitando interpretação, para que seja possível deles extrair a melhor regra ou princípio, aliada às demais fontes do ordenamento jurídico, capaz de solucionar os casos concretos levados à apreciação jurisdicional⁹².

Logo, sempre existirá a possibilidade de o juiz, adequada e fundamentadamente, distinguir o precedente do caso em julgamento ou, em casos extremos, até mesmo revogar precedentes equivocados ou não mais harmônicos com o ordenamento ou com a nova realidade social⁹³.

A independência judicial visa a constituir garantia da sociedade contra interferências no exercício da jurisdição, colocando os juízes a salvo de toda e qualquer forma de pressão interna ou externa e permitindo a tomada das decisões fundadas no direito, onde se incluem os precedentes judiciais, com o escopo de promover a justiça⁹⁴.

Para Dalmo de Abreu Dallari, “longe de ser um privilégio para os juízes, a independência da magistratura é necessária para o povo, que precisa de juízes imparciais para harmonização pacífica e justa dos conflitos de direitos”⁹⁵. Portanto, a independência judicial é uma garantia do jurisdicionado, não uma prerrogativa pessoal dos juízes:

Ainda que não sejam os magistrados servidores públicos comuns, posto que representantes de um dos Poderes do Estado e, por conseguinte, agentes políticos, não podem olvidar-se de que [...] são todos pertencentes

⁹² MARINHO, Hugo Chacra Carvalho e. A independência funcional dos juízes e os precedentes judiciais. In: DIDIER JR., Fredie et al. *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 91.

⁹³ LIMA, *Precedentes judiciais civis no Brasil*, op. cit., p. 136.

⁹⁴ CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Jurisimprudência – a independência do juiz ante os precedentes judiciais como obstáculo à igualdade e a segurança jurídicas. *Revista de Processo*, n. 231, ano 39, maio/ 2014, p. 354-355.

⁹⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 47.

ao gênero do serviço público, ou seja, devem servir ao público. Assim, a independência do magistrado deve ser utilizada para reverter-se em prol da população, cujo destino está em suas mãos, e não para ser fonte que jorra vaidade pessoal, com a satisfação íntima de que: 'sou integrante do grupo do eu sozinho, e decido como em quero, porque sou independente'. Não se fala, aqui, do magistrado que procura uma nova interpretação, no sentido de fazer evoluir o direito ou que, do exame acurado e minucioso do caso, verifica que a hipótese sub judice é diversa das que anteriormente foram deduzidas, mas sim daquele juiz 'rebelde', que insiste em não observar a matéria pacificada, prestando verdadeiro desserviço ao povo⁹⁶.

A independência do julgador não pode ser excessiva e seus limites estão justamente no ordenamento jurídico, pois se exige respeito não apenas à lei, mas a todo o direito, onde se incluem os precedentes judiciais. Assim, o respeito aos precedentes e às normas jurídicas deles decorrentes não acarretará a indevida restrição ao poder da magistratura⁹⁷.

A ausência de respeito aos precedentes, aliás, poderia servir ao indevido exercício do poder jurisdicional para, pura e simplesmente, representar a vontade individual do julgador⁹⁸, o que não é correto. Não se cogita admitir a possibilidade de o juiz, arbitrariamente e conforme suas preferências, eleger esta ou aquela resposta para o caso em julgamento, pois decidir não é sinônimo de escolher⁹⁹.

O magistrado tem dever para com o Poder estatal de que faz parte e para com o cidadão, motivo pelo qual ele deve manter a coerência do ordenamento jurídico, zelando pela respeitabilidade e pela credibilidade do Judiciário¹⁰⁰.

Nesse contexto, modernamente se tem compreendido que a liberdade interpretativa do magistrado refere-se ao modo de compreensão dos fatos, não do alcance ou conteúdo da regra jurídica que incide no caso objeto de julgamento:

Muito se tem escrito, nos últimos tempos, sobre a *dimensão da liberdade*, que tem o *juiz*, para decidir de *acordo com sua própria convicção* sobre os *fatos* e sobre o *sentido da lei*. Tem-se sublinhado, todavia, residir esta *liberdade* muito mais na convicção sobre os *fatos*, do que na sua compreensão (*pessoal*) acerca do sentido da *regra jurídica*. Se assim não fosse, ficaria, inevitavelmente, comprometida a forma sistemática do direito. A *liberdade* que tem o *juiz* é, de rigor, do *Judiciário*: e *não de cada juiz individualmente considerado*. O *Judiciário* é que deve decidir

⁹⁶ TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. Uniformização de jurisprudência. *Revista de Processo*, n. 104, ano 26, out-dez/2001, p. 196-197.

⁹⁷ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. *Revista Argumenta*, Jacarezinho/PR, 2002, n. 2, p. 61.

⁹⁸ MACHADO, Edinilson Donisete. Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011, p. 113.

⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 105-106.

¹⁰⁰ MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 53.

*independentemente do Legislativo, do Executivo e de outras pressões externas: mas não cada juiz a seu gosto pessoal, ao seu próprio estilo, segundo sua própria opinião, ainda que racionalmente justificável. Tornar vinculante certa interpretação da lei não é inconstitucional: é, pura e simplesmente, algo que, em outros países de civil law, ocorre naturalmente. Inexiste, portanto, inconstitucionalidade no novo instituto*¹⁰¹.

No Estado constitucional, os juízes integram o sistema racional de justiça, sendo responsáveis pela operação da complexidade estrutural do direito, permitindo a coexistência da lei, direito e justiça¹⁰². A conduta de ignorar um precedente derivado de órgão superior torna ilegítima e irresponsável a atividade judicante¹⁰³, desvirtuando o papel do julgador, revelando desprezo pelo Poder Judiciário e desconsideração pelos jurisdicionados, submetidos aos trâmites recursais para a obtenção da tutela de seus direitos, simplesmente pela vaidade pessoal do magistrado¹⁰⁴.

Um sistema de precedentes judiciais obrigatórios, nesse sentido, em muito contribuirá no sentido de prevenir a existência de juízes rebeldes, cujas decisões desrespeitam as posições jurídicas já delineadas pelos Tribunais Superiores, em ofensa à segurança jurídica, à isonomia e ao acesso à justiça, aumentando o prejuízo ao jurisdicionado cujo direito foi violado, obrigando-o a buscar a tutela jurisdicional após suportar o calvário recursal¹⁰⁵.

De todo o exposto, visando os precedentes judiciais a introduzir tratamento igual a casos similares, como exigência da própria ideia de justiça, a arguição de indevida ofensa à independência do juiz mostra-se de todo descabida.

1.3.4 Violação da garantia de acesso à justiça

A adoção de uma teoria de precedentes judiciais obrigatórios também é contestada sob o argumento de que tal medida ocasionaria violação à garantia constitucional de acesso a justiça (CF/88, art. 5º, inciso XXXV), pois a parte teria seu caso julgado mediante a aplicação forçada de um precedente produzido em um processo anterior, onde ela não teve condições de influir. Sob tal ótica, o acesso à

¹⁰¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. Revista dos Tribunais, 2015, p. 1410. Grifos do autor.

¹⁰² ALVES, Fernando de Brito. *Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 302.

¹⁰³ LIMA, Breves considerações..., op. cit., p. 739.

¹⁰⁴ CAMBI, *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo...*, op. cit., p. 161.

¹⁰⁵ CAMBI; BRITO, op. cit., p. 145-146.

justiça equivaleria ao “direito a um julgamento despido de vínculos com precedentes”¹⁰⁶, com a qual não se pode concordar.

Na realidade, esta concepção pretende deturpar a garantia de acesso à justiça, transformando-a em autorização para o ajuizamento de demandas veiculadoras de pretensões com duvidosa legitimidade, na busca de, através daquilo que se convencionou chamar de loteria judicial, aproveitar-se da ocorrência de julgamentos antagônicos e descomprometidos com a coerência e integridade do ordenamento jurídico:

A parte que se julga prejudicada tem conhecimento de que o Judiciário não ampara a sua pretensão, certamente não tem razão para gastar tempo e dinheiro em busca de uma tutela jurisdicional que, de antemão, sabe que lhe será desfavorável. Contudo, quando ao advogado não resta outra alternativa a não ser informar o seu cliente de que, no que diz respeito ao seu problema, o Judiciário já decidiu e tem decidido de várias formas, fica a parte com a vida impressão de que deve propor a demanda, arriscando obter uma decisão favorável. Afinal, se um juiz ou uma Câmara ou Turma pode lhe dar ganho de causa, entre outras que podem lhe dar decisão desfavorável, vale a pena arcar com os custos e com a demora do processo. O autor da ação é obrigado a pensar com a lógica de um apostador, transformando o distribuidor judicial em espécie de roleta, cujo último sopro determinará a sorte do litígio. Há nítida possibilidade de o Judiciário ser visto como casa lotérica, em que a aposta seja conveniente, mesmo pagando-se alto¹⁰⁷.

O acesso à justiça não pode ser confundido como estímulo à litigância. O processo, enquanto legítimo instrumento para a distribuição da justiça, deve ser utilizado com responsabilidade e com o fim específico de tutela do Estado contra as ilegalidades. Não deve ser utilizado para finalidades escusas, tampouco para postergar a satisfação de direito alheio ou para aventuras jurídicas.

O ajuizamento de demandas contrárias a determinado precedente, assim como a interposição de recursos meramente protelatórios e despropositados não são estimulados pela garantia do acesso à justiça. Assim, se uma teoria de precedentes judiciais tornará mais evidente e ajudará a coibir a ocorrência desse tipo de prática, há mais uma razão para sua implantação no Brasil.

Nesse sentido, Lucas Buril de Macêdo assinala ser possível cogitar a ocorrência de desestímulo às demandas infundadas, muito embora, a princípio, não se vislumbre qualquer vedação ao ajuizamento de demanda contrária a um

¹⁰⁶ MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 152.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 133-134.

precedente, notadamente em razão de sempre existir a possibilidade de, no caso concreto, ser utilizada uma técnica de distinção ou revogação:

Os precedentes judiciais [...] não impedem o acesso à justiça. Aliás, os jurisdicionados poderão veicular suas ações e recursos livremente. A diferença essencial é que deverão observar as normas formadas nos precedentes judiciais e tomá-las em consideração, caso contrário podem vir a ser punidos por litigância de má-fé.

Nesse passo, importa notar que, ainda que os precedentes judiciais desestimulem a litigância, esse desestímulo é ao litígio irracional e despropositado, e não a qualquer demanda. Ainda assim, não há qualquer impedimento a priori ao processamento de ação que contrarie precedente judicial, da mesma forma que não se impede a propositura de ações contrárias à lei¹⁰⁸.

O mesmo autor assinala a possibilidade de determinado argumento não ter sido levado enfrentado quando da construção do precedente, situação na qual o litigante não poderia ver tolhido seu direito à tutela jurisdicional, ficando a cargo do julgador a análise do novo argumento capaz de, em tese, recomendar a revisão da norma jurídica contida no precedente.

Neste caso, a garantia de acesso à justiça recomendaria o recebimento do referido argumento pelo julgador e, em sendo o caso de rejeição, não seria o caso de aplicação de qualquer penalidade. O que não seria admitido, assim, seria a mera repetição de argumentos já apreciados e rejeitados pelo julgador quando da elaboração do precedente ou em casos que lhe sucederam, pois, aí sim, ocorreria desvirtuamento do instituto¹⁰⁹.

Além do mais, o respeito aos precedentes teria a grande virtude de reduzir as despesas decorrentes da dispensável tramitação de processos, tanto daqueles casos nos quais sabidamente os recursos não serão providos quando nos casos onde, se a decisão recorrida tivesse observado o precedente invocado, a parte não teria de se submeter a todo o trâmite recursal para ver assegurado o seu direito¹¹⁰.

Desta forma, além de não representar violação à garantia do acesso à justiça, é possível encontrar no respeito aos precedentes uma ótima alternativa para racionalizar a despesa pública na gestão do Poder Judiciário e tornar a prestação jurisdicional mais célere, adequada e efetiva¹¹¹.

¹⁰⁸ MACÊDO, *Precedentes judiciais...*, op. cit., p. 244.

¹⁰⁹ MACÊDO, loc. cit..

¹¹⁰ MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 153.

¹¹¹ CAMBI; FOGAÇA, *Incidente...*, op. cit., p. 358.

1.4 As necessárias correções na forma de aplicação dos precedentes judiciais no direito brasileiro

A pesquisa acerca da teoria dos precedentes judiciais como meio para a concretização da segurança jurídica no Brasil, mediante o respeito aos precedentes judiciais, necessita abordar medidas compreendidas como capazes de corrigir algumas inconsistências verificadas na atual prática do direito nacional.

De antemão, pode-se mencionar que boa parte das medidas apresentadas nos tópicos a seguir, muito embora pudessem ser implementadas mediante modificações legislativas - como sói acontecer no *civil law* e se constatou no país nas últimas décadas -, somente alcançariam efeitos práticos efetivos através da gradativa alteração cultural daqueles responsáveis pela prática do direito.

Quer-se dizer que, mesmo se existirem, mudanças na legislação poderão ser insuficientes para alterar o modo de aplicação do direito no Brasil, com o objetivo de respeitar o precedente judicial e, assim, promover segurança jurídica ao cidadão. “A ideia de um sistema de precedentes envolve um trabalho muito mais complexo”¹¹², pois o centro da transformação a ser operada encontra-se no próprio comportamento de todos e cada um dos profissionais responsáveis por manusear o direito no Brasil.

Feitas estas advertências, passa-se a apresentar as medidas sugeridas para se equacionar os entraves existentes à adequada aplicação dos precedentes na atividade jurisdicional brasileira, quais sejam, a alteração do modo de fundamentação da decisão, a inadequada aplicação de emendas e verbetes descontextualizados com o caso em julgamento, a inadequada formação técnica para operar o sistema jurídico e a necessidade de organização, atualização e divulgação dos precedentes.

1.4.1 A inadequada fundamentação da decisão

A primeira das medidas necessárias a uma adequada utilização de precedentes obrigatórios no Brasil é a exclusão do método atualmente aceito de fundamentação da decisão e, para tanto, não é necessária a ocorrência de alteração legislativa, mas, sim, de conscientização dos atores dos processos judiciais.

¹¹² LIMA, *Precedentes judiciais civis no Brasil*, op. cit., p. 57.

A desnecessidade de alteração legislativa, aliás, decorre do fato de a própria Constituição da República de 1988 (art. 93, inciso IX) já assegurar a obrigatoriedade de fundamentação a todas as decisões proferidas pelo Poder Judiciário e do Código de Processo Civil de 1973 (art. 458, inciso II) apontar os fundamentos como requisito essencial da sentença, onde o juiz analisará as questões de fato e de direito.

Em que pese a desnecessidade de alteração legislativa, que já era clara o suficiente, o novo Código de Processo Civil (NCPC) repetiu a regra do CPC/73 ao prever a fundamentação como elemento essencial da sentença (art. 489, inciso II) e foi além, ao prever seis hipóteses nas quais uma decisão interlocutória, sentença ou acórdão não serão considerados fundamentados (art. 489, § 1º), ocasionando sua nulidade (art. 11).

Deste modo, na forma disposta no NCPC, a decisão interlocutória, sentença ou acórdão não será considerado fundamentado: *i)* se limitar a indicar, reproduzir ou parafrasear ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; *ii)* utilizar conceitos jurídicos indeterminados, sem esclarecer o motivo concreto de sua incidência no caso; *iii)* adotar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; *iv)* não encarar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; *v)* se restringir a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem apresentar seus fundamentos determinantes, nem demonstrar que o caso a ser julgado se ajusta àqueles fundamentos; *vi)* deixar de observar enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem apontar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

A maior preocupação do NCPC com o detalhamento da fundamentação das decisões judiciais em geral decorreu, em grande medida, do desrespeito e até mesmo falta de consciência dos atores dos processos judiciais – onde estão incluídos advogados, promotores de justiça e juízes – acerca do real conteúdo da exigência constitucional.

A fundamentação, esclarece Maurício Ramires, é verdadeira garantia política e democrática: “é freio ao arbítrio; a referência à sustentação normativa da decisão evidencia que ela não foi fruto de uma deliberação arbitrária do autor, mas de um trabalho de conhecimento e reflexão”¹¹³.

¹¹³ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 40.

Trata-se de uma exigência também do contraditório, constituindo não apenas o direito outorgado às partes do processo de poderem alegar e provar, mas também de terem respostas às alegações formuladas, independentemente do polo processual por elas ocupado:

Ao juiz contemporâneo não pode bastar, ao dar cabo a uma discussão, a mera declaração do vencedor, repetindo as razões deste como quem enuncia uma equação matemática. Ao contrário, é preciso que o julgador, no mesmo passo em que diz porque acolheu as razões do vencedor, afirme as razões pelas quais rejeitara a interpretação dada pela parte sucumbente¹¹⁴.

Esta cultura inadequada, infelizmente, por muito tempo foi albergada pelos Tribunais Superiores, abarrotados de serviço que estavam, sob o argumento de que “o juiz é quem deve escolher quais alegações das partes são dignas de apreciação, filtrando aquilo que não considerar pertinente”¹¹⁵, de modo a cancelar a inadequada fundamentação do provimento jurisdicional, impedindo o controle racional da atividade jurisdicional e ocultando o exercício arbitrário do poder estatal¹¹⁶.

Sob a égide do CPC/73 já não era possível admitir-se uma decisão judicial inadequadamente fundamentada. Agora, vigorando no NCPC, devem ser concentrados esforços no sentido de efetivar as disposições contidas no § 1º, do art. 489, para que a fundamentação decisória torne-se completa em todas as ocasiões:

A aprovação da nova legislação processual representa uma virada paradigmática em prol do aperfeiçoamento da integridade decisória, que exigirá, para além da compreensão dos comandos legais, a disposição de enfrentar práticas jurisdicionais marcadas por *pseudofundamentações*, as quais revelam o arbítrio estatal e negam a dimensão civilizatória do processo civil¹¹⁷.

Não se pode mais admitir a subsistência de uma decisão unicamente repetidora do texto legal, sem sequer se dar ao trabalho de apresentar as razões pelas quais determinado dispositivo legal ou interpretação que dele se tenha extraído seja aplicado ao caso em julgamento:

¹¹⁴ RAMIRES, op. cit., p. 42.

¹¹⁵ LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 228.

¹¹⁶ SILVA, Ovídio Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 471.

¹¹⁷ CAMBI; HELLMAN, Os precedentes..., op. cit., p. 656, grifo do autor.

Não podemos mais tolerar as simulações de fundamentação nas quais o juiz repete o texto normativo ou a ementa do julgado que lhe pareceu adequado ou preferível, sem justificar a escolha. Devemos patrocinar uma aplicação dinâmica e panorâmica dessa fundamentação que gere inúmeros benefícios, desde a diminuição das taxas de reformas recursais, passando pela maior amplitude e profundidade dos fundamentos determinantes produzidos nos acórdãos e chegando até mesmo a uma nova prática decisória na qual os tribunais julguem menos vezes casos idênticos em face da consciência dos julgamentos anteriores¹¹⁸.

De igual modo, quando se utilizar de cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados, precedentes ou verbetes sumulares, far-se-á necessário que o julgador decline os motivos capazes de torná-los concretos para aquela hipótese, como consequência de um contraditório substancial:

Não se desvencilha o julgador do dever de fundamentação quando se vale de 'conceitos jurídicos indeterminados' sem mostrar como é que tais conceitos se aplicam ao caso a partir do debate em contraditório. Tal como a menção à norma, o uso de qualquer conceito como 'boa-fé', 'boa-fé objetiva', 'dignidade da pessoa humana', 'função social' (etc.) tem de estar atrelado às especificidades do caso concreto, sob pena do seu uso também se mostrar puramente voluntarístico¹¹⁹.

Além disso, os argumentos deduzidos pelas partes deverão ser objeto de análise, ainda que para lhes negar acolhimento, do mesmo modo que, quando uma decisão não adotar o entendimento contido em enunciado sumular ou precedente invocado por qualquer das partes, será indispensável a indicação dos motivos para a distinção ou superação daquele entendimento.

Tais medidas, sem dúvidas, impedirão a continuidade da conveniente prática dos atores do processo de simplesmente reproduzirem em suas peças processuais verdadeiras coletâneas de doutrina e jurisprudência, sem qualquer compromisso com sua adequação à hipótese fática contida no caso em julgamento, cujo afastamento pode facilmente ser realizado mediante a invocação, pelo adversário ou pelo próprio órgão julgador, de precedente de respeito obrigatório, originário de Tribunal Superior¹²⁰.

A adequada fundamentação da decisão, cujos contornos ficaram mais bem expostos pelo NCPD, aliada à mudança de paradigma cultural daqueles

¹¹⁸ THEODORO JR. et al. op. cit. p. 262.

¹¹⁹ Ibid., p. 277.

¹²⁰ LIMA, *Precedentes judiciais civis no Brasil*, op. cit., p. 442.

responsáveis pela prática do direito brasileiro, embora não seja a única medida a ser adotada, certamente terá condições de abrir o caminho para uma melhor operação do sistema de respeito ao precedente judicial.

1.4.2 A aplicação de ementas e verbetes descontextualizados

As questões relacionadas à inadequada fundamentação das decisões judiciais no Brasil, analisadas no item anterior do presente estudo, têm como causa e também consequência a incorreta aplicação de ementas e verbetes descontextualizados do novo caso em julgamento.

É o que se verifica, infelizmente com certa frequência, quando a argumentação desenvolvida nas peças processuais e nas decisões judiciais são reforçadas mediante a imprudente reprodução de ementas e verbetes sumulares que nada acrescentam, ou até mesmo prejudicam, o raciocínio desenvolvido.

Um verbeta, nada obstante a praticidade com que pode ser pesquisado e reproduzido, raramente ultrapassa o limite de algumas linhas, com a pretensão de constituir verdade máxima, desgarrando-se dos fundamentos que o originaram. O mesmo ocorre com as ementas, verdadeiros resumos de julgados, com a função de, mediante termos gerais, exprimir conceitos abstratos extraídos daquele determinado julgamento¹²¹.

É justamente o fato de constituírem resumos, cujos termos nem sempre reproduzem clara e exatamente os motivos determinantes da decisão que os originaram, que a adoção de verbetes e ementas constitui método inadequado:

Se os motivos determinantes (*ratio decidendi*) da decisão podem não (embora devessem) se encontrar destacados na ementa do julgado; e se argumentações de caráter lateral (*obiter dictum*) podem (embora não devessem) constar da respectiva ementa, resta evidente que a leitura e interpretação exclusivamente da ementa do acórdão limitam a atividade do exegeta e podem comprometer o resultado da interpretação¹²².

Ao adotá-los sem a devida compreensão daquilo que veiculam, assume-se o grande risco de o precedente representado pelo verbeta ou ementa, através de sua *ratio decidendi*, conduzir a entendimento completamente diverso daquele adotado na argumentação da nova decisão. Em consequência, toda a estrutura da

¹²¹ RAMIRES, op. cit., p. 49.

¹²² LIMA, *Precedentes judiciais civis no Brasil*, op. cit., p. 439.

fundamentação estará comprometida, em clara afronta à Constituição (art. 93, inciso IX), desprestigiando-se o próprio sistema de precedentes judiciais.

A crítica à irresponsável citação de ementas e verbetes no corpo de peças processuais, sem a adequada e integral compreensão de seu conteúdo, também é endossada por Francisco Rosito:

Na grande maioria das suas decisões, os juízes citam acórdãos, remetendo-se ao entendimento anteriormente adotado. Os advogados também o fazem nas suas petições, assim como os promotores em seus pareceres. Vive-se uma época em que a referência à orientação jurisprudencial, pretensamente 'mansa' e 'pacífica, é constante, a ponto de permanecer ainda atual o pensamento de Dupain: 'A ciência dos arestos tornou-se a ciência daqueles que não têm outra ciência; e a jurisprudência é uma ciência fácil de adquirir: basta um bom índice das matérias'. Dessa cultura jurídica do *standard*, ou do *prêt-à-porter*, o resultado é uma prática de citações de ementários que, muitas vezes, são oriundos de outros ementários, sem qualquer preocupação com o contexto histórico-temporal que cercou o processo originário. Isso porque parte-se de uma equivocada compreensão hermenêutica de que o texto, seja da lei, seja do precedente, é a própria norma, quando em verdade da interpretação de textos resultam as normas jurídicas. Disso decorre a imprescindibilidade da interpretação enquanto atividade de concretização do direito. A conclusão acaba sendo inevitável: as citações dos julgados são feitas sem critério algum, envolvendo questões não relevantes ou omissas para o caso concreto, decisões contraditórias ou até mesmo inexistentes¹²³.

É importante a compreensão de que os verbetes sumulares, vinculantes ou não, bem como as ementas de julgamentos não poderão ser utilizados como se constituíssem verdades absolutas. Eles são textos e, nesta condição, sempre exigirão interpretação por parte daqueles que os pretender utilizar.

Especificamente quanto à ementa, embora o mesmo raciocínio possa ser aplicado aos verbetes, diz-se impossível sua redação ou utilização como se estivesse a tratar de verdadeiro precedente, "sem qualquer preocupação com as particularidades do caso paradigma ou com as normas que regeram a resolução do caso concreto"¹²⁴.

O sentido da ementa ou o verbebo sumular, portanto, não deverá ser buscado em seu próprio texto, mas na *ratio decidendi* construída no julgamento, evitando-se uma aplicação mecânica e descompromissada com a identidade fática

¹²³ ROSITO, op. cit., p. 42-43.

¹²⁴ MAGALHÃES, Breno Baía; SILVA, Sandoval Alves da. Quem vê ementa, não vê precedente: ementismo e precedentes judiciais no projeto do CPC. In: FREIRE, Alexandre et al. *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. v. 2. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 236.

do precedente do qual esta ou aquela súmula foi originada e aquela verificada no novo caso em julgamento:

Devemos perceber (o quanto antes) que qualquer enunciado jurisprudencial somente pode ser interpretado e aplicado levando-se em consideração os julgados que o formaram. Ele não surge do nada. Não há grau zero de interpretação. Nesses termos, sua aplicação deve se dar de modo discursivo, e não mecânico, levando-se a sério seus fundamentos (julgados que o formaram) e as potenciais identidades com o atual caso concreto. Nenhum país que leve minimamente a sério o Direito jurisprudencial pode permitir a criação e aplicação de súmulas e ementas mecanicamente¹²⁵.

Esta preocupação, aparentemente demasiada, é justificada quando são encontrados, no repertório jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, determinados verbetes sumulares nos quais não existe congruência entre seu conteúdo e o dos julgados nos quais eles se fundam.

Em análise interessante, com base em estudo de Leonardo Greco, Patrícia Perrone Campos Mello identificou problemas de tal estirpe nas súmulas 622¹²⁶, 625¹²⁷ e 626¹²⁸.

Na súmula 622, por exemplo, é possível apontar deficiência quanto à remissão, pois todos os julgamentos mencionados haviam sido proferidos há mais de quatro anos da data de sua aprovação, época na qual nem todos os Ministros compunham a Corte e, de tal modo, em tese, a questão debatida poderia ser resolvida de modo diverso.

A súmula 625, por sua vez, faz remissão a quatro julgados, sendo três deles realizados mais de doze anos antes de sua aprovação. O pior é que, em um deles, o tema central da súmula sequer foi debatido. Em outro, a discussão veiculada pela súmula foi analisada apenas como argumento marginal (*obiter dictum*) e, nos demais, sequer houve argumentação a nível constitucional a respeito da matéria.

¹²⁵ THEODORO JR. et al. op. cit., p. 298.

¹²⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 622*. Não cabe agravo regimental contra decisão do relator que concede ou indefere liminar em mandado de segurança. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 05 jan. 2016.

¹²⁷ Ibid. *Súmula n. 625*. Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 05 jan. 2016.

¹²⁸ Ibid. *Súmula n. 626*. A suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 05 jan. 2016.

Por fim, nenhum dos julgados referidos chega a abordar expressamente a questão jurídica estampada no verbete sumular.

Com a súmula 626 não foi diferente. Dos seis julgados apontados como paradigmas, dois são incapazes de sustentar a orientação contida no verbete e, além disso, outros dois tratam da execução de sentença em mandado de segurança e um outro somente aborda a suspensão de liminar em mandado de segurança mediante fundamentação marginal (*obiter dictum*), incapaz de sustentar, por si só, aquela conclusão.

A análise destas três súmulas do Supremo Tribunal Federal é suficiente para recomendar parcimônia e análise detalhada da *ratio decidendi* efetivamente veiculada por elas, antes de sua incorporação mecânica e acrítica na fundamentação das decisões judiciais¹²⁹.

O curioso é que, nem mesmo as súmulas vinculantes (CF, art. 103-A) estão ilesas à falta de análise precisa dos precedentes que as originam¹³⁰, mesmo tendo sido criadas pela Emenda Constitucional nº 45/2004 com a intenção de resolverem controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica acerca da validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas.

A súmula vinculante nº 11¹³¹, aprovada pelo Supremo Tribunal Federal na Sessão Plenária de 13 de agosto de 2008, exemplificativamente, tem como referência quatro julgados: HC 56.465, HC 71.195, HC 89.429 e HC 91.952.

O mais antigo deles, *Habeas Corpus* 56.465, além de ter sido julgado em 05 de setembro de 1978 – cerca de três décadas antes da aprovação do verbete -, não reflete exatamente o mesmo cenário abordado pela súmula. Enquanto o precedente trata da utilização de algemas “se necessário à ordem dos trabalhos e à segurança das testemunhas e como meio de prevenir a fuga do preso”, a súmula trata de

¹²⁹ MELLO, op. cit., p. 166-168.

¹³⁰ NOGUEIRA, Janaína Régis da Fonseca. A importância da análise dos precedentes frente à edição da súmula vinculante. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; OLIVEIRA, Flávio Luis de. *Acesso à justiça e concretização de direitos*. Birigui: Boreal, 2014, p. 292-294.

¹³¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Súmula vinculante n. 11*. Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 05 jan. 2016.

“casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros”.

No segundo precedente indicado, *Habeas Corpus* 71.195, julgado em 25 de outubro de 1994, considerou-se legítima a utilização das algemas no plenário do júri, dada a pretensão do preso de agredir o juiz e o promotor de justiça, situação fática razoavelmente reproduzida na redação da súmula vinculante nº 11.

Já o terceiro precedente, *Habeas Corpus* 89.429, julgado em 22 de agosto de 2006, no qual a ordem foi concedida a Conselheiro do Tribunal de Contas de Rondônia, para impedir o uso de algemas durante sua condução da carceragem da Polícia Federal ao Superior Tribunal de Justiça, onde prestaria depoimento pessoal, evitando a exposição midiática de detentor de função pública. Esta situação fática, em maior ou menor grau, se faz presente no texto da súmula vinculante nº 11.

No último dos precedentes, *Habeas Corpus* 91.952, foi anulada a decisão do Tribunal do Júri em que o acusado permaneceu algemado no plenário, sem a demonstração de sua periculosidade através de condutas anteriores. Esta hipótese, apesar de também zelar pela exposição da figura do acusado perante o público e os jurados, sequer foi ventilada nos demais julgamentos anteriormente indicados, dificultando a compreensão dos critérios para a correta utilização da algema.

Esta breve análise acerca dos meios pelos quais um verbete sumular ou acórdão podem ser originados, de modo mais ou menos dissociado dos precedentes dos quais se originaram – quando realmente se originaram dos julgados apontados como paradigmas – endossa a preocupação com sua aplicação inadvertida nas decisões judiciais, cuja fundamentação pode ser abalada a ponto de comprometer todo o conteúdo decisório.

Na tentativa de sanear esta prática nociva e ainda muito recorrente na prática judicial, o novo Código de Processo Civil prevê a necessidade de os tribunais aterem-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram a criação das súmulas, no momento da edição de seus enunciados (art. 926, § 2º).

A nova previsão legislativa, embora não elimine a possibilidade de os verbetes sumulares continuarem sendo elaborados sem correspondência adequada à *ratio decidendi* dos precedentes dos quais foram originados, demonstra ter sido notada a deficiência pelo legislativo e a tentativa de sua resolução, explicitando, no texto legal, aquilo que os tribunais deveriam realizar de modo espontâneo.

Realizadas tais considerações, foi possível identificar a impossibilidade de construção adequada da argumentação das partes e da fundamentação das decisões pelo julgador sem o conhecimento das razões fáticas e jurídicas pelas quais um precedente se formou¹³².

A implantação de um sistema de precedentes obrigatórios no Brasil, neste ponto, não poderia dispensar a correção da atual prática do direito, a qual precisará abandonar o perigoso emprego de ementas e verbetes como se eles fossem capazes de externar a *ratio decidendi* de um precedente.

Tal medida, por sua vez, certamente será auxiliada mediante uma melhor formação técnica daqueles que operam o sistema jurídico, como será analisado na próxima etapa da pesquisa.

1.4.3 A formação técnica para operar o sistema jurídico

A prévia análise da fundamentação inadequada das decisões e da aplicação de ementas e verbetes cujos fatos e normas dos quais são derivados destoam daqueles identificados no novo caso em julgamento permite constatar, dentre outras coisas, a deficiente formação técnica daqueles incumbidos de colocar em prática o sistema jurídico brasileiro.

A compreensão adequada do modo pelo qual um precedente deve ser empregado na construção de uma nova decisão é de suma importância não apenas ao julgador. A exploração do sistema de precedentes também é útil e necessário àqueles que se dispõem a orientar o cidadão acerca de seus direitos e “essencial até mesmo para aqueles que pretendam ter seus recursos conhecidos pelas instâncias superiores”¹³³.

Neste quesito, portanto, é urgente a atualização dos currículos universitários, de modo a familiarizar os estudantes com a análise detalhada e comprometida dos precedentes judiciais, pois ainda “é comum que o ensino jurídico brasileiro seja executado a partir da leitura de textos legais e jurisprudenciais de forma acrítica, como se o legislador e o julgador tivessem capacidade de sempre acertar”¹³⁴.

¹³² CAMBI, *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo...*, op. cit., p. 149.

¹³³ LIMA, *Precedentes judiciais civis no Brasil*, op. cit., p. 56-57.

¹³⁴ HELLMAN, Renê Francisco. Os desafios do ensino jurídico brasileiro com o Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, n. 242, ano 40, abr./2015, p. 560.

No Brasil, secularmente filiado à *civil law* e apegado à *legolatria*¹³⁵, as decisões pretéritas sempre foram utilizadas apenas como reforço argumentativo e, uma vez encontrada nas decisões dos Tribunais Superiores uma produção jurídica mais autorizada, é delas que o ensino jurídico passou a se ocupar.

De alguma forma, tal método de ensino é incentivado pelo crescente interesse por concursos públicos destinados a carreiras jurídicas, cujos métodos de seleção, muitas vezes, favorecem a obtenção mecânica do conhecimento, tornando o estudante e futuro operador do direito alheio, muitas vezes, à compreensão crítica da realidade à qual o ordenamento jurídico será aplicado e desperdiçando todo o potencial de transformação social que poderia ser obtido:

É crescente a cada ano o interesse dos operadores do Direito pelas carreiras públicas, acessadas por concursos públicos de provas e títulos, em razão da estabilidade garantida aos servidores estatais. Entretanto, fortes críticas são dirigidas à forma de avaliação para ingresso nessas carreiras. Impera o sistema de avaliação objetiva, em que o conhecimento é medido pelas respostas dadas a questões com baixa densidade teórica, o que não favorece aquele que estuda para a compreensão do ordenamento jurídico e suas teorias, mas, sim, aquele que treina para saber responder exatamente de forma como o avaliador quer que a resposta seja apresentada¹³⁶.

A limitação à análise fática pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, no entanto, originou um grande equívoco no modo de se compreender a aplicação de decisões judiciais passadas em casos novos. Com um estudo focado nas decisões provenientes de Recursos Especiais, Recursos Extraordinários e nos verbetes sumulares, a formação acadêmica tornou-se alheia à realidade fática da qual aqueles casos se originavam e, “como resultado, surgem uma teoria e uma prática independentes da realidade que os solicita, separando com isso o direito da realidade social e histórica”¹³⁷.

A identificação das questões de direito resolvidas pelo precedente para aplicação a casos futuros não é incorreta. No entanto, tal atividade torna-se equivocada quando aquela mesma questão de direito não é compreendida à luz dos fatos. Por isso já se afirmou que “respeitar o precedente significa verificar se os

¹³⁵ SIQUEIRA; BRITO, Precedentes vinculativos..., op. cit., p. 26.

¹³⁶ HELLMAN, Os desafios do ensino jurídico..., op. cit., p. 560.

¹³⁷ RAMIRES, op. cit., p. 47.

mesmos fatos que deram suporte para as razões pretéritas estão presentes no caso a ser julgado”¹³⁸.

Nesse sentido, as diversas alterações na atividade jurisdicional derivadas do NCPC, responsável pela introdução de novos institutos e a repaginação de tantos outros, prometem inaugurar um novo paradigma na jurisdição civil brasileira.

Com a exigência de contraditório efetivo (art. 10), de adequada fundamentação das decisões (art. 11 e 489, § 1º) e de respeito aos precedentes judiciais (art. 926 e seguintes), dentre outras inovações trazidas pelo NCPC, é chegada a hora de o ensino jurídico romper a barreira da acomodação e adotar métodos diferenciados para que o conhecimento seja descoberto e construído mediante a interação entre professores e alunos, abandonando-se, por exemplo, as excessivas e enfadonhas aulas expositivas, nas quais o aluno ocupa atividade meramente passiva¹³⁹.

Um maior enfoque do direito decorrente dos precedentes judiciais, aliás, aproximaria o ensino jurídico brasileiro da metodologia há muito tempo adotada pelos norte-americanos no ensino de seu sistema jurídico, onde se propicia ao aluno, desde cedo, a compreensão do método de análise de casos, determinando os fatos relevantes, as questões de direito a serem decididas e os fundamentos adequados para a construção de cada resposta:

O ensino do direito através de aulas expositivas não fornece uma base satisfatória para alunos de direito para entender situações fáticas que lhes sejam apresentadas com o objetivo de análise, pesquisa ou previsibilidade. O ensino do direito nos Estados Unidos requer participação ativa do estudante de direito no processo de aprendizagem. Os alunos são chamados a participar nas aulas através de respostas a perguntas orais e gerais referentes ao material indicado para ser previamente preparado. É sumamente importante que o aluno esteja preparado para cada aula e que participe da mesma para obter a confirmação das conclusões atingidas durante a preparação para aquela aula. Pesquisa extensiva e redação ocorrem durante o primeiro ano de direito, com grande parte do tempo durante a experiência obtida no primeiro ano, dedicada a exigir do estudante que aprenda a analisar casos, identificar fatos relevantes e questões de direito, e entender como deve entender e utilizar adequadamente o precedente dos casos estudados¹⁴⁰.

¹³⁸ CAMBI, *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo...*, op. cit., p. 147.

¹³⁹ HELLMAN, *Os desafios do ensino jurídico...*, op. cit., p. 558.

¹⁴⁰ COLE, Charles D. *Stare decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do common law. Revista dos Tribunais*, v. 87, n. 752, jun./1998, p. 11.

Comparando o sistema jurídico norte-americano com o brasileiro, especialmente no que toca aos modelos adotados para a formação e preparação técnica dos profissionais dedicados à aplicação do direito, estudos desenvolvidos no Brasil também têm apontado como ponto positivo aos estadunidenses a opção por aulas dedicadas ao estudo de casos, contrapostas às aulas expositivas:

Há muitos aspectos do sistema jurídico dos Estados Unidos que podem ser úteis ao Brasil. [...] O estudante de direito nos Estados Unidos já iniciam seu curso tendo, geralmente, aulas de processo civil, responsabilidade civil, contratos, propriedade, direito criminal, constitucional e escrita jurídica. Toda a formação jurídica é baseada no estudo de casos (*cases*), com a adoção do método socrático de perguntas e respostas (*questions and answers*), o que exige uma preparação prévia rígida, tornando o estudo e a formação muito mais interessantes. [...] Como a formação jurídica nos Estados Unidos é baseada, fundamentalmente, no estudo de casos, os profissionais saem do curso altamente preparados para o exercício da profissão¹⁴¹.

Sob esta ótica, pode-se concluir pela necessidade de que o ensino jurídico passe a abordar o ensino do direito não levando em consideração apenas a lei, como se ela fosse sua fonte exclusiva. Deve ser dado maior enfoque ao direito emanado dos precedentes judiciais, possibilitando a transmissão do conhecimento, nos bancos da academia, não apenas pelo estudo da legislação, mas também dos casos julgados.

Além de nacionalizar métodos e sistemas de vinculação a precedentes judiciais, estes mesmos precedentes judiciais precisam ser conhecidos e compreendidos por aqueles que os colocarão o direito em prática, sendo por demais importante a preocupação com a formação técnica¹⁴² para permitir uma correta extração dos “fatos relevantes, as questões jurídicas enfrentadas pela decisão e os motivos determinantes para uma determinada conclusão jurídica”¹⁴³.

Uma nova concepção do ensino jurídico, portanto, capaz de formar técnica e adequadamente aqueles que vão operar o sistema jurídico, na formatação ora moldada pelo NCPC, proporcionará uma maior qualidade nas peças processuais e nas decisões judiciais embasadas em precedentes, evitando-se fundamentação

¹⁴¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. O sistema jurídico nos Estados Unidos – Common Law e carreiras jurídicas (judges, prosecutors e lawyers): o que poderia ser útil para a reforma do sistema processual brasileiro? *Revista de Processo*, n. 251, ano 41, jan./2016, p. 552-554.

¹⁴² CAMBI, *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo...*, op. cit., p. 151.

¹⁴³ LIMA, *Precedentes judiciais civis no Brasil*, op. cit., p. 444.

insuficiente ou inadequada e a utilização de verbetes sumulares ou jurisprudenciais desconectados do caso em julgamento.

1.4.4 A organização, atualização e divulgação dos precedentes

Para se falar na existência de um legítimo sistema de precedentes judiciais obrigatórios, é necessário reunir um repositório de jurisprudência seguro e um sistema hierárquico bem estruturado de tribunais, capaz de tornar evidentes os precedentes a serem observados por cada uma das instâncias, tal como aconteceu na *common law* inglesa¹⁴⁴.

Existindo uma estrutura judiciária com competências e hierarquias suficientemente delimitadas, a operação de um sistema de precedentes judiciais no Brasil carecia da organização, atualização e divulgação dos seus precedentes. O novo Código de Processo Civil parece ter se desincumbido dessa tarefa, embora o modo pelo qual o tema foi tratado não esteja ileso a críticas¹⁴⁵.

Com o objetivo de organizar racionalmente os precedentes e também impedir a existência de respostas diferentes a casos idênticos, o NCPC apresentou no art. 927 *um rol escalonado e meramente exemplificativo*¹⁴⁶ *que juízes e tribunais observarão*, impondo respeito ao comando de estabilidade, integridade e coerência das decisões, conforme prevê o art. 926¹⁴⁷.

Os repositórios de jurisprudência constituem elemento essencial de um sistema precedentalista, devido ao fato de os precedentes constituírem fonte do direito. Eles proporcionam, exemplificativamente, organização por matéria, eficácia, ano e órgão judiciário que a proferiu, inclusive com a indicação de precedente eventualmente objeto de superação ou outra técnica capaz de alterar o seu conteúdo, permitindo acesso aos interessados, possibilitando a orientação do comportamento dos jurisdicionados e facilitando sua aplicação em casos futuros¹⁴⁸.

É nesse sentido que se aponta a existência de íntima relação entre os precedentes e seus repositórios, pois, “não sendo possível saber *quais* são os casos

¹⁴⁴ SESMA, Victoria Iturralde. *El precedente en el common law*. Madrid: Civitas, 1995, p. 25.

¹⁴⁵ ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. A fundamentação adequada diante do sistema de precedentes instituído pelo NCPC. In: In: DIDIER JR., Fredie et al. *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 684.

¹⁴⁶ MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 288.

¹⁴⁷ ATAÍDE JR.; PEIXOTO, Flexibilidade, *stare decisis...*, op. cit. p. 283-284.

¹⁴⁸ LIMA, *Precedentes judiciais civis no Brasil*, op. cit., p. 447.

mais relevantes em determinada matéria, *onde e como* podem ser encontrados dificilmente se pode aplicá-los”¹⁴⁹.

No Brasil, os precedentes são divulgados e atualizados diretamente pelos órgãos pelos tribunais em geral, responsáveis por sua veiculação em seus endereços eletrônicos na rede mundial de computadores. Há razoável facilidade na localização das decisões, através dos diversos sistemas de busca atualmente existentes.

É democrático o modo pelo qual é realizado o acesso à informação, pois todas as decisões são publicadas em sua integralidade, ficando a cargo do próprio interessado a seleção da decisão que lhe interessa, ao contrário do que ocorreu no direito inglês por um grande período, quando os precedentes eram publicados por entes estatais em parceria com órgãos particulares, a quem cabia a seleção de quais deles seriam disponibilizados ao público¹⁵⁰.

Embora se reconheça a facilidade de acesso à informação, não se pode negligenciar o fato de o enorme acervo existente ainda precisar de organização e atualização, para permitir o acesso de detalhes com os quais o jurista brasileiro não está familiarizado e cujo conhecimento pode ser determinante no momento de aplicação de um precedente invocado.

Mais que a divulgação das decisões, é necessária sua catalogação racional, permitindo identificar-se facilmente, por exemplo: “i) se o precedente consultado foi superado internamente ou por órgão superior; ii) se houve modificação legislativa capaz de afetá-lo; ou iii) o número de vezes que o precedente foi citado, pelo menos naquele tribunal”¹⁵¹.

É que, apesar da crítica realizada aos julgadores e advogados que invocam precedentes já superados em suas decisões e petições, enfraquecendo o sistema como um todo, deve-se reconhecer que, atualmente, mesmo com boa vontade, nem sempre é possível se identificar com exatidão quando um precedente foi superado por força de alteração legislativa ou pelo órgão julgador que o originou ou, ainda, por um tribunal superior. Do mesmo modo, a importância de um precedente é reforçada quando se sabe quantas vezes ele foi aplicado a casos sucessivos¹⁵².

¹⁴⁹ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 40. Grifo do autor.

¹⁵⁰ MACÊDO, *Precedentes judiciais...*, op. cit., p. 294.

¹⁵¹ LIMA, *Precedentes judiciais civis no Brasil*, op. cit., p. 449.

¹⁵² *Ibid.*, p. 450.

A saída encontrada pelo novo Código de Processo Civil foi a utilização de enunciados de súmulas da jurisprudência dominante, editados pelos tribunais na forma e segundo os pressupostos de seus regimentos internos. Exigiu-se o atendimento às circunstâncias fáticas dos precedentes mediante as quais foi possível a criação do enunciado da súmula (art. 926, §§ 1º e 2º).

A publicidade continuará sendo realizada pelos tribunais, preferencialmente pela rede mundial de computadores (*internet*), após organização por questão jurídica decidida, de acordo com o artigo 927, § 5º, do NCPC.

A exigência legal de “organização por questão jurídica” deverá englobar a necessidade de manutenção de um catálogo atualizado, no que universidades e observatórios de jurisprudência prestariam enormes serviços a toda a comunidade jurídica, caso dedicassem seus estudos e pesquisas a tema de tamanha relevância para toda a sociedade. Os trabalhos poderão ser embasados nos recursos tecnológicos já existentes nos tribunais, a exemplo do Supremo Tribunal Federal, atualmente capaz de catalogar com eficiência os casos submetidos à repercussão geral, apontando o recurso paradigma, o tema, o ramo do direito, a existência de repercussão geral e o julgamento do mérito, quando já existente.

Demonstrando, aliás, a preocupação do novo Código como a ampla e específica divulgação e publicidade em relação à instauração e julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), bem como dos recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário, o art. 979 determina a criação de um registro eletrônico a ser mantido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que será alimentado por bancos de dados eletrônicos desenvolvidos pelos tribunais, onde serão indicados, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.

Com base no registro eletrônico do CNJ, já se sugeriu a criação de “um sistema de comunicação por correio eletrônico (sistema *push*), como forma de comunicar os advogados e interessados acerca da instauração dos incidentes processuais coletivos”¹⁵³, a exemplo daqueles já adotados pelo Supremo Tribunal Federal (sistema *push*)¹⁵⁴ e pelo Superior Tribunal de Justiça (informativo de

¹⁵³ CAVALCANTI, op. cit., p. 458.

¹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Sistema Push*. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/push>. Acesso em: 10 mar. 2016.

jurisprudência¹⁵⁵), com a finalidade de divulgar à comunidade as principais decisões proferidas por seus respectivos órgãos internos, cuja importância é tão grande que chegam a ser adotados como material de apoio em diversas disciplinas de cursos jurídicos.

Devido à enorme quantidade de julgamentos proferidos diariamente, a mesma sugestão de comunicação à comunidade jurídica mediante correio eletrônico (*e-mail*) deveria ser adotada, ao menos quanto aos precedentes oriundos das Cortes Supremas¹⁵⁶, proporcionando-lhes maior divulgação e visibilidade, facilitando a tarefa dos tribunais de tornarem sua jurisprudência estável, íntegra e coerente (art. 927 do NCPC).

Vistas, portanto, as medidas corretivas tidas como indispensáveis para o aperfeiçoamento da prática do direito no nacional, sem as quais as repetidas alterações legislativas terão pouco ou nenhum resultado prático, abre-se o caminho para a próxima etapa da presente pesquisa, onde se buscará compreender as tradições jurídicas ocidentais e, a partir delas, o modo de operação de um sistema de precedentes, com seus conceitos e institutos, visando à compreensão de sua utilização no Brasil, com base no novo Código de Processo Civil.

¹⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo de Jurisprudência*. Disponível em: <ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo.ea.>. Acesso em: 10 mar. 2016.

¹⁵⁶ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 87.

2 COMPREENSÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS E SUA UTILIZAÇÃO NO CASO CONCRETO

O presente capítulo tem como objetivo apresentar o modo diverso pelo qual se desenvolveram as maiores tradições jurídicas do mundo ocidental e apontar como a *common law* e a *civil law*, cada uma ao seu modo, pretenderam garantir a segurança jurídica de seus jurisdicionados, colocando-os a salvo das questões ou situações entendidas como prejudiciais às respectivas sociedades nas quais estão inseridos.

Com este intento em mente, serão apresentadas as fontes do direito em cada uma das tradições e salientadas as causas e consequências da aproximação recíprocas para, na sequência, visando a apontar o precedente judicial como promotor de segurança jurídica e alternativa à crise da aplicação do direito no Brasil, apresentar seus elementos constitutivos, as espécies de eficácia, modos e efeitos de sua aplicação, alteração e superação.

2.1 As tradições da *common law* e da *civil law*

Ao redor do mundo, no interior de cada Estado, existe um sistema jurídico próprio a ser aplicado em seu interior. Em outro plano, concomitantemente, também existe o direito internacional, para regular as relações entre Estados, a nível regional e, até mesmo, global.

Um sistema jurídico consiste em um “conjunto operativo de instituições, procedimentos e regras legais”¹⁵⁷. Devido à grande diversidade de sistemas conhecidos, não é incomum serem encontrados agrupamentos destinados a facilitar a sistematização, visando a um estudo didático e crítico, capaz de indicar os elementos básicos e imutáveis de cada um deles.

São diversas, no entanto, as formas possíveis de se agrupar os sistemas de direito existentes. René David, a propósito, faz referência aos métodos tradicionais de classificação:

Alguns baseiam as suas classificações na estrutura conceitual dos direitos ou na importância reconhecida às diferentes fontes do direito. Outros,

¹⁵⁷ MERRYMAN, John Henry. *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 21.

julgam que estas diferenças de ordem técnica têm um caráter secundário, pondo em primeiro plano as considerações de conteúdo, o tipo de sociedade que se pretende estabelecer com a ajuda do direito, ou, ainda, o lugar que é reconhecido ao direito como fator de ordem social.¹⁵⁸

O autor francês reconhece não existir unanimidade no que toca a quais espécies de sistemas deveriam ser reconhecidas, tampouco quanto ao melhor modo para realizar a sua classificação.

De qualquer modo, sem retirar o mérito demais categorizações realizadas pelos demais estudiosos do assunto, o mesmo jurista opta por um agrupamento em “famílias de direito”, com base nas semelhanças e diferenças existentes em cada um dos sistemas:

A noção de ‘família de direito’ não corresponde a uma realidade biológica. Recorre-se a ela unicamente para fins didáticos, valorizando as semelhanças e as diferenças que existem entre os diferentes direitos. Sendo assim, todas as classificações têm o seu mérito. Tudo depende do quadro em que se coloquem e da preocupação que, para uns e outros, seja dominante. Não se proporão as mesmas classificações se se considerarem as coisas num nível mundial ou num nível simplesmente europeu. Considerar-se-ão as coisas de um modo diferente se nos colocarmos na perspectiva do sociólogo ou do jurista. Outros agrupamentos poderão merecer aceitação, conforme o seu sentido de centrar sobre o direito publico, o direito privado ou o direito penal.¹⁵⁹

De acordo com a classificação proposta por René David, as principais famílias existentes seriam a romano-germânica (*civil law*), a do *common law* e a dos direitos socialistas. Além delas, também poderiam ser apontadas as famílias dos direitos muçulmano, hindu e judaico, bem como a do extremo oriente e da África negra e Madagáscar, embora a estas normalmente seja conferida menor importância¹⁶⁰.

As famílias a que se refere René David, além de não corresponderem a uma realidade biológica, também não possuem características estanques e incomunicáveis. É possível afirmar, inclusive, a existência de verdadeira e contínua construção e transformação.

¹⁵⁸ DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 22.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 22.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 21-32.

A globalização, a internacionalização do comércio e da cultura dos povos¹⁶¹, dentre outros fatores, entrelaçaram os diversos sistemas em grande nível, a ponto de se tornarem bastante tênues, na atualidade, as características, diferenças e vínculos capazes de apontar a qual família este ou aquele membro pertence¹⁶².

No processo de formação das tradições, existiram influências recíprocas¹⁶³ e, na atualidade, tem se verificado um claro processo de aproximação entre a *common law* e a *civil law*¹⁶⁴. O fenômeno tem sido constatado pelas “noções visceralmente ligadas a uma determinada tradição que já não detêm absolutamente a força que revelavam no momento de sua concepção”¹⁶⁵.

Como anota René David:

Em ambos os casos, o direito sofreu a influência da moral cristã e as doutrinas filosóficas em voga propuseram em primeiro plano, desde a época da Renascença, o individualismo, o liberalismo e a noção de direitos subjetivos. A *common law* conserva hoje a sua estrutura, muito diferente da dos direitos romano-germânicos, mas o papel desempenhado pela lei foi aí aumentando e os métodos usados nos dois sistemas tendem a aproximar-se; sobretudo a regra de direito onde, cada vez mais, a ser concebida nos países de *common law* como o é nos países da família romano-germânica. Quanto à substância, soluções muito próximas, inspiradas por uma mesma ideia de justiça, são muitas vezes dadas às questões de direito nas duas famílias de direito¹⁶⁶.

A *common law* e a *civil law* são consideradas como as grandes famílias do direito ocidental¹⁶⁷, razão pela qual, a esta altura, a pesquisa volta-se ao estudo dos precedentes judiciais e o modo pelo qual eles pretendem fornecer segurança jurídica em cada uma dela.

Para alcançar tal desiderato de modo satisfatório, é necessária uma incursão, ainda que breve, na história de formação e estrutura de cada uma das mencionadas famílias, do que se passa a ocupar.

¹⁶¹ CAMBI, *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo...*, op. cit., p. 144.

¹⁶² TARUFFO, Michele. Icebergs do common law e do civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação. *Revista de Processo*, n. 182, ano 35, abr/2010, p. 169.

¹⁶³ STRECK; ABOUD, op. cit., p. 24.

¹⁶⁴ MELLO, op. cit., p. 13.

¹⁶⁵ DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de *common law* e de *civil law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. 2. ed. Salvador, JusPodivm, 2012, p. 42.

¹⁶⁶ DAVID, op. cit., p. 26.

¹⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 66.

2.1.1 A *common law*: segurança jurídica no precedente judicial

Não há possibilidade de se estudar a *common law* sem se passar pelo próprio direito inglês. Isso porque a história desta família jurídica foi marcada unicamente por tal direito, até o século XVIII¹⁶⁸.

René David adverte que “a Irlanda do Norte, por um lado, a Escócia, as Ilhas do Canal da Mancha e a Ilha de Man, por outro, não estão submetidas ao direito ‘inglês’¹⁶⁹”. Assim, o direito inglês não pode ser considerado o direito do Reino Unido ou da Grã-Bretanha, mas apenas da Inglaterra e do País de Gales.

Ultrapassando as fronteiras do direito inglês, a *common law* é mais ampla e abrangente, alcançando, salvo raras hipóteses, todos os países da língua inglesa e aqueles associados politicamente à Inglaterra em algum período¹⁷⁰:

A família do *common law* compreende, além do direito inglês, que está na sua origem, e salvo certas exceções, os direitos de todos os países de língua inglesa. Além dos países de língua inglesa, a influência do *common law* foi considerável na maior parte dos países, senão em todos, que politicamente estiveram ou estão associados à Inglaterra. Estes países podem ter conservado, em certos domínios, tradições, instituições e conceitos que lhes são próprios: a influência inglesa não deixou, entretanto, de marcar profundamente, em todos os casos, a maneira de pensar dos seus juristas, porque, por um lado, a organização administrativa e judiciária e, por outro, a matéria do processo (civil ou criminal) e as provas foram estabelecidas e reguladas segundo o modelo inglês¹⁷¹.

Feita esta demarcação conceitual, é possível analisar a história do direito inglês, dividida pela doutrina em quatro períodos, quais sejam: o primeiro, denominado anglo-saxão, que antecedeu a chegada normanda à Inglaterra, em 1066; o segundo, no qual a *common law* se formou, de 1066 até a assunção ao poder da dinastia Tudor, em 1485; o terceiro, onde se desenvolveu a *equity*, rival e complementar à *common law*, entre 1485 e 1832; e o último, chamado período moderno, iniciado em 1832, com desenvolvimento até a atualidade¹⁷².

O período histórico anterior à conquista da Inglaterra pelos normandos é conhecido como anglo-saxão. Naquela época, referido território europeu possuía divisão em distritos, contendo inúmeros castelos militares para sua proteção. Neles,

¹⁶⁸ DAVID, op. cit., p. 351.

¹⁶⁹ Ibid., p. 353.

¹⁷⁰ NOGUEIRA, G. S., op. cit., p. 35.

¹⁷¹ DAVID, op. cit., p. 351.

¹⁷² MELLO, op. cit., p. 13-14.

funcionavam cortes judiciais (*Hundred Courts e Country Courts*), nas quais autoridades não profissionais promoviam a distribuição da justiça de acordo com os costumes do local. Coexistiam, também, ora concorrendo, ora prevalecendo, as jurisdições senhoriais, às quais eram direcionados os conflitos fundiários¹⁷³.

A sociedade era basicamente tribal, o que justifica o fato de, até hoje, existir pouco conhecimento acerca do direito anglo-saxão¹⁷⁴. “Sabe-se que até o seu final, as leis regulamentavam aspectos muito limitados da vida social e que o ordenamento era fragmentado em diversos costumes locais¹⁷⁵”.

Quando Guilherme, o Conquistador, liderou a conquista da Inglaterra pelos normandos, em 1066, houve o desaparecimento da época tribal, tendo início o feudalismo inglês¹⁷⁶ e, como ele, foi institucionalizado “um poder centralizado e forte, reunindo as condições para a criação de um conjunto de normas que, por oposição às práticas costumeiras heterogênicas, pode constituir um *direito comum a toda a Inglaterra*”¹⁷⁷.

Ao contrário do que se possa imaginar, contudo, as *Hundred Courts e Country Courts* continuaram a existir, competindo a elas a resolução de grande parte das demandas. Inicialmente, portanto, os Tribunais Reais constituíam tribunais de exceção, decidindo apenas questões cuja importância realmente justificasse tal intervenção:

Os Tribunais Reais [...] não estão aptos para administrar a justiça, até mesmo em recurso, para todos os litígios que surjam no reino. A sua intervenção vai limitar-se, essencialmente, a três causas em que ela se afigura natural: questões relacionadas com as finanças reais, com a propriedade imobiliária e a posse de imóveis, e graves questões criminais que se relacionem com a paz do reino. Originalmente, três tribunais diferentes – Tribunal de Apelação (*Exchequer*), Tribunal de Pleitos Comuns (*Common Pleas*), Tribunal do Banco do Rei (*King's Bench*) – conhecerão, respectivamente, de cada uma destas três importantes questões, mas logo esta divisão de competências cessará e cada um dos três Tribunais Reais de Westminster poderá conhecer de todas as causas que possam ser submetidas às jurisdições reais.¹⁷⁸

¹⁷³ DRUMMOND; CROSETTI, op. cit., p. 51.

¹⁷⁴ DAVID, op. cit., p. 357.

¹⁷⁵ MELLO, op. cit., p. 14.

¹⁷⁶ DAVID, op. cit., p. 358.

¹⁷⁷ MELLO, op. cit., p. 15. Grifos do autor.

¹⁷⁸ DAVID, op. cit., p. 360.

O desenvolvimento do direito inglês e comum a toda a Inglaterra¹⁷⁹ – direito comum (*common law*), portanto, ocorrerá por responsabilidade dos Tribunais Reais, que no século XV definitivamente passaram a ser sediados em Westminster.

Como inicialmente tratavam de casos excepcionais e para cada caso havia um processo particular (*remedies precede rights*), os Tribunais de Westminster tiveram de construir um ordenamento próprio¹⁸⁰. Em sua formação, desta forma, a *common law* não era dotada de normas de direito material ou substancial, sendo os antigos costumes locais e o direito como posto pelo juiz do caso concreto as suas fontes naquela quadra da história¹⁸¹.

Curiosamente, fundados na crença de que um processo correto seria capaz de redundar numa melhor decisão, os mesmos Tribunais embasavam-se em normas processuais extremamente formais, de onde deriva a importância do direito processual pra tal sistema. É o que explica René David:

A *common law*, nas suas origens, foi constituída por um certo número de processos (*forms of action*) no termo dos quais podia ser proferida sentença; qual seria, quanto à substância, esta decisão, era algo incerto. O problema primordial era fazer admitir pelos Tribunais Reais a sua competência e, uma vez admitida, levar até o fim um processo cheio de formalismo. A que solução se chegaria? Não havia para esta pergunta nenhuma resposta concreta: a *common law* só aos poucos passou a conter normas substantivas, que definissem os direitos e as obrigações de cada um¹⁸².

A jurisdição dos Tribunais Reais expandiu-se paulatinamente sobre aquelas desenvolvidas pelas cortes senhoriais, municipais e comerciais, as quais tratavam dos interesses privados, até sua importância ser praticamente reduzida a zero no final da Idade Média¹⁸³.

Deste fato deriva uma importante característica da *common law*: com a extinção das mencionadas jurisdições, a própria noção de direito privado ficou comprometida, pois “todos os litígios submetidos aos Tribunais Reais ingleses surgem, na Inglaterra, como sendo, em certa medida, questões de direito público”¹⁸⁴.

¹⁷⁹ DRUMMOND; CROCETTI, op. cit., p. 52.

¹⁸⁰ RAMIRES, op. cit., p. 63.

¹⁸¹ NOGUEIRA, G. S., op. cit., p. 37.

¹⁸² DAVID, op. cit., p. 364.

¹⁸³ DRUMMOND; CROCETTI, op. cit., p. 52.

¹⁸⁴ DAVID, op. cit., p. 368.

O início da cultura de respeito aos precedentes, ocorrida com o Estatuto Westminster II, de 1285, coincide e deriva da própria luta pela contenção da expansão da jurisdição real:

A expansão da jurisdição real não foi pacífica. Ao contrário, a história da Inglaterra como um todo se desenvolve em torno da luta pela contenção do absolutismo monárquico, e a expansão dos poderes do Rei, através da jurisdição dos Tribunais, constituía uma ameaça para os barões, que desejavam ser os senhores de seus próprios domínios. Tanto assim que, para conter tal avanço, restou estabelecido, no Estatuto de Westminster II, de 1285, que os Tribunais reais só concederiam *writs* em hipóteses em que já houvesse casos semelhantes decididos, ou seja, *desde que já existissem precedentes em tal sentido*, vedando-se a criação de novas ações¹⁸⁵.

Exceto nos casos em que já existiam precedentes, o máximo que os Tribunais Reais poderiam fazer era julgar casos muito semelhantes com outros já anteriormente decididos, o que, passado o tempo, tornou-se insuficiente para satisfazer às novas demandas sociais.

Com a “esclerose da *common law*”¹⁸⁶, em razão da limitação imposta pelo Estatuto de Westminster II e pela excessiva formalidade processual então existente, os particulares viram-se obrigados a recorrer à prerrogativa real para alcançarem uma decisão adequada a seus litígios.

Na terceira fase da história do direito inglês, criou-se a *equity*, ramo paralelo do direito, no qual o Monarca, por intermédio de seus Chanceleres, emitia decisões baseadas na equidade do caso particular, na busca de flexibilizar a rigidez da *common law*¹⁸⁷.

Alcançado o século XV, as decisões antes tomadas pelo Rei e seu Conselho foram delegadas ao Chanceler, a quem foi conferida a autoridade de juiz autônomo. Sendo eclesiásticos, suas decisões eram baseadas “em princípios substantivos relacionados à moral e à justiça, extraídos do direito romano e do direito canônico, ou seja, extraídos das mesmas fontes que se prestaram ao desenvolvimento do *civil law*”¹⁸⁸.

A ruptura do Estado com a Igreja Católica, no reinado de Henrique VIII, acarretou a substituição dos Chanceleres eclesiásticos por advogados, que

¹⁸⁵ MELLO, op. cit., p. 17. Grifos do autor.

¹⁸⁶ DAVID, op. cit., p. 370.

¹⁸⁷ DRUMMOND; CROCETTI, op. cit., p. 56.

¹⁸⁸ MELLO, op. cit., p. 18.

utilizavam normas similares às do *common law*, no lugar dos princípios de direito romano e canônico¹⁸⁹.

A crescente influência da *equity* praticada pelos Chanceleres em contraposição à *common law* quase foi responsável pela união do direito inglês à família do direito romano-germânico, no século XVI¹⁹⁰. Diz-se isso porque, apesar de não contrariar expressamente as soluções do *common law*, dotado de um processo oral e público, “a *equity* era [...] inspirada no direito canônico e romano e seu processo era escrito e secreto”.¹⁹¹

A resistência dos juristas, então aliados ao Parlamento, contra o fortalecimento da jurisdição paralela representada pela *equity*¹⁹² – que refletia, em última análise, a ampliação do poder real – culminou em um compromisso que garantiu a subsistência pacífica dos tribunais de *common law* e a jurisdição do Chanceler, que “subsistiria, mas *deveria se ater aos precedentes já estabelecidos*, comprometendo-se a não realizar novas intromissões na *common law*”¹⁹³.

Finalmente, a última fase histórica do direito inglês, chamada de período moderno, tem início com as reformas radicais realizadas no processo, ocorridas a partir de 1832, que possibilitaram aos juristas atentarem-se mais ao direito substantivo, até então deixado de lado¹⁹⁴. Neste período, modificou-se a organização judiciária, para se permitir a todas as jurisdições inglesas a aplicação das regras de *common law* e de *equity*, indistintamente.

Além disso, promoveu-se uma ordenação e clarificação do direito substantivo, mantendo-se, no essencial, a obra dos próprios tribunais, o que não significa a realização de uma codificação aos moldes franceses¹⁹⁵, que alçava a lei ao posto de principal fonte do direito. Adicionalmente, também, foi criada a Suprema Corte do Reino Unido, instalada no final de 2009, incumbida exclusivamente da função judiciária de Corte de Apelação, atividade anteriormente exercida pela Casa dos Lordes, juntamente com a função legislativa¹⁹⁶.

¹⁸⁹ MELLO, op. cit., p. 19.

¹⁹⁰ DRUMMOND; CROCKETI, op. cit., p. 56.

¹⁹¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 43.

¹⁹² MANCUSO, op. cit., p. 212.

¹⁹³ MELLO, op. cit., p. 19. Grifos do autor.

¹⁹⁴ DAVID, op. cit., p. 377.

¹⁹⁵ Ibid., p. 378.

¹⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 354-355.

2.1.2 As fontes da *common law* inglesa

Apresentadas as características básicas do processo de formação do direito inglês, foi possível identificar que, de início, ele não possuía um conjunto de regras substanciais, ocasionando a valorização do processo e o desenvolvimento de duas jurisdições distintas, a praticada pelos Tribunais Reais (*common law*) e a dos Tribunais da Chancelaria (*equity*).

Por não ter a lei no centro de sua estrutura – a esta era reservado um papel meramente secundário, situação que vem sendo alterada¹⁹⁷ – o direito inglês desenvolveu-se de forma eminentemente precedentalista, razão pela qual as decisões dos Tribunais constituíam sua principal fonte normativa, sendo de rigor que o estudo de suas fontes se inicie pela própria jurisprudência.

Quando a Inglaterra foi tomada pelos normandos, em 1066, à falta de um direito substancial, os Tribunais Reais decidiam de acordo com os antigos costumes locais, construindo-se o próprio direito pelas decisões encontradas pelos juízes nos casos concretos. Foram as condições históricas, mais que a própria vontade dos operadores do direito, que elevaram a jurisprudência ao posto de principal fonte irradiadora das normas no *common law* inglês.

No *common law*, além de meramente aplicar, o precedente judicial tem a função de destacar as regras de direito¹⁹⁸. Por emergir do problema concreto, somente pode ser compreendida à luz de seus fatos relevantes: “A regra de direito inglês constitui [...] *um princípio extraído de uma decisão judicial concreta, por indução, e passível de aplicação a situações idênticas*”¹⁹⁹.

Admite-se como consequência lógica do sistema de direito jurisprudencial que as regras estabelecidas pelos juízes sejam obrigatoriamente respeitadas²⁰⁰. Daí reconhecer-se existir fundamento de validade dos institutos jurídicos da *common law* inglesa no próprio precedente, responsável por conferir integridade e coerência ao sistema e a garantir a segurança jurídica dos jurisdicionados²⁰¹.

¹⁹⁷ DAVID, op. cit., p. 415.

¹⁹⁸ Ibid., p. 428.

¹⁹⁹ MELLO, op. cit., p. 20-21. Grifos do autor.

²⁰⁰ OLIVEIRA; BRITO, op. cit., p. 179.

²⁰¹ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 37.

O curioso é que, apesar de haver uma *tradição* de vinculação ao precedente judicial, é apenas na segunda metade do século XIX que a *House of Lords*, através de sua antiga divisão jurisprudencial, proferiu decisões estipulando a *obrigatoriedade* de vinculação de forma rigorosa²⁰².

Com efeito, a regra do precedente, que impunha aos juízes o respeito às regras criadas pelos antecessores, que já havia sido declarada pela *House of Lords* no caso *Beamish v. Beamish* [1861], mas ela se estabeleceu de forma veemente quando o mesmo Tribunal decidiu o caso *London Tramways Company v. London County Council* [1898]²⁰³:

A partir desse julgado, entendeu-se que as decisões da *House of Lords* (Câmara dos Lordes) vinculam, além de todos os outros tribunais (vinculação externa), também a si próprio (vinculação interna). É um reconhecimento cabal quanto à obrigatoriedade dos precedentes. [...]. A política do precedente objetiva dois fins. Primeiro, a adoção do precedente busca solucionar o conflito objeto do caso concreto, visando a determinar qual dos litigantes tem razão na disputa [...]. Segundo, busca-se extrair uma regra ou um princípio, decorrente da resolução do conflito, que seja aplicável, no futuro, em casos semelhantes, desenvolvendo-se uma política legal, numa perspectiva *forward looking*²⁰⁴.

É neste período histórico que se desenvolve a teoria do *stare decisis et quiescit non movere* (aderir aos precedentes e não perturbar as coisas já estabelecidas), ou simplesmente *stare decisis*, dedicada a compreender o modo de utilização do precedente para “decidir casos com base nas decisões tomadas em casos similares no passado por meio de mecanismos que identificam a experiência comum ou questões semelhantes entre os casos”²⁰⁵.

Em razão da enorme importância atribuída aos precedentes no *common law*, chega-se a enxergar neles um “corpo de leis separado”, tendo valor prático e facilitador na tomada das decisões:

Os precedentes são importantes, acima de tudo, porque a doutrina básica do Direito é *stare decisis* (‘mantenha-se a decisão’, jurisprudência), de acordo com a qual um tribunal está preso a seus próprios precedentes e àqueles dos tribunais superiores a ele na hierarquia judiciária. Espera-se que os juízes, em geral, sigam as interpretações das constituições e das leis que já foram estabelecidas em outros casos. À parte a doutrina legal, os precedentes têm um valor prático. O seguimento do precedente permite que

²⁰² NOGUEIRA, G. S., op. cit., p. 130.

²⁰³ TUCCI, *Precedente judicial...*, op. cit., p. 160-162.

²⁰⁴ ROSITO, op. cit., p. 83-84.

²⁰⁵ BARBOZA, op. cit., p. 198.

um juiz se baseie na prática anterior em vez de seguir direções novas e talvez perigosas em interpretação jurídica. De um modo mais geral, isto facilita a tarefa da tomada de decisões²⁰⁶.

É importante considerar que nem tudo o que constou no precedente deve ser obrigatoriamente seguido, “mas somente a norma da Lei que foi necessária para a decisão naquele caso, o que é chamado de *ratio decidendi*. Outras coisas estabelecidas, chamadas *obter dicta* ou simplesmente *dicta*, não tem força legal”²⁰⁷.

A adequada compreensão da força obrigatória do precedente da *common law* é de suma importância. Os juristas acostumados a operar no sistema do *civil law* tendem a interpretar incorretamente a eficácia do precedente naquele sistema, a ponto de se ter a falsa ideia de reduzir a função do juiz à de mero aplicador mecânico de julgados anteriores²⁰⁸. O que se tem, a bem da verdade, é a busca do juiz do caso sucessivo pela *ratio decidendi* do caso pretérito para, após sua comparação com o novo caso, decidir pela aplicação, afastamento (*distinguishing*) ou superação (*overruling*) do precedente²⁰⁹.

Na Inglaterra, pode-se dividir em três as formas de vinculação dos juízes aos precedentes, conforme sustenta René David:

1.º - As decisões tomadas pelas Câmara dos Lordes constituem precedentes obrigatórios, cuja doutrina deve ser seguida por todas as jurisdições salvo excepcionalmente por ela própria; 2.º - As decisões tomadas pelo *Court of Appeal* constituem precedentes obrigatórios para todas as jurisdições inferiores hierarquicamente a este tribunal e, salvo em matéria criminal, para o próprio *Court of Appeal*; 3.º - As decisões tomadas pelo *High Court of Justice* impõem às jurisdições inferiores e, sem serem rigorosamente obrigatórias, têm um grande valor de persuasão e são geralmente seguidas pelas diferentes divisões do próprio *High Court of Justice* e pelo *Crown Court*. [...] As decisões emanadas de outros tribunais ou organismos ‘quase-judiciários’ podem ter um valor de persuasão; não constituem nunca precedentes obrigatórios”²¹⁰.

É esta, portanto, a função precípua do precedente judicial no *common law*: transformar-se em norma jurídica que deve ser acatada obrigatoriamente, pelas cortes inferiores e pelo próprio órgão julgador, em demandas semelhantes, exceto quando o precedente for revogado ou não se aplicar ao caso subsequente.

²⁰⁶ BAUM, Lawrence. *A suprema corte americana*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 191-192.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 192.

²⁰⁸ ROSITO, op. cit., p. 89.

²⁰⁹ TOSTES, op. cit., p. 202.

²¹⁰ DAVID, op. cit., p. 428-429.

Os precedentes judiciais, no entanto, não são a única fonte da *common law*, que conta, também, com a razão, o costume, a doutrina e a lei como fontes do direito, muito embora estas não gozem do mesmo valor e prestígio daqueles.

Tendo a característica de um sistema aberto, onde as regras não são precisamente estabelecidas, pois sua criação ocorre paulatinamente pelas decisões judiciais, a *razão* é considerada “a fonte inesgotável, à qual os tribunais sempre recorrerão, tanto para preencher as lacunas do sistema de direito inglês, como para guiar a própria evolução deste sistema”²¹¹.

Ao contrário dos sistemas onde o centro normativo é a lei e o seu conteúdo é interpretado pela razão, no *common law*, a própria razão embasa o ordenamento construído de modo coerente, “apesar do casuísmo de suas regras, preenchendo-se lacunas, efetuando-se distinções entre precedentes e casos posteriores, ou revogando-se entendimentos antigos e, assim, formulando-se novos conceitos”²¹².

O *costume* também está no elenco das fontes do direito inglês, embora se atribua a ele um papel bastante restrito, pois, para ser obrigatório, ele deve ser imemorial, ou seja, já existente em 1189²¹³, conforme se estipulou no Estatuto de Westminster I, de 1275²¹⁴.

O papel da *doutrina* como fonte do direito, muito embora venha adquirindo maior importância na atualidade, sempre teve modesto papel no *common law*²¹⁵, dada sua característica de direito eminentemente prático, exercido por juristas que não eram formados em universidades²¹⁶.

A *lei*, por sua vez, constitui uma fonte secundária, cuja função seria apenas a de corrigir e agregar ao corpo do direito inglês. Sendo oriundas da soberania parlamentar, serão respeitadas e aplicadas pelos juízes, mas não é recomendável procurar nelas os princípios gerais de direito²¹⁷, pois elas somente veicularão soluções que esclareçam ou corrijam os princípios enunciados pelas decisões judiciais²¹⁸.

²¹¹ DAVID, op. cit., p. 439.

²¹² MELLO, op. cit., p. 24.

²¹³ DAVID, op. cit., p. 437.

²¹⁴ MELLO, op. cit., p. 24.

²¹⁵ BARBOZA, op. cit., p. 54.

²¹⁶ STRECK; ABOUD, op. cit., p. 19.

²¹⁷ Ibid., p. 27.

²¹⁸ BARBOZA, op. cit., p. 54.

A função secundária da lei na operacionalização do *common law* fica tanto mais evidente quando se nota sua assimilação pelos juristas somente depois de existir sua interpretação pelos tribunais em algum caso concreto²¹⁹:

O essencial é que a lei, na concepção tradicional inglesa, não é considerada como um modo de expressão normal do direito. Ela é sempre uma peça estranha no sistema do direito inglês. Os juízes aplicá-las-ão certamente, mas a regra que contém a lei só será definitivamente admitida e plenamente incorporada no direito inglês quando tiver sido aplicada e interpretada pelos tribunais e na forma e na medida em que serão feitas esta aplicação e esta interpretação.

Na Inglaterra citar-se-ão logo que possível, noutros termos, em vez do texto de uma lei, as decisões que terão feito aplicação desta lei. Só em presença destas decisões o jurista inglês saberá verdadeiramente o significado da lei, porque só então encontrará a regra de direito sob o aspecto que lhe é familiar, o da regra jurisprudencial²²⁰.

Deste modo, justamente em razão da cultura de respeito primordial aos precedentes, conforme a doutrina do *stare decisis*, ainda que numerosas sejam as leis escritas nos países do *common law*, seu papel como fonte de direito é reduzido, quando comparado às decisões judiciais.

2.1.3 A *civil law*: segurança jurídica na lei

Rompendo os muros do Império Romano para conquistar a América Latina, partes da África, Oriente Médio, Japão e Indonésia, a família romano-germânica, também denominada de *civil law*, tem sua expansão explicada pelos movimentos colonizadores e pela técnica da codificação legislativa²²¹.

É possível referir-se a ela como “um conjunto sistemático de regras lógicas, fechadas e rígidas. Parte-se do pressuposto de que toda a espécie de questões pode e deve, pelo menos em teoria, ser resolvida pela ‘interpretação’ de uma norma jurídica existente”²²².

Nesta tradição, a manifestação do direito é protagonizada pela lei, remanescendo papel acessório e mediato à decisão judicial, ocasionando a utilização da subsunção do fato à norma para a resolução das questões jurídicas. A

²¹⁹ OLIVEIRA; BRITO, op. cit., p. 182.

²²⁰ DAVID, op. cit., p. 434.

²²¹ Ibid., p. 33-34.

²²² ROSITO, op. cit., p. 86.

civil law vale-se do método de subsunção do fato à norma legislada, da qual é extraído o significado através da atividade hermenêutica²²³.

A centralidade da lei nos modelos romano-germânicos pode ser bem compreendida através da análise de seu processo de formação, fortemente ligado ao Direito Romano, assim entendido aquele “conjunto de regras jurídicas que vigoraram no império romano durante cerca de 12 séculos, ou seja, desde a fundação da cidade, em 753 a.C., até a morte do imperador Justiniano, em 565 depois de Cristo (para outros 753 a 1453)”²²⁴.

A influência do Direito Romano, todavia, não foi exclusiva, pois a formação da *civil law* houve sofreu a interferência do direito canônico e comercial, bem como das revoluções oitocentistas da Europa²²⁵. Por volta de 530 depois de Cristo, pelas mãos do Imperador Justiniano, foi promovida uma compilação das obras dos juristas clássicos, incluindo-se o *Digesto*, a *Pandectas*, o *Codex* e as *Institutas*²²⁶. Tais materiais, acrescidos de um compilado póstumo da legislação construída pelo próprio Justiniano, deu origem ao “conjunto de livros que receberá o nome de *Corpus Iuris Civilis* e que constituirá a memória medieval e moderna do direito romano”²²⁷.

Devido a um conjunto de acontecimentos, dentre os quais podem ser citados o renascimento do Ocidente europeu, o declínio do Império Romano desde o século V, as invasões bárbaras e todo o período de guerras, violência e fragmentação territorial pelo qual passou a Europa²²⁸, já no século XII, a comunidade jurídica teve elementos suficientes para considerar que a ordem e a segurança somente seriam alcançadas através do império da lei.

Apontado como o direito capaz de exprimir a justiça, o *Corpus Iuris Civilis* passou a ser objeto de investigação pelos glosadores e comentadores nas universidades europeias, juntamente com o direito costumeiro bárbaro, o canônico, dentre outros²²⁹. Referidos estudos tinham o objetivo de ordenar e criar segurança

²²³ MELLO, op. cit., p. 12.

²²⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 7.

²²⁵ BARBOZA, op. cit., p. 67.

²²⁶ NOGUEIRA, G. S., op. cit., p. 42.

²²⁷ MELLO, op. cit., p. 42.

²²⁸ MELLO, loc. cit.

²²⁹ BARBOZA, op. cit., p. 68.

jurídica, chegando a textos confortavelmente coerentes, pois tal conjunto de livros jamais chegou a ser um verdadeiro código²³⁰.

Ao contrário do que se verificou no desenvolvimento da *common law*, a *civil law* firmou-se nos séculos XII e XIII sem o intermédio de um poder político forte e centralizado. Pelo contrário: não observou as fronteiras então existentes para se tornar um direito comum a toda a Europa, baseado em uma comunidade de cultura²³¹.

O direito romano inicialmente estudado nas universidades evoluiu paulatinamente. Os glosadores, que eram juristas acadêmicos, buscaram o sentido original dos textos romanos. Já os pós-glosadores, ou comentadores²³², tinham uma atividade prática, muitas vezes atuando como consultores de magistrados e particulares, razão pela qual trabalharam na adaptação daquele direito à sociedade da época, tornando-o profundamente modificado já nos séculos XIV e XV²³³.

Nesse sentido, o estudo de tal direito nas universidades ocorreu por se considerar existentes, naquela época, as seguintes vantagens: a segurança e a certeza do direito escrito; ser ele comum a toda a Europa continental; ser mais completo que os direitos locais então existentes; ser mais evoluído, pois elaborado na desenvolvida sociedade romana²³⁴.

Nos séculos XVII e XVIII a escola do direito natural triunfa nas universidades e afasta de vez o direito estudado nas universidades daquele sistematizado por Justiniano, tornando-o sistemático, racional, imutável e vocacionado à aplicação universal²³⁵.

Com as Revoluções Americana e Francesa e a independência das diversas colônias americanas, há uma repulsa aos desmandos monárquicos e inicia-se um novo período histórico, onde o direito passou a se identificar com a lei²³⁶, que passa a se codificar e disciplinar toda a vida em sociedade.

Reconhecidos os direitos naturais, como a propriedade, a liberdade e a vida, “a função do governo passa a ser a de reconhecer e proteger estes direitos e

²³⁰ WAMBIER, Precedentes e evolução do direito, op. cit., p. 24.

²³¹ DAVID, op. cit., p. 40-41.

²³² DRUMMOND; CROCETTI, op. cit., p. 48.

²³³ MELLO, op. cit., p. 44.

²³⁴ BARBOZA, op. cit., p. 69.

²³⁵ DAVID, op. cit., p. 46.

²³⁶ MELLO, op. cit., p. 45.

assegurar a equidade entre as pessoas”²³⁷. Em decorrência da mesma ideologia, com vistas a limitar o Poder Judiciário, anteriormente aristocrático e historicamente aliado ao Rei, tem lugar a teoria da separação dos poderes de Montesquieu, onde se “desejou o juiz como um ser ‘inanimado’, cuja função deveria ser a de apenas descrever as palavras da lei”²³⁸.

Toda a evolução histórica relatada deu origem a um direito eminentemente codificado – tendo o Código de Napoleão como seu máximo expoente -, onde a lei ocupava o papel normativo central, espelhando a vontade geral dos cidadãos com clareza e completude²³⁹ e com vistas a aniquilar a liberdade de interpretação dos textos legais:

Tratava-se, também, de uma reação ao *Ancien Régime*, pois a codificação visava prevenir o arbítrio estatal contra possíveis inovações judiciais. O juiz, portanto, deveria ser neutro aos interesses em jogo e aos valores plasmados no Código, sendo considerado simplesmente como sendo *la bouche de la loi* (a boca da lei). A sentença deveria subsumir-se, direta e automaticamente, à lei para que, desta forma, ficasse mais fácil controlar a atividade jurisdicional²⁴⁰.

De acordo com o pensamento jurídico dominante na época, a regulamentação da vida em sociedade deveria ser realizada pelo Código. Ele teria resposta para todos os problemas apresentados ao juiz²⁴¹. Como destaca Dalmo de Abreu Dallari, naquela quadra histórica, o direito civil teve grande desenvolvimento teórico por se acreditar, como pregava Montesquieu, que “o governo da lei é melhor que o governo dos homens”²⁴².

Nesse sentido, para impedir a existência de decisões baseadas nos interesses do clero ou da nobreza, acreditava-se que “a aplicação da lei nada mais deveria ser do que a subsunção lógica dos fatos à literalidade do dispositivo legal aplicável”²⁴³.

Como provas históricas da tentativa de se estabelecer a vida em sociedade de modo prévio e através dos códigos, impedindo-se a interpretação judicial das

²³⁷ BARBOZA, op. cit., p. 69-70.

²³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 26.

²³⁹ MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 45.

²⁴⁰ CAMBI, *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo...*, op. cit., p. 84.

²⁴¹ BARBOZA, op.cit., p. 72.

²⁴² DALLARI, Dalmo de Abreu. *A constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 102.

²⁴³ WAMBIER, *Precedentes e evolução do direito*, op. cit., p. 26.

leis²⁴⁴, pode-se citar o Código de Napoleão, com 2.281 artigos, e o Código Prussiano, com mais de dezessete mil, pretendendo constituir verdadeiro catálogo de soluções jurídicas universais, acompanhado, até mesmo de uma comissão especial a quem deveria recorrer o juiz, caso possuísse dúvida quanto à interpretação, sob pena de se submeter à “grande ira” do rei da Prússia, Frederico, o Grande²⁴⁵.

Dada a centralidade ocupada pela lei na *civil law*, é por ela que se deve iniciar o estudo de suas fontes.

2.1.4 As fontes da *civil law*

Como resultado de seu próprio processo de formação, vinculado ao direito romano canônico e ao direito alemão medieval, o Poder Legislativo tem papel destacado na *civil law*, conferindo-se primazia à lei, relativamente às demais fontes do direito.

O descrédito para com as decisões judiciais do período anterior à Revolução Francesa, quando “os juízes, com frequência, decidiam com base na vontade dos governantes”²⁴⁶, culminou na busca por uma certeza jurídica que ocasionou a identificação do direito com a lei.

Naquela quadra histórica, a *civil law* pretendia alcançar a segurança jurídica e a igualdade de tratamento entre os indivíduos através da aplicação firme e indistinta da lei, tal como lançada pelo Poder Legislativo²⁴⁷:

A desconfiança nutrida em face dos juízes do período pré-revolucionário fez com que os franceses tentassem a todo custo impedir a atividade interpretativa dos juízes, temendo que eles exercessem poder criativo e, assim, desvirtuassem os ideais revolucionários, pois de nada adiantaria o Parlamento elaborar novas leis, se os juízes lhes dessem os contornos que quisessem²⁴⁸.

²⁴⁴ CAMBI, *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo...*, op. cit., p. 80.

²⁴⁵ ATAÍDE JR., *Precedentes vinculantes...*, op. cit., p. 34.

²⁴⁶ FILIPPO, Thiago Baldani Gomes De. *Neoconstitucionalismo e súmulas vinculantes*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 100.

²⁴⁷ BARBOSA, Adriano. Das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados à necessidade de precedentes obrigatórios – uma breve reflexão à luz do projeto do novo CPC. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. 2. ed. Salvador, JusPodivm, 2012, p. 253.

²⁴⁸ ATAÍDE JR., *Precedentes vinculantes...*, op. cit., p. 33-34.

Sendo a principal fonte da *civil law*, a lei possui a vantagem de simplificar o conhecimento do direito, bem como de torná-lo menos fragmentário e mais sistemático. Seu significado final, todavia, muito dependerá da maneira pela qual ocorrerá sua aplicação aos casos concretos, face aos seus atributos da generalidade e abstração²⁴⁹, aos quais também podem ser somados outros predicados, como os da obrigatoriedade e da impessoalidade²⁵⁰.

A *civil law*, possuindo forte ligação com as universidades em seu processo de formação, por muito tempo teve a doutrina como sua fonte fundamental. Apesar da primazia e o triunfo da codificação em determinado momento histórico, ela continua possuindo importância expressiva para o direito nos países de tradição romana, seja para fins de elaboração de vocabulário e orientação do legislador ou mesmo para a estipulação de métodos interpretativos da legislação e sua aplicação nos casos práticos submetidos ao Poder Judiciário²⁵¹.

Os princípios gerais também são fontes importantes de direito, especialmente aqueles que possuem assento constitucional, responsáveis pela inclusão da equidade no sistema jurídico, destinando-se à solução dos conflitos normativos, bem como a sua interpretação e expansão²⁵². Na atualidade, são dotados de força normativa imediata e reconhecidos como pilares axiológicos do sistema, ao expressarem os valores e fins da sociedade na qual estão inseridos²⁵³.

Mesmo com o esforço positivista em aniquilar a importância dos costumes, à exceção daqueles contrários à lei (*contra legem*), eles continuam reconhecidos como fontes complementares de direito²⁵⁴. Compreende-se que, quando atuam conforme a lei (*secundum legem*), possuem a finalidade de preencher os conteúdos jurídicos vagos ou indeterminados, cujo teor pode variar de acordo com a época ou a sociedade em que forem observados.

O papel e a importância das decisões judiciais pretéritas como fonte do direito teve grande variação no decorrer do desenvolvimento do *civil law*, podendo-

²⁴⁹ MELLO, op. cit., p. 47.

²⁵⁰ MANCUSO, op. cit., p. 67

²⁵¹ DAVID, op. cit., p. 164-165.

²⁵² MELLO, op. cit., p. 47.

²⁵³ CAMBI, *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo...*, op. cit., p. 87.

²⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 59.

se dizer que, na atualidade, sua atuação tem acréscimo paulatino, muito embora, tradicionalmente, ainda não se costume atribuir força obrigatória a elas²⁵⁵.

Na origem da *civil law*, como a lei estava no centro normativo e o juiz era desprovido de capacidade interpretativa, não havia razão para a observância das decisões anteriormente proferidas. Como os precedentes judiciais não eram fonte de direito, nenhuma Corte estava vinculada a decisão anterior dela própria ou de nenhum outro Tribunal, mesmo que houvesse demonstração do entendimento anterior acerca da mesma questão jurídica²⁵⁶.

A valorização do precedente judicial decorreu do declínio do positivismo jurídico, da descodificação e da técnica legislativa das cláusulas gerais e conceitos indeterminados, os quais, em razão do desenvolvimento social e econômico, foram incorporados à legislação para possibilitar ao julgador uma maior margem interpretativa e concretizadora das normas jurídicas por intermédio de suas decisões²⁵⁷.

Paulatinamente, verificou-se a retomada e o desenvolvimento de teorias hermenêuticas que colocaram em relevo o papel das decisões judiciais: defenderam uma análise dos litígios focada no problema, buscando sua composição a partir dos diversos argumentos e pontos de vista (tópicos) suscitados pelas partes e de seu teor persuasivo. Observaram que o direito só se define à luz do caso concreto, por um processo circular que parte da pré-compreensão do texto, passa pelas peculiaridades da demanda, e retorna à norma, precisando seu conteúdo; pregaram que as pessoas não são governadas apenas por regras explícitas, mas também por princípios que decorrem dessas regras; e demonstraram, finalmente, que a atividade jurisdicional pressupõe que os magistrados formulem juízos de valor, a partir dos fatos e dos argumentos apresentados pelas partes, legitimando-se a função criativa²⁵⁸.

À época, passou-se a compreender que o conteúdo da norma jurídica não mais se confundia com o texto da lei. Se, antes, a norma identificava-se com a lei e era reduzida à vontade do legislador, agora ela era fruto da interpretação realizada pelo intérprete²⁵⁹, ao qual se abre um enorme campo de manobra quando o ordenamento jurídico é composto por princípios, conceitos indeterminados e cláusulas gerais²⁶⁰.

²⁵⁵ MELLO, op. cit., p. 48.

²⁵⁶ BARBOZA, op.cit., p. 74.

²⁵⁷ ROSITO, op. cit., p. 214.

²⁵⁸ MELLO, op. cit., p. 49-50.

²⁵⁹ CAMBI, *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo...*, op. cit., p. 85.

²⁶⁰ ROSITO, op. cit., p. 215.

Da mesma forma que é possível aos juízes a criação de inúmeras normas jurídicas para as situações bastante semelhantes, com fundamento nos princípios, cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, a função destes instrumentos legislativos é outra, qual seja, a de possibilitar a extração da regra jurídica adequada ao caso concreto²⁶¹.

É neste pano de fundo que a função dos precedentes ganha relevo na *civil law*, com o fito de superar a indeterminação das normas, estabelecer critérios ou princípios norteadores das decisões futuras. Eles constituem instrumentos uniformizadores das interpretações possíveis da norma jurídica e fornecem ao cidadão as condições mínimas para conhecer o direito e agir de acordo com ele²⁶², o que, em última análise, significa um mínimo de previsibilidade, estabilidade e coerência, ou seja, segurança jurídica²⁶³.

2.2 Noção de precedente, decisão, súmula e jurisprudência

A análise da origem e formação de cada uma das grandes famílias do direito ocidental permitiu identificar que, embora a *civil law* e a *common law* atribuam valores e funções diferentes a cada uma de suas fontes do direito, ambas buscam proporcionar, ao seu modo, a segurança jurídica ao indivíduo²⁶⁴.

Do mesmo modo que a importância do precedente tem crescido nos países de *civil law*, o direito legislado ganha cada vez mais espaço em países de *common law*, como é o caso da Inglaterra, que adotou um código processual em 1999 (RCP – *Rules of Civil Procedure*), confirmando a tese de recíproca aproximação entre os sistemas²⁶⁵.

A eliminação de algumas das principais diferenças no modo de conceber seu arcabouço jurídico, certamente, decorre da evolução teórica em cada uma das referidas famílias. Já não é mais possível o reconhecimento de “incompatibilidades paradigmáticas entre os dois grandes ramos do direito ocidental. Afastada essa

²⁶¹ MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 118.

²⁶² CAMBI; BRITO, op. cit., p. 143-160.

²⁶³ ROSITO, op. cit., p. 215-217.

²⁶⁴ LUCCA, op. cit., p. 252.

²⁶⁵ MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 79-80.

incompatibilidade, cresce a olhos vistos o movimento de harmonização entre o *common law* e a tradição romano-germânica²⁶⁶.

Sob a ótica do direito brasileiro, o respeito ao precedente judicial é a maior contribuição proporcionada pelo intercâmbio com o *common law*. À vista disso, é prudente o estudo profundo de seus institutos, já consolidados sob aquela tradição, para se extrair deles tudo aquilo que possa contribuir para a atividade jurisdicional brasileira²⁶⁷.

É por isso que, antes de se iniciar o exame dos institutos fundamentais de uma teoria dos precedentes judiciais, devido à utilização inadequada de conceitos até pouco tempo desconhecidos no direito brasileiro, é importante a realização de uma prévia demarcação teórica, destinada a evitar possíveis equívocos quando de seu manuseio.

Realmente, é bastante comum a utilização da expressão precedente judicial, como sinônimo de decisão, jurisprudência ou súmula²⁶⁸. A falta de compreensão dos referidos conceitos, aliás, é responsável pela existência de muitas das infundadas críticas à obrigatoriedade de respeito ao precedente judicial.

Esta constatação torna ainda mais importante a delimitação do conteúdo correspondente a cada uma destas categorias, para atender a dois objetivos principais a serem observados no decorrer do presente capítulo: *i)* permitir a correta aplicação das técnicas de distinção e revogação do precedente; *ii)* impedir o engessamento do direito, possibilitando o atendimento das necessidades específicas do caso concreto e adaptando o direito às constantes transformações sociais²⁶⁹.

Feitas estas advertências, é possível afirmar que somente se poderá chamar de precedente judicial, a decisão capaz de se servir como paradigma para a orientação dos demais julgadores e dos cidadãos em geral, devido a sua autoridade e consistência²⁷⁰.

Por transcender do caso concreto e servir à orientação das decisões sucessivas, deverá versar sobre uma questão de direito material ou processual e

²⁶⁶ ZANETI JR., Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 247.

²⁶⁷ LIMA, *Precedentes judiciais civis no Brasil*, op. cit., p. 114.

²⁶⁸ ROSITO, op. cit., p. 91.

²⁶⁹ MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 156.

²⁷⁰ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 1.

enfrentar os argumentos favoráveis e contrários à tese jurídica afirmada, inclusive aqueles apresentados por terceiros interessados que participarem do processo.

Acerca da possibilidade de um precedente veicular tratar de direito material e processual, confira-se o enunciado 327 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “Os precedentes vinculantes podem ter por objeto questão de direito material ou processual”.

Os enunciados 305 e 585 do FPPC abordam a necessidade de o precedente tratar dos argumentos favoráveis e contrários à tese discutida, sob pena de nulidade, especificamente no julgamento dos casos repetitivos, instituída pelo NCPC:

Enunciado 305: No julgamento de casos repetitivos, o tribunal deverá enfrentar todos os argumentos contrários e favoráveis à tese jurídica discutida, inclusive os suscitados pelos interessados.

Enunciado 585: Não se considera fundamentada a decisão que, ao fixar tese em recurso especial ou extraordinário repetitivo, não abranger a análise de todos os fundamentos, favoráveis ou contrários, à tese jurídica discutida.

Por outro lado, não é correto dizer que toda decisão judicial constituirá um precedente²⁷¹, como destaca o enunciado 315 do FPPC: “Nem todas as decisões formam precedentes vinculantes”. Estar-se-á diante de uma mera decisão, não de um precedente, quando o provimento jurisdicional analisado não reunir determinadas características, tais como *i)* não possuir relevância transcendente ao caso concreto, *ii)* não tratar sobre questão de direito, ou *iii)* limitar-se a fazer referência à norma legal ou a invocar um precedente²⁷².

A esse respeito, demonstrando que a principal diferença existente entre uma decisão e um precedente é a potencialidade deste último servir como paradigma para decisões futuras, são bastante elucidativas as lições de Luiz Guilherme Marinoni:

Seria possível pensar que toda decisão judicial é um precedente. Contudo, ambos não confundem, só havendo sentido falar em precedente quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados.

De modo que, se todo precedente ressaír de uma decisão, nem toda decisão constitui precedente. Note-se que o precedente constitui decisão

²⁷¹ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 135.

²⁷² ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 330.

acerca de matéria de direito – ou, nos termos do *common law*, de um *point of law* -, e não matéria de fato. Quando são enfrentados pontos de direito, as decisões muitas vezes se limitam a anunciar o que está escrito na lei, não revelando propriamente uma solução judicial acerca da questão de direito, no sentido de solução que ao menos dê uma interpretação da norma legal²⁷³.

Há a concreta possibilidade de o precedente judicial ser identificado em uma única decisão²⁷⁴. Por esta razão, ele não se confunde com a jurisprudência, constituída por um conjunto de decisões concordantes, proferidas pelos órgãos judiciários de modo a dar interpretação constante e uniforme a uma mesma questão jurídica²⁷⁵.

A principal diferença entre o precedente e a jurisprudência é, realmente, quantitativa. Para uma decisão isolada se tornar jurisprudência, ela deverá se repetir por muitas vezes, sem importantes variações, a ponto de encontrar prestígio no meio jurídico²⁷⁶. É justamente esta a significação extraída dos termos latinos “jus” e “prudentia”, ou seja, o justo e a prudência, o trabalho interpretativo dos prudentes²⁷⁷.

De outro lado, o precedente judicial também não é sinônimo de súmula, pois esta se presta apenas para veicular o resumo ou extrato, editado, numerado e sintético das teses componentes da jurisprudência específica sobre determinada matéria, sobre a qual ocorreu notável discussão pretérita²⁷⁸.

A súmula tem a finalidade de esclarecer qual interpretação venceu o debate naquele tribunal²⁷⁹. Visa a retratar simples e diretamente um precedente, podendo-se dizer que ela está num nível acima do próprio precedente²⁸⁰.

Enquanto o precedente é estreitamente ligado ao caso que lhe deu origem, a súmula vale por seu enunciado genérico, como um texto normativo que vincula geral e abstratamente os casos futuros²⁸¹.

²⁷³ MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 156.

²⁷⁴ ZANETI JR., Hermes. Precedentes (*treat like cases alike*) e o novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, n. 235, ano 39, set/2014, p. 314.

²⁷⁵ BUZAID, Alfredo. Uniformização de jurisprudência. *Revista da AJURIS – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, n. 34, jul/1985, p. 190.

²⁷⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Heremênutica e aplicação do direito*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 184; TARUFFO, Michelle. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, n. 199, ano 36, set/2011, p. 142-143.

²⁷⁷ CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 54.

²⁷⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 429.

²⁷⁹ FOGAÇA, Mateus Vargas; FOGAÇA, Marcos Vargas. Sistema de precedentes judiciais obrigatórios e a flexibilidade do direito no novo Código de Processo Civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. n. 67, jul.-dez./2015, p. 514.

²⁸⁰ MITIDIERO, *Precedentes...*, op. cit., p. 109.

²⁸¹ STRECK; ABOUD, op. cit., p. 62-63.

Desfeitos eventuais equívocos conceituais derivados da falta de preocupação teórica na prática do direito brasileiro, é possível passar-se a compreender os elementos constitutivos do precedente judicial.

2.3 Composição do precedente

Um ordenamento jurídico que opera um sistema precedentalista precisa identificar qual elemento constitutivo do precedente judicial invocado terá o condão de vincular o seu futuro aplicador.

Desta forma, é de grande importância e de utilidade ímpar para a aplicação prática de todo o sistema a exata compreensão dos conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum*. A identificação de cada um destes componentes permite a identificação do procedimento de criação do precedente, facilitando sua interpretação e aplicação nos casos concretos posteriores:

É fundamental, outrossim, estabelecer adequadamente o processo de estabilização de uma tese jurídica, ou seja, compreender a maneira pela qual se forma no sistema um entendimento judicial sobre um dado tema, detectando-se em cada julgamento o que efetivamente foi enfrentado e decidido pelas cortes e aquilo que foi examinado apenas de forma superficial pelos integrantes do tribunal. A escorreta interpretação de um julgamento é medida indispensável num sistema que pretende emprestar força vinculante ou simplesmente persuasiva a decisões pretéritas²⁸².

Antes de tratar de ambos os conceitos, contudo, é de se afastar a ideia prevalente na tradição da *civil law*, segundo a qual a parte dispositiva da decisão transitada em julgado é que vinculará as decisões posteriores.

A operação de um sistema de precedentes não prega o menosprezo da parte dispositiva da decisão, mas determina seja identificada na fundamentação do julgado a norma jurídica dele decorrente, encontrando-se as razões pelas quais se decidiu daquela forma, justificando o dispositivo²⁸³. Portanto, enquanto a decisão e seu dispositivo importam às partes da demanda original, a *ratio decidendi* do precedente irradiará sua força obrigatória e vinculante para todos os demais cidadãos²⁸⁴.

²⁸² LIMA, *Precedentes judiciais civis no Brasil*, op. cit., p. 56.

²⁸³ OLIVEIRA; ANDERLE, op. cit., p. 310.

²⁸⁴ MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 161.

O sistema de precedentes obrigatórios reserva papel de destaque à *ratio decidendi*, único componente do precedente dotado de força vinculante, o que justifica a aplicação cuidadosa, não automática, dos precedentes judiciais nos casos concretos²⁸⁵, dada a necessidade de sua separação do *obiter dictum*.

Dada a capacidade de construir ou explicitar uma norma jurídica, a exemplo do que acontece no processo legislativo, há extrema preocupação com a legitimidade do precedente frente à sociedade.

Nesse sentido, a *ratio decidendi* somente encontrará amparo democrático quando trazer em seu seio o respeito ao contraditório (art. 10), sendo de todo louvável a opção do NCPC pela ampliação dos debates voltados ao fortalecimento das discussões e amadurecimento das teses jurídicas antes da formação do precedente, através das audiências públicas prévias (art. 927, § 2º; art. 983, § 1º; e art. 1.038, inciso II) e da participação dos *amicus curiae* (art. 138 e art. 927, § 2º).

Ciente da importância de o precedente respeitar as garantias processuais do cidadão, dando-lhe autoridade e respeito junto ao tribunal que o originou e aos demais órgãos julgadores, o Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) editou os enunciados nº 02 e 460, relativos ao seu modo de formação e aplicação:

Enunciado 2: Para a formação do precedente, somente podem ser usados argumentos submetidos ao contraditório.

Enunciado 460: O microssistema de aplicação e formação dos precedentes deverá respeitar as técnicas de ampliação do contraditório para amadurecimento da tese, como a realização de audiências públicas prévias e participação de *amicus curiae*.

Chamada de *holding* no direito americano e de *ratio decidendi* no direito inglês²⁸⁶, ela terá observância obrigatória no caso sucessivo, constituindo a norma jurídica necessária à formação da decisão do caso concreto originador do precedente:

A *ratio decidendi* é uma decisão dada por um juiz de modo expresso ou implícito que é suficiente para resolver uma questão de direito posta em causa pela argumentação das partes em um caso, sendo um ponto necessário à fundamentação da decisão no caso²⁸⁷.

²⁸⁵ RE, op. cit., p. 283.

²⁸⁶ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 559.

²⁸⁷ MACCORMICK, D. Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: a theory of Legal Reasoning*. New York: Oxford University Press, 2009, p. 153, tradução nossa. (A *ratio decidendi* is a ruling expressly or

Como a força vinculativa do precedente está limitada ao princípio ou regra indispensável à solução das questões de fato e de direito efetivamente suscitadas e decididas²⁸⁸, somente a proposição jurídica essencial e necessária ao julgamento do caso precedente é que será considerada *ratio decidendi*.

A depender da complexidade do tema sobre o qual versar o precedente, ele poderá conter várias *rationes decidendi*, não havendo qualquer justificativa para a imposição de limitação numérica ao julgador. Esse fenômeno poderá ser verificado quando uma decisão veicular em seu corpo mais de uma razão suficiente para a solução de uma questão existente no processo.

Tratando do tema, o enunciado 173 do FPPC confirma a assertiva: “cada fundamento determinante adotado na decisão capaz de resolver de forma suficiente a questão jurídica induz os efeitos de precedente vinculante, nos termos do Código de Processo Civil”.

Além disso, uma eventual cumulação de ações ou de pedidos num mesmo processo pode resultar numa decisão substancialmente complexa, composta por várias *rationes decidendi*, como reflexo dos capítulos da sentença²⁸⁹. De todo modo, não se trata de contraposição entre elas: “para que haja duas *rationes*, ambas devem ser capazes de propiciar idêntico resultado, isto é, decisão que beneficia o autor ou decisão que beneficia o réu”²⁹⁰, pois, do contrário, tratar-se-ia de decisão contraditória, dando ensejo à interposição de embargos de declaração (NCPC, art. 1.022, inciso I).

Em sentido oposto, está o precedente sem nenhuma *ratio decidendi*. Isso acontecerá basicamente em duas situações. Na primeira, a causa principal poderá ser a deficiência da fundamentação da decisão, cuja falta de clareza ou completude pode inviabilizar a extração da norma jurídica emergente do precedente, tornando-o imprestável para a solução de casos futuros. A outra hipótese é aquela onde o julgamento colegiado, embora tenha condições de acusar qual das partes sairá vencedora, não permita a identificação de um fundamento predominante, já que os

impliedly given by a judge which is sufficient to settle a point of *law* put in issue by the parties arguments in a case, being a point on which a ruling was necessary to his/her justification (or one of his/her alternative justifications) of the decision in the case).

²⁸⁸ RE, op. cit., p. 284.

²⁸⁹ MACÊDO, *Precedentes judiciais...*, op. cit., p. 330-334; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de Sentença*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, passim.

²⁹⁰ MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 173.

vários julgadores votantes adotaram razões diversas para chegar ao mesmo resultado. Em ambos os casos, a norma jurídica do precedente não será acessível ao cidadão comum, tornando o precedente incompreendido e dotado de baixa autoridade²⁹¹.

Além disso, também existem precedentes cuja *ratio decidendi* será a própria norma legal. O fenômeno poderá acontecer quando o precedente apenas reproduz a norma legal, não servindo como fonte do direito, por não adicionar qualquer dado ao sistema jurídico capaz de o credenciar à solução de outros casos. Em outros casos, o precedente tomará como base a norma legal, mas especificará a sua aplicação ao caso concreto, devendo ser tomado como base na solução de casos futuros, sendo chamado precedente interpretativo:

O precedente interpretativo, como comumente é conhecido o precedente especificador ou determinativo, garante maior clareza à aplicação da lei. Esses precedentes clarificam expressões da lei, estabelecem se determinado grupo de fatos podem ser categorizados de maneira a satisfazer a hipótese fática da norma e fixam parâmetros para estabelecer as consequências imputadas ao fato jurídico. Os precedentes institucionalizam significados atribuídos à lei. Com isso, a aplicação nos casos posteriores deve se reportar à aplicação que foi feita nesta espécie de precedente, que possui extrema importância para a uniformização das decisões e para a segurança jurídica²⁹².

Assim, um precedente cuja *ratio decidendi* seja a própria norma legal, será de extrema utilidade para a prática de um sistema de precedentes, por sua capacidade de delimitar expressões vagas ou ambíguas do texto legal, além de apresentar diretrizes à adequada compreensão de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, de que tanto tem se socorrido a técnica legislativa na atualidade.

Na prática, a construção da nova decisão judicial não ficará resumida a apenas invocar um precedente na fundamentação. O julgador deverá sopesar prudentemente a *ratio decidendi* do precedente, testando sua compatibilidade com o caso a ser julgado. Como resultado desse exercício, ele poderá seguir ou afastar a aplicação de um precedente invocado pelas partes, conforme a resposta seja

²⁹¹ MACÊDO, *Precedentes judiciais...*, op. cit., p. 335.

²⁹² *Ibid.*, p. 336.

afirmativa ou negativa à aplicação daquela *ratio decidendi*²⁹³, conforme análise a ser realizada nos próximos tópicos da presente pesquisa.

As considerações periféricas da decisão, por sua vez, constituirão o outro elemento do precedente, sendo clamadas de *obiter dicta*²⁹⁴. Eventualmente, poderão alcançar efeito persuasivo, a depender do prestígio do juiz, da exatidão de sua análise e de outras circunstâncias²⁹⁵, como esclarece o enunciado 318 do FPPC: “os fundamentos prescindíveis para o alcance do resultado fixado no dispositivo da decisão (*obiter dicta*), ainda que nela presentes, não possuem efeito de precedente vinculante”.

O conceito de *obiter dictum* é obtido por exclusão, consistindo em tudo aquilo que não integra a *ratio decidendi*²⁹⁶. Segundo Francisco Rosito:

A expressão *obiter dictum*, no singular, ou *dicta*, no plural, representa a parte da decisão que, na *Common Law*, tem força apenas persuasiva, proporcional ao prestígio da corte que o exprime. Não há força vinculante porque o *obiter dictum* não se refere ao objeto da demanda (pedido e causa de pedir). Por isso, no contexto da motivação, o *obiter dictum* não constitui elemento dotado de função justificativa autônoma. Logo, não corresponde ao conteúdo total dos debates, decorrentes das afirmações das partes sobre os fatos controvertidos e dos elementos constantes dos autos, o que ratifica o seu caráter não essencial.²⁹⁷

Assim, embora constem no corpo do precedente, determinados fundamentos não possuirão eficácia vinculante quando *i)* não tiverem sido invocadas pelas partes; *ii)* forem desnecessárias à tomada da decisão, *iii)* representarem mero reforço argumentativo, ou *iv)* forem incapazes de sustentar o resultado obtido naquele julgamento.

É por não constituírem parte essencial do precedente que as *dicta* não são dotadas de força vinculante. São meros argumentos marginais, não relacionados às alegações das partes²⁹⁸, desimportantes para a solução do caso e inservíveis para a construção da norma jurídica do precedente²⁹⁹.

²⁹³ ROSITO, op. cit., p. 168.

²⁹⁴ ABBOUD, Georges. Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 515.

²⁹⁵ DAVID, op. cit., p. 430.

²⁹⁶ GOODHART, Arthur L. *Determining the Ratio Decidendi of a Case*. The Cambridge Law Journal, v. 40, n.2., 1930, p. 180-181.

²⁹⁷ ROSITO, op. cit., p. 113.

²⁹⁸ DUXBURY, op. cit., p. 68.

²⁹⁹ CHIASSONI, Pierluigi. *La giurisprudenza civile: metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*. Milão: Giuffrè, 1999, p. 150.

Os enunciados 317 e 319 do FPPC apontam a tese sustentada pela minoria do tribunal prolator do precedente como hipótese de *obter dicta*:

Enunciado 317: O efeito vinculante do precedente decorre da adoção dos mesmos fundamentos determinantes pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado.

Enunciado 319: Os fundamentos não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador não possuem efeito de precedente vinculante.

Analisados os elementos constitutivos do precedente, deve-se mencionar que o seu procedimento de formação é dinâmico. A *ratio decidendi* começa a se formar no primeiro grau de jurisdição e ganha corpo paulatinamente, conforme o processo do qual ela será extraída percorre os graus de jurisdição aos quais for submetido³⁰⁰.

Em decorrência da dinâmica de sua formação, existe a possibilidade de a *ratio decidendi* encontrar nos julgamentos posteriores valiosos instrumentos para o seu esclarecimento. Poderá ocorrer, inclusive, de lhe ser dada nova significação, ampliativa ou redutiva seu significado³⁰¹.

A decisão judicial posteriormente utilizada como precedente é elaborada com o objetivo de decidir o caso concreto discutido naquele processo em específico. A *ratio decidendi*, estreitamente relacionada aos fatos do caso que a originou, será interpretada e extraída pelo juiz do caso sucessivo, que poderá determinar como o precedente incidirá em sua decisão³⁰².

O texto do precedente não se confunde com a regra ou princípio que poderão ser extraídos de sua *ratio decidendi*. Por esse motivo, sua aplicação a casos futuros sempre será precedida de sua interpretação pelo julgador³⁰³. Como mencionado, uma decisão é construída com vistas a resolver o caso a que se destina, não havendo razão para que em seu próprio corpo sejam delimitados ou destacados os elementos da *ratio decidendi* e *obter dicta*.

³⁰⁰ SANTOS, op. cit., p. 154-173.

³⁰¹ MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 179.

³⁰² ABOUD, Georges. Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 521.

³⁰³ BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil. Precedent in the United Kingdom. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Ed.) *Interpreting Precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997, p. 333.

A distinção entre “aquilo que é verdadeiramente a razão jurídica que os levou a estabelecer aquela decisão e o que se trata apenas de reforço argumentativo”³⁰⁴ será realizada pelo julgador sucessivo, que ficará incumbido de, mediante a colaboração das partes do processo, encontrar num precedente a regra ou princípio transcendente capaz de solucionar o novo caso:

Cumpra esclarecer que a *ratio decidendi* não é pontuada ou individuada pelo órgão que profere a decisão. Cabe aos juízes, em momento posterior, ao examinarem-na como precedente, extrair a ‘norma legal’ (abstraindo-a do caso) que poderá ou não incidir na situação concreta³⁰⁵.

Desse modo, o precedente não indica qual regra de direito contida em seu interior deverá ser considerada vinculante. Será em momento posterior que o juiz do caso sucessivo, auxiliado pelas partes do processo judicial, extrairá a *ratio decidendi* e promoverá a problematização necessária para determinar se ela será ou não aplicável, mediante a apuração da identidade fática, das diferenças determinantes e do sentido da norma jurídica nele encontrada³⁰⁶.

O trabalho de identificação daquilo que deve ser levado em conta no caso originador do precedente é de extrema importância para se apontar quais diferenças implicam em sua aplicação ou seu afastamento. Na análise de um precedente invocado pelas partes, o julgador precisará analisar se seus *pontos essenciais* coincidem ou não com aqueles existentes no caso em julgamento³⁰⁷.

A preocupação reside, portanto, em saber quais pontos essenciais são capazes de tornar dois casos semelhantes ou equiparáveis. Trata-se do exame da adequação fático-jurídica do precedente ao caso em julgamento, o qual deverá ser satisfatoriamente semelhante a ele³⁰⁸.

O exercício a ser realizado possui três etapas: *i)* exame do caso concreto, identificando-se os fatos relevantes, como o pedido e a causa de pedir; *ii)* análise dos precedentes invocados para se encontrar apenas o(s) pertinente(s), identificando os fatos relevantes do precedente e extraíndo o significado e alcance de sua *ratio decidendi*, que deverá ser coincidente ou possuir essencial semelhança

³⁰⁴ LIMA, *Precedentes judiciais civis no Brasil*, op. cit., p. 172.

³⁰⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 123.

³⁰⁶ OLIVEIRA; ANDERLE, op. cit., p. 314.

³⁰⁷ Ibid., p. 315.

³⁰⁸ ROSITO, op. cit., p. 273.

ou relevância; *iii*) promoção do encaixe entre o precedente e o caso presente, encontrando seu ajuste final³⁰⁹.

O juízo analógico entre o caso em julgamento e o precedente permite concluir se é oportuna a sua aplicação³¹⁰. A adequada identificação das semelhanças e diferenças é tarefa difícil, pois os casos nunca são exatamente iguais ou completamente diferentes. Assim, será suficiente que existam pontos essenciais substancialmente análogos, sem diferenças relevantes³¹¹.

A argumentação das partes, nesse sentido, será a de apontar ao julgador se as semelhanças e/ou diferenças encontradas entre o caso concreto e o precedente invocado são ou não relevantes³¹².

A tarefa do órgão julgador, por sua vez, será a de apresentar os motivos pelos quais entendeu o caso presente suficientemente igual ou desigual ao precedente invocado. Encontrando identidade substancial capaz de permitir a aplicação do precedente, o julgamento será realizado por analogia, dando ao caso concreto a mesma solução apresentada no caso paradigma³¹³.

A apresentação das diferenças conceituais entre a *ratio decidendi* e o *obiter dictum* é tarefa mais fácil que a de identificar um e outro num precedente específico³¹⁴. A dificuldade poderá ser ainda maior quando se estiver diante de um precedente com várias ou nenhuma *ratio*, ou quando a *ratio* for a própria norma legal.

2.4 A eficácia dos precedentes judiciais

A etapa voltada à compreensão de quais são os elementos constitutivos do precedente e o modo pelo qual podem ser extraídas as regras e princípios determinantes à tomada das decisões com potencial para constituírem um precedente judicial foi ultrapassada. Agora, dá-se um passo à frente na presente investigação, no intuito de se compreender *i*) qual força ou peso deve ser creditado a um precedente invocado quando existir a necessidade de construção da decisão de

³⁰⁹ ROSITO, op. cit., p. 273.

³¹⁰ DUXBURY, op. cit., p. 2.

³¹¹ ROSITO, op. cit., p. 274.

³¹² Ibid., p. 275.

³¹³ OLIVEIRA; ANDERLE, op. cit., p. 315.

³¹⁴ DUXBURY, op. cit., p. 26.

um caso sucessivo, e *ii*) qual a relação existente entre o julgador do caso presente e o do caso originador do precedente.

Como destaca Lucas Buril de Macêdo, independentemente da tradição jurídica que possuir em sua base, todo sistema jurídico possui seus precedentes, variando apenas a autoridade ou eficácia atribuída a cada um deles. Assim, é de grande importância investigar a eficácia vertical e horizontal, bem como a força persuasiva (*persuasive precedent*) ou vinculante (*binding precedent*) de um precedente³¹⁵.

A primeira questão a ser analisada em relação à autoridade dos precedentes refere-se a sua dimensão subjetiva ou institucional, também conhecidas como vertical ou horizontal. A compreensão de um precedente sob tal ótica permite sejam identificados quais tribunais estarão sujeitos a sua aplicação obrigatória, o que poderá variar de acordo com o nível de hierarquia existente entre o tribunal originador e o responsável por sua aplicação³¹⁶.

Quando um juiz adota um precedente de um tribunal superior para construir sua decisão para o caso sucessivo, por se encontrar em nível hierárquico inferior na estrutura judiciária, acontece uma típica vinculação vertical:

É o caso clássico de vinculação ao precedente: a decisão de um tribunal vincula todos os juízos em posição hierárquica inferior em uma mesma Justiça. Define-se, assim, o precedente vertical como a decisão proferida pelos órgãos judiciais superiores, a qual deve ser observada pelos órgãos inferiores hierarquicamente, em razão da sua autoridade. O ponto-chave da vinculação vertical é a existência de uma organização judiciária hierarquizada de forma piramidal, com diferentes níveis de autoridade³¹⁷.

A autoridade vertical de um precedente decorre da competência atribuída a determinados tribunais para a construção da adequada compreensão de determinadas espécies normativas³¹⁸, como faz o Supremo Tribunal Federal com as normas constitucionais e o Superior Tribunal de Justiça com as normas infraconstitucionais. Por isso que, na construção de suas decisões, os tribunais superiores devem ter preocupação com o sentido e a unidade do direito, tanto para orientar a sociedade, quanto para promoverem a igualdade³¹⁹.

³¹⁵ MACÊDO, *Precedentes judiciais...*, op. cit., p. 99.

³¹⁶ DUXBURY, op. cit., p. 28.

³¹⁷ ROSITO, op. cit., p. 101.

³¹⁸ MACÊDO, *Precedentes judiciais...*, op. cit., p. 104.

³¹⁹ MARINONI, *O STJ enquanto...*, op. cit., p. 115-118.

Essa função atribuída a determinados órgãos do Poder Judiciário torna inadequada a dispensa de tratamento diverso às mesmas questões por parte dos tribunais e juízes ocupantes de posições inferiores na estrutura hierárquica, justamente por submeterem o destinatário da prestação jurisdicional “ao calvário recursal para a obtenção da tutela jurisdicional”³²⁰.

Por outro lado, quando o dever de respeito a um precedente é dirigido a um mesmo grau da hierarquia judiciária, discute-se acerca de sua autoridade horizontal. São severas as críticas realizadas quando um precedente originado pelo próprio tribunal ou seus órgãos fracionários por eles próprios não é seguido, já que a autoridade da instituição acaba abalada frente ao cidadão e aos juízes hierarquicamente inferiores.

O poder estatal é uno e, tal como ele, o Poder Judiciário também deve ser considerado um só, ainda que internamente seu poder seja segmentado de modo a tornar racional a própria prestação jurisdicional. Nesse sentido, a resistência de determinados órgãos fracionários em observarem os precedentes formados dentro do próprio tribunal, além de injustificada, acaba por desprestigiar suas decisões, reduzindo sua autoridade frente aos tribunais inferiores e aos próprios destinatários da prestação jurisdicional³²¹.

No mesmo sentido, manifesta-se Luiz Guilherme Marinoni:

Na verdade, a mesma lógica que impõe o respeito aos precedentes obrigatórios pelos órgãos judiciais inferiores, exige que os órgãos de um mesmo tribunal respeitem suas decisões. Ora, seria impossível pensar em coerência da ordem jurídica, em igualdade perante o Judiciário e em segurança jurídica caso os órgãos do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, pudessem negar, livremente, as suas próprias decisões ou as decisões da própria Corte³²².

O respeito à autoridade horizontal do precedente corresponde à regra de ouro do precedente, formulada por Michael J. Gerhardt, segundo a qual os “juízes devem estar preparados para tratar os precedentes de outros como gostariam que

³²⁰ CAMBI; BRITO, op. cit., p. 146.

³²¹ ROSITO, op. cit., p. 101; MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin. *Precedentes judiciais vinculantes: a eficácia dos motivos determinantes da decisão na cultura jurídica*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 73.

³²² MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 94.

os seus fossem tratados ou arriscar que os seus precedentes sejam tratados com o mesmo tipo de desdém mostrado pelos demais”³²³.

A preocupação com o respeito dos próprios precedentes, aliás, já foi salientada pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, para quem, pelo menos quando do julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial (AgRg nos EREsp) 228.432/RS, mostrou-se importante a vinculação horizontal:

O Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós – os integrantes da Corte – não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal, para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la³²⁴.

A esse respeito, Luiz Guilherme Marinoni anota que o respeito aos próprios precedentes, enquanto eficácia horizontal, sempre esteve presente na *House of Lords* inglesa e na Suprema Corte americana, com a diferença de que, nesta, sempre houve a possibilidade de superação de seus precedentes, enquanto que aquela somente passou a admitir tal prática em 1966³²⁵.

Relativamente à eficácia da norma decorrente de um precedente, ela será persuasiva quando ele não precisar ser observado no julgamento de um caso subsequente. Será utilizado adotado como instrumento voltado ao “convencimento do julgador, na medida do prestígio jurídico de que desfrutam os juízes ou tribunais de onde ele procede, a fim de que determinada tese prevaleça na decisão judicial”³²⁶.

³²³ GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 3-4, tradução nossa. (Justices must be prepared to treat others precedens as they would like their own to be treated or risk their preferred precedents being treated with the same kind of disdain they show others).

³²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Rel.. Min. Humberto de Barros Monteiro. *AgRg nos EREsp 228.432/RS*. Julgado em: 01 fev. 2002. Diário da Justiça: 18 mar. 2002, p. 163.

³²⁵ MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 94.

³²⁶ ROSITO, op. cit., p. 116.

O julgador terá a possibilidade de não aplicar um precedente persuasivo ao caso em julgamento, por compreender sua solução como a mais adequada, sem que isso seja considerado um erro de julgamento. Todavia, a possibilidade de não ser aplicado não equivale à possibilidade de ser ignorado: se não houverá adoção do precedente, o julgador deverá levá-lo em conta na construção de sua decisão, onde, a bem do próprio sistema, serão adequadamente declinados os motivos para o desacordo³²⁷.

Significa que os precedentes persuasivos, conquanto não tenham vinculação normativa formal, devem ser observados na fundamentação das decisões, pois não podem ser simplesmente ignorados. O fato de não formalmente vinculantes não desnatura a sua natureza de precedentes, representativos que são da orientação jurisprudencial. Daí advém a sua força normativa material. A diferença é que, na hipótese de o julgador desconsiderá-lo, a consequência será apenas a sujeição à crítica das partes ou da doutrina, podendo vir, ou não, a ser modificado pelos tribunais superiores³²⁸.

Um precedente com eficácia persuasiva pode ganhar importância quando a norma dele decorrente mostrar-se satisfatoriamente adequada à resolução de casos sucessivos, tornando-o relevante no ordenamento jurídico. De qualquer forma, sua força argumentativa, apesar de não obrigatória, sempre terá a possibilidade de influenciar o julgador do caso sucessivo.

A eficácia persuasiva é a regra geral nos ordenamentos jurídicos embasados na *civil law*, muito embora seja também encontrada na *common law*, por exemplo, quando se está diante de decisões de primeira instância, de entendimentos pacificados nas cortes inferiores, quando invocados por cortes superiores ou de decisões de outras jurisdições³²⁹.

Por sua vez, um precedente será vinculante ou obrigatório quando sua aplicação deverá ser realizada de modo irrestrito pelo julgador do caso sucessivo, ressalvadas as hipóteses nas quais, fundamentadamente, indiquem a necessidade de distinção ou superação³³⁰, quando aplicáveis, conforme estudo a ser realizado na sequência.

³²⁷ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 164.

³²⁸ ROSITO, op. cit., p. 117.

³²⁹ MELLO, op. cit., p. 66; RAMIRES, op. cit., p. 65-66.

³³⁰ EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 49.

Na caracterização de um precedente vinculante ou obrigatório, deverão ser levadas em conta as considerações apresentadas anteriormente no presente Capítulo, notadamente no que toca à decomposição e adequada compreensão de seus elementos constitutivos, *ratio decidendi* e *obiter dictum*, pois somente àquele, enquanto norma jurídica extraída da decisão, é atribuída a força vinculante.

Extrapolando os limites da diferenciação apresentada, um precedente poderá ser obrigatório para uma corte inferior, mas não o ser para uma corte superior, variando sua autoridade vertical. É o que acontece, exemplificativamente, com o precedente oriundo de um tribunal estadual, que não será obrigatório ao Superior Tribunal de Justiça, embora o juiz de primeiro grau lhe deva respeito³³¹.

Do mesmo modo, a tarefa de identificação de um precedente dotado de eficácia obrigatória ou persuasiva sempre passará pela análise de qual tribunal o originou e qual proferirá a decisão do caso sucessivo, uma vez que “não há precedente essencialmente vinculante”³³².

Há quem sustente a existência de uma categoria residual, constituída por precedentes relativamente obrigatórios, ou com eficácia impositiva intermediária³³³, os quais, mesmo não possuindo seguimento obrigatório, somente deveriam deixar de serem seguidos caso o julgador do caso sucessivo possuísse fundadas razões em sentido contrário.

No entanto, a admissão de precedentes com eficácia ‘relativamente obrigatória’, além de soar contraditória, chega a ser desnecessária, na medida em que é adequadamente englobada pela categoria dos precedentes vinculantes, com a relativização decorrente das técnicas de distinção e superação, coerentes com o esquema teórico arquitetado.

Apontando a inadequação da categoria dos precedentes relativamente obrigatórios, Lucas Buril de Macêdo corrobora o entendimento:

Não se concorda com a utilidade dessa categoria. Primeiramente, a própria ideia de obrigatoriedade relativa nos parece já presente nos precedentes propriamente obrigatórios, já que atualmente qualquer precedente pode ser superado. Ademais, a ideia de que os precedentes obrigatórios seriam aqueles que impõem ônus argumentativos não é correta: qualquer argumento utilizado pelas partes, seja ele advindo de precedente obrigatório ou persuasivo, atribuirá um dever para o julgador, decorrente da eficácia do

³³¹ ATAÍDE JR., *Precedentes vinculantes...*, op. cit., p. 100.

³³² MACÊDO, *Precedentes judiciais...*, op. cit., p. 105.

³³³ ATAÍDE JR., *Precedentes vinculantes...*, op. cit., p. 102; MELLO, op. cit., p. 64; TUCCI, *Parâmetros de eficácia...*, op. cit., p. 114-118.

requisito de fundamentação à luz do contraditório-influência. Ademais, os exemplos utilizados advindos do direito processual civil brasileiro, nomeadamente os poderes do relator e do juiz de encurtarem a marcha processual, tratam de normas procedimentais que possuem o precedente judicial como *hipótese fática* e não do pressuposto precedente relativamente vinculante³³⁴.

No quadro da intensidade da influência de um precedente sobre a decisão de um caso sucessivo, portanto, em consonância com a teoria dos precedentes judiciais defendida, somente se pode admitir a existência de precedentes com a eficácia vertical e horizontal, dotados de força persuasiva ou vinculante.

2.5 Modo de aplicação do precedente

Depois da identificação dos elementos constitutivos do precedente, a questão de suma importância questão de primordial importância para a teoria dos precedentes judiciais obrigatórios é o modo pelo qual a *ratio decidendi* eventualmente será aplicada nos casos futuros.

Conforme será apresentado, o caso concreto em julgamento poderá se adequar satisfatoriamente à hipótese abordada por um precedente judicial invocado por uma das partes.

Há a possibilidade, também, de, entre o caso atual e o pretérito, existirem distinções capazes de impedir a aplicação do precedente para influenciar a decisão a ser proferida.

Do mesmo modo, também poderá ocorrer de o julgador atual reconhecer a necessidade de revogação, atual ou futura, de um precedente, mediante a utilização das técnicas adequadas para tanto, como se verá a seguir.

2.5.1 *Distinguishing*

A principal técnica utilizada pela teoria dos precedentes é o *distinguishing*, por meio da qual é demonstrada a existência (ou não) de diferenças relevantes entre os fatos geradores do precedente e aqueles constantes no novo caso em julgamento³³⁵, mediante a comparação das circunstâncias fáticas de um e de outro.

³³⁴ MACÊDO, *Precedentes judiciais...*, op. cit., p. 101.

³³⁵ ROSITO, op. cit., p. 300.

Pode ser compreendida como processo e como resultado. De modo amplo (*distinguishing-meio*), como o método argumentativo adotado para a comparação do precedente com o caso presente, apontando-se as diferenças e semelhanças relevantes entre eles. Numa acepção mais restrita (*distinguishing-resultado*), é a resposta obtida através do processo argumentativo e contra-argumentativo realizado no momento do julgamento, através do qual se encontram motivos suficientes para se afastar a incidência de um precedente ao novo caso³³⁶.

De acordo com Luiz Guilherme Marinoni:

É intuitivo que, para aplicar a *ratio decidendi* a um caso, é necessário comparar o caso de que provém a *ratio decidendi* com o caso sob julgamento, analisando-se as circunstâncias fáticas. O *distinguishing* expressa a distinção entre os casos para o efeito de subordinar, ou não, o caso sob julgamento ao precedente³³⁷.

Segundo Neil Duxbury, “*distinguishing*’ é o que os juízes realizam quando fazem a distinção entre um caso e outro³³⁸”. Assim, trata-se de uma técnica por meio da qual é realizada a confrontação dos fatos relevantes do caso originador do precedente e os fatos do caso atual, para se verificar se a *ratio decidendi* do primeiro aplica-se ao segundo, de tal forma a justificar a incidência da mesma regra³³⁹.

Sua função básica é a de atestar a existência de diferenças relevantes entre um caso presente e um passado, seja para afastar ou para aplicar um precedente suscitado no processo em julgamento:

Quando um dos sujeitos processuais argumenta com base em um precedente, que, de acordo com ele, aplica-se ao caso concreto, deverá demonstrar a similitude fática dos casos. A parte contrária, por sua vez, caso discorde, deverá demonstrar que existem fatos relevantes que impedem a sua aplicação. Muito embora simples na teoria, a utilização da técnica guarda um grande desafio argumentativo, que é o de ‘demonstrar o quanto os fatos em ensejam a distinção são decisivos para a correta interpretação dos termos dos dispositivos legais e outras disposições normativas’³⁴⁰.

Assim, quando o quadro exposto no processo em julgamento possuir alguma semelhança com a hipótese retratada no precedente invocado por uma das partes,

³³⁶ BARREIROS, op. cit., p. 206; MACÊDO, *Precedentes judiciais...*, op. cit., p. 356.

³³⁷ MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 230.

³³⁸ DUXBURY, op. cit., p. 113.

³³⁹ LIMA, *Precedentes judiciais civis no Brasil*, op. cit., p. 210.

³⁴⁰ PEIXOTO, op. cit., p. 213.

mas existirem particularidades tais que os tornem diferentes, será possível falar em identidade apenas aparente³⁴¹. Nestas hipóteses, não sendo aplicável a *ratio decidendi* do precedente ao caso concreto, ele demandará tratamento jurídico diverso, dando espaço à ocorrência da *distinguishing*³⁴².

De acordo com o art. 489, § 1º, inciso VI, do NCPC, quando o julgador deixar de seguir um enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, por entender se tratar de hipótese de *distinguishing*, ele deverá fundamentar satisfatoriamente suas razões, sob pena de nulidade de decisão. No mesmo sentido, o enunciado 306 do FPPC: “O precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa”.

O fundamento da técnica reside no pressuposto de que fatos distintos autorizam julgamento em sentido diverso daquele assentado no precedente invocado³⁴³. Da mesma forma que um precedente deve ser seguido quando os fatos do novo caso são substancialmente iguais, deverá ele ser afastado quando existirem desigualdades em pontos essenciais³⁴⁴, que somente poderão ser encontrados na análise específica de cada julgamento.

A aplicação da técnica não significa, em absoluto, considerar que a *ratio decidendi* do precedente suscitado para embasar o julgamento do novo caso é incorreta e deve ser eliminada do sistema³⁴⁵. O julgador, após exame detalhado dos fatos e fundamentos relevantes, demonstra, fundamentadamente, que o precedente é inaplicável ao caso sucessivo³⁴⁶.

Significa dizer que, independentemente de qual Tribunal tiver originado o precedente, “a diferenciação de casos pode ser realizada por qualquer magistrado, não existindo problemas atinentes à competência, havendo a possibilidade de distinção de um precedente do STF por um juiz de primeiro grau”³⁴⁷.

Sobre o tema, o FPPC editou o enunciado 174: “A realização da distinção compete a qualquer órgão jurisdicional, independentemente da origem do

³⁴¹ MELLO, op. cit., p. 202.

³⁴² MANCUSO, op. cit., p. 29.

³⁴³ ROSITO, op. cit., p. 300.

³⁴⁴ OLIVEIRA; ANDERLE, op. cit., p. 317

³⁴⁵ DUXBURY, op. cit., p. 114.

³⁴⁶ ROSITO, op. cit., p. 300.

³⁴⁷ PEIXOTO, op. cit., p. 214.

precedente invocado”. No mesmo sentido, manifestam-se Dierle Nunes e André Frederico Horta:

Ao se afastar de determinado precedente por ocasião de eventual distinção, não se está a questionar sua validade, eficácia, legitimidade ou a hierarquia do tribunal que o formou, mas apenas a afirmar que se trata de direito não aplicável à espécie. Até mesmo por isso é que, diferentemente do *overruling*, a distinção (*distinguishing*) pode ser realizada independentemente do nível hierárquico dos órgãos prolores da decisão e do precedente³⁴⁸.

O ato de aplicar um precedente a um caso posterior de modo desordenado e a qualquer custo, quando existirem diferenças em pontos essenciais nos dois casos, ao contrário de prestigiar o sistema, torna-o desacreditado³⁴⁹. Do mesmo modo, a falta de aplicação de um precedente, quando reiterada, torna-o *very distinguished*³⁵⁰, revelando uma paulatina redução da autoridade e credibilidade junto à comunidade jurídica e aos tribunais³⁵¹.

Na prática do *distinguishing*, sempre haverá preocupação com a satisfatória fundamentação da decisão, pois o afastamento de um precedente obrigatório deverá estar acompanhado da justificativa adequada³⁵²: “o fato de os juízes terem o poder de ‘distinguir’ não significa que eles podem negar os precedentes quando lhes for conveniente”³⁵³.

Nesse sentido, partindo da sempre válida premissa de que um precedente somente poderá ser vinculante para casos iguais, Hans Kelsen considerou de importância decisiva a questão relativa ao modo de se apontar quando um caso novo poderá ser considerado igual àquele originador do precedente.

Como nenhum caso é igual ao precedente sob todos os aspectos, a ‘igualdade’ de dois casos que a esse respeito interesse considerar apenas

³⁴⁸ NUNES, Dierle; HORTA, André Francisco. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução. In: DIDIER JR., Fredie et al. *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 313.

³⁴⁹ RAMIRES, op. cit., p. 130.

³⁵⁰ BRITO, Jaime Domingues. *Os fundamentos vinculantes dos precedentes diante das súmulas*. Tese (Doutorado em Direito) – Instituição Toledo de Ensino, Bauru/SP, 2013, *passim*.

³⁵¹ SIQUEIRA, Dirceu Pereira; BRITO, Jaime Domingues. Sistema da *common law*: seus fundamentos podem aprimorar o sistema precedentalista brasileiro? In: MAILLART, Adriana Silva; SILVA, Fernanda Tartuce. *Acesso à justiça II: XXII Encontro Nacional do Conpedi/Unicuritiba*. Florianópolis: Funjab, 2013, p.13.

³⁵² LADEIRA, Aline Hadad; BAHIA, Alexandre Melo Franco. O precedente judicial em paralelo a súmula vinculante: pela (re)introdução da faticidade ao mundo jurídico. *Revista de Processo*, n. 234, ano 39, ago/2014, p. 287.

³⁵³ DUXBURY, op. cit., p. 114.

pode residir no fato de eles coincidirem em certos pontos essenciais – tal como, na verdade, também dois fatos que representam o mesmo delito não coincidem em todos os pontos, mas apenas em alguns pontos essenciais. Porém, a questão de saber em que pontos têm de coincidir para serem considerados como ‘iguais’ apenas pode ser respondida com base na norma geral que determina a hipótese legal (*Tatbestand*), fixando os seus elementos essenciais. Portanto, só com base na norma geral que é criada pela decisão com caráter de precedente se pode decidir se dois casos são iguais. A formulação desta norma geral é o pressuposto necessário para que a decisão do caso precedente possa ser vinculante para a decisão de casos ‘iguais’.³⁵⁴

O correto manejo da técnica do *distinguishing* não permite seja negligenciada a reflexão acerca do modo pelo qual deverão ser categorizados os fatos relevantes e irrelevantes para a aplicação de um precedente a um caso novo.

Por isso, é de suma importância a utilização do raciocínio analógico para a técnica da distinção. Apesar de parecer contraditório, um precedente deverá ser aplicado em um caso sucessivo mesmo que não exista identidade absoluta entre eles, já que, do contrário, seria impossível a operação do sistema caso houvesse necessidade de perfeita correspondência de um caso a outro.

O afastamento de um precedente somente será justificado se existirem diferenças fundamentais e relevantes. Nem toda diferença fática será suficiente para tornar um precedente inaplicável ao novo caso em julgamento. Assim, a adequada delimitação da *ratio decidendi* do precedente é fundamental para a operação do sistema, por permitir sejam levados em conta os fatos necessários à elaboração do raciocínio do qual derivou o precedente:

Diferenças fáticas entre casos [...] nem sempre são suficientes para se concluir pela inaplicabilidade do precedente. Fatos não fundamentais ou irrelevantes não tornam casos desiguais. Para realizar o *distinguishing*, não basta ao juiz apontar fatos diferentes. Cabe-lhe argumentar para demonstrar que a distinção é material, e que, portanto, há justificativa para não se aplicar o precedente. Ou seja, não é qualquer distinção que justifica o *distinguishing*. A distinção fática deve revelar uma justificativa convincente, capaz de permitir o isolamento do caso sob julgamento em face do precedente.³⁵⁵

Na prática, cientes de que nunca dois fatos serão exatamente iguais, o desafio existente para a utilização da *distinguishing* é exatamente o de categorizar os fatos relevantes e irrelevantes, pois somente os primeiros são capazes de justificar uma distinção:

³⁵⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 278.

³⁵⁵ MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 231.

Para que dois casos sejam iguais *não é necessário* que a igualdade seja absoluta, isto é, em todos os aspectos, em todos os detalhes. Diante de um novo caso, é preciso identificar o *ponto efetivamente nuclear* do precedente invocado de modo a possibilitar ou não o seu enquadramento ao caso em exame, pois, como sempre há uma ou outra minúcia a distinguir dois processos, a imposição da condição de ocorrência de exata, total e irrestrita similitude entre novo caso e caso paradigma, inviabilizaria totalmente o sistema de respeito aos precedentes. Como há diferenças que são irrelevantes para a comparação da questão jurídica, estas devem ser desprezadas. Esse juízo de valor será sempre feito pela parte no ato de postular com base em precedente ou no ato do juiz de decidir com base em antecedente judiciário³⁵⁶.

A pretensão de total e irrestrita igualdade fática tornaria impraticável um sistema de precedentes, justamente porque seria extremamente raro, para não dizer impossível, encontrar-se um caso exatamente idêntico àquele do qual decorreu o precedente.

A esse respeito, Robert Alexy trata a *igualdade fática parcial* e a *desigualdade fática parcial* como capazes de tornarem dois fatos iguais e desiguais ao mesmo tempo, se tais conceitos não forem suficientemente compreendidos:

Juízos sobre igualdade fática parcial nada dizem sobre a obrigatoriedade de um tratamento igual ou desigual. A igualdade fática parcial é compreensível com um tratamento desigual e a desigualdade fática parcial é compreensível com um tratamento igual. O fato de que tanto *a* quanto *b* sejam marinheiros não exclui a possibilidade de que *a* seja punido por furto e *b*, não. O fato de *a* ser um marinheiro e *b* bancário não exclui a possibilidade de que tanto *a* quanto *b* sejam punidos por furto. Portanto, a fórmula ‘o igual deve ser tratado igualmente; o desigual, desigualmente’, é necessário compreender ‘igual’ e ‘desigual’ como algo que não seja uma igualdade – ou uma desigualdade – fática parcial em relação a um aspecto qualquer. Como não existem dois indivíduos ou duas situações, entre os quais não exista tanto igualdade fática parcial quanto uma desigualdade fática parcial, tudo teria que ser tratado ao mesmo tempo como igual ou como desigual, caso a fórmula se relacionasse a uma igualdade – ou a uma desigualdade – fática parcial em relação a algum aspecto qualquer³⁵⁷.

Assim, se não será qualquer distinção que justificará a ocorrência do *distinguishing*, pois dois casos não serão diferentes apenas porque fatos não fundamentais ou irrelevantes não são idênticos³⁵⁸, o julgamento deverá se iniciar com a categorização dos fatos relevantes do caso do qual se originou o precedente para, somente depois, serem buscadas as similitudes com o caso subsequente.

³⁵⁶ CAMARGO, op. cit., p. 565. Grifos do autor.

³⁵⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 557.

³⁵⁸ ROSITO, op. cit., p. 302.

Como não há um conceito fechado ou fórmula adequada para a identificação de quais fatos serão ou não relevantes o suficiente para permitir a aplicação de um precedente ou a realização de uma distinção, o exemplo adiante reproduzido é bastante pertinente para ilustrar como deve ser feita a categorização no momento da análise de um precedente invocado, para sua posterior comparação com o novo caso a ser julgado:

Imagine-se o caso em que um cego foi permitido entrar com um cão-guia em um restaurante. Os fatos encontram-se já categorizados, sendo fácil determinar quais fatos posteriores seriam considerados relevantes. Imagine-se, ainda, o fato de outro cego querer entrar em um restaurante com um cão-guia de outra cor, é possível? E se, no caso subsequente, o restaurante for de uma culinária diferente, há relevância? E se, ao invés de um restaurante, for uma igreja, há diferença jurídica? O fato de ser cego permite que o sujeito adentre em restaurantes com outros animais que não o cão-guia? As perguntas demonstram que não há importância dos fatos da decisão por eles mesmos, mas sim na forma como são compreendidos e categorizados, o que depende do processo contínuo de distinções e, assim, da atividade argumentativa e reconstrutiva nos casos subsequentes³⁵⁹.

A análise do precedente e do caso concreto a ser julgado, portanto, deverá ser sempre única e individual, dado que a tarefa examinar o substrato fático do precedente somente fará sentido diante de um novo caso concreto a servir de base para os afastamentos e as aproximações eventualmente existentes entre um e outro.

A distinção entre os casos permite a continuidade da atividade jurisdicional, inclusive autorizando a manutenção de precedentes que continuam necessários e suficientes para o tratamento das hipóteses fáticas por ele abarcadas desde sua concepção, tornando desnecessária sua revogação. Não existisse a técnica, o direito seria demasiadamente instável, pois poderia ocorrer de um precedente ser aplicado a um caso cujas bases fáticas fossem diversas, ou mesmo de não ser aplicado a situações razoavelmente análogas, embora não idênticas.

Com o *distinguishing*, a teoria dos precedentes não perde sua característica de estabilidade e permite que sejam tratadas novas realidades e situações, sob pontos de vista ainda não abordados, sem que o órgão judicial emissor necessite revogar seus precedentes³⁶⁰.

³⁵⁹ MACÊDO, *Precedentes judiciais...*, op. cit., p. 354.

³⁶⁰ MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 234; BRITO, Jaime Domingues; BRITO, Tiago Domingues. Os precedentes vinculantes e a liberdade religiosa. In: COSTA, Ilton Garcia da et al (Org.). *Paz, educação e liberdades religiosas*. Curitiba: Instituto da Memória, 2016, p. 92.

Portanto, a técnica do *distinguishing* é de suma importância para a própria capacidade de operação de uma teoria de precedentes, sendo responsável, a um só tempo, por não tornar o direito engessado, permitindo-lhe evoluir, quando necessário, além de torná-lo íntegro, coerente e estável, agregando segurança jurídica a todo o ordenamento jurídico.

2.5.2 Técnica da sinalização

Uma teoria dos precedentes visa a salvaguardar valores importantes ao Estado de Direito, como é o caso da segurança jurídica. Quando um precedente é instituído, os jurisdicionados passam a depositar confiança nele, em razão de sua obrigatoriedade. Por isso, a alteração ou revogação desse mesmo precedente sem existam indicativos objetivos de superveniente inadequação jurídica, como o desgaste de sua *ratio decidendi*, atentará contra aquela legítima confiança do cidadão.

Nessa concepção, depois de instituído, um precedente somente deverá ser revogado ou modificado quando as vantagens decorrentes de tal medida sejam superiores aos prejuízos que todo o sistema suportará pela quebra da estabilidade e segurança jurídica³⁶¹.

Como menciona Renata Polichuk:

Convém recordar que o precedente na doutrina do *stare decisis* constitui fonte primária de Direito, capaz de bem orientar os cidadãos a respeito das normas a serem observadas. Isto implica dizer que um cidadão que planejou suas condutas em um precedente estável, pautou-se na boa-fé e na confiança emanadas pelos atos do Estado, certo de que de esta forma estaria agindo corretamente, não merecendo qualquer repreensão por parte deste mesmo Estado³⁶².

Nestas hipóteses, será adequado informar à comunidade jurídica que determinado precedente, até então adotado como substrato orientador da vida dos jurisdicionados e da estratégia dos advogados, terá a possibilidade de ser revogado ou modificado. Essa medida permitirá a redefinição dos atos e negócios jurídicos

³⁶¹ EISENBERG, op. cit., p. 122.

³⁶² POLICHUK, Renata. *Segurança jurídica dos atos jurisdicionais*. 222 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011, p. 81-82.

nele embasados, evitando-se prejuízos e a frustração de legítimas expectativas de toda a comunidade jurídica³⁶³.

Admitindo a possibilidade de adoção da técnica pelos tribunais, o FPPC editou o enunciado nº 320, nos seguintes termos: “Os tribunais poderão sinalizar aos jurisdicionados sobre a possibilidade de mudança de entendimento da corte, com a eventual superação ou a criação de exceções ao precedente para casos futuros”.

Pela técnica da sinalização, o tribunal, indicando à sociedade o perdimento da autoridade de um precedente, aponta a possibilidade de sua futura revogação ou alteração, muito embora ele continue válido e, inclusive, seja aplicado naquele caso concreto objeto do julgamento. É o que se extrai da doutrina:

A sinalização é uma técnica pela qual o tribunal, muito embora continue a seguir o precedente, esclarece à sociedade que ele não é mais confiável. Assim, a partir desta técnica, o tribunal abre caminho para uma futura superação, afastando o embaraço da proteção da confiança legítima à sua realização. Para sua utilização, o tribunal não precisa evidenciar que está fazendo uso da técnica, mas é suficiente apenas apontar que, caso o precedente não fosse dotado de relevante estabilidade e previsibilidade, a solução seria outra e que a sua superação é provável em um futuro próximo, demonstrando as razões de sua afirmação³⁶⁴.

Antonio do Passo Cabral trata como *juízo alerta* aquela hipótese em que, apesar de não superar ou modificar o precedente, o órgão jurisdicional sinaliza acerca da possibilidade de reexaminar sua orientação sobre o tema, com o objetivo de comunicar aos cidadãos para não mais planejarem suas ações com base naquele precedente.

O referido autor, salientando não ser obrigatória a existência de um juízo alerta antes da alteração ou revogação de um precedente, indica algumas de suas funções:

O anúncio equivale a uma pronúncia de que a Corte ‘duvida’ da correção do entendimento aplicado até aquele momento, e, portanto, passa ao público a mensagem de que é possível a alteração de sua conclusão a respeito do tema. [...] No que tange aos interesses públicos referentes ao tráfego jurídico, a técnica oferece um mecanismo poderoso em várias vertentes, notadamente para fins de: a) facilitar aos órgãos judiciais a verificação da tutela da confiança legítima; 2) atuar a segurança jurídica no viés da continuidade, fomentando alterações normativas com menos impacto; 3) impedir a aplicação de institutos processuais cujos pressupostos exijam a existência da jurisprudência estável; 4) implementar um diálogo plural para

³⁶³ MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 237.

³⁶⁴ MACÊDO, *Precedentes judiciais...*, op. cit., p. 409-410.

condicionar a reflexão do tribunal a respeito do acerto do entendimento consolidado cuja mudança pode vir a ser implementada³⁶⁵.

Referindo-se à realidade norte-americana, Luiz Guilherme Marinoni bem indica a pretensão da técnica da sinalização em tutelar a segurança jurídica do jurisdicionado:

Os jurisdicionados necessitam da orientação dos advogados para poderem definir o modo de ser dos seus negócios e das suas atividades e, sem qualquer dívida, os orçamentos, lucros e investimentos, o que se reflete diretamente sobre terceiros, especialmente vendedores de matérias-primas e prestadores de serviços e, numa dimensão global, sobre toda a economia e a sociedade. [...] quando não há manifestações doutrinárias e decisões judiciais que permitam ver que o precedente perdeu força, entende-se, por consequência, que o jurisdicionado que nele se pautou ou que os negócios jurídicos que nele se embasaram devem ser protegidos. Em outras palavras, quando o precedente não é abalado de modo sério e objetivo, não há como desamparar o jurisdicionado que lhe devotou confiança³⁶⁶.

Pode acontecer, também, de não haver certeza acerca da pertinência da imediata revogação de um precedente, sendo necessário o amadurecimento da questão. Utilizando a técnica, os debates surgidos em torno da *ratio decidendi* do precedente poderão até mesmo demonstrar a conveniência de ele ser mantido válido, o que colocaria a salvo a reputação do tribunal, caso ele superasse prematuramente o precedente e, depois, pretendesse voltar atrás³⁶⁷.

Rejeitando a utilização da técnica, Lucas Buril de Macêdo considera injustificados os argumentos utilizados para a sua adoção, pois, uma vez sinalizada a dúvida acerca da manutenção do precedente, o jurisdicionado estará, em verdade, inteiramente inseguro, pois a segurança encontrada em determinado precedente será afastada sem o restabelecimento da segurança através de outro, qualquer que seja:

A utilização da técnica da sinalização (*signaling*) é geralmente justificada pela preocupação geral de proteger a confiança legítima dos jurisdicionados. Todavia, é de se notar que a sinalização acaba por gerar, na verdade, uma gravíssima insegurança jurídica: a rigor, os jurisdicionados saberão que não podem confiar, simplesmente, no precedente vigente e eficaz, mas não sabem o que efetivamente devem fazer. Instaura-se, pela

³⁶⁵ CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, n. 221, ano 38, jul/2013, p. 34-36.

³⁶⁶ MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 238-239.

³⁶⁷ PEIXOTO, op. cit., p. 224.

sinalização, a insegurança consciente, mas não deixa de ser insegurança³⁶⁸.

É verdade que a técnica causa insegurança jurídica vivida aos jurisdicionados, cujos atos já não encontram segurança no precedente prestes a ser superado e não sabem como o tribunal decidirá os próximos casos, principalmente porque a utilização da sinalização sequer obriga o tribunal a modificar ou reapreciar o precedente³⁶⁹, como lembra Ravi Peixoto:

A mensagem passada pela técnica da sinalização é incerta para os jurisdicionados. [...] ao operar o anúncio público sobre essa possível mudança de entendimento, 'o tribunal transfere o risco dos prejuízos pela alteração ao particular'. Afinal, o que eles devem fazer durante o período existente entre a primeira decisão, a sinalizadora e a posterior, de caráter ainda misterioso? Não existem respostas seguras para essa pergunta. Por mais que se admita a utilização da técnica da superação prospectiva, tendo como base a primeira decisão, os jurisdicionados não sabem *quando* ela ocorrerá e nem se ocorrerá. São muitas incertezas que dificultam a conduta concreta daqueles submetidos ao precedente e a previsibilidade das consequências jurídicas dos seus comportamentos é comprometida³⁷⁰.

Para minimizar essa circunstância, exige-se que os tribunais se utilizem da técnica quando a *ratio decidendi* do precedente já encontre alguma resistência na prática judicial, seja no meio social, na doutrina ou mesmo em outras decisões nas quais o precedente tenha sido aplicado com a ressalva de entendimento do julgador.

Há possibilidade de alteração ou revogação de um precedente, havendo ou não a prévia sinalização pelo tribunal. Portanto, a crítica ao instituto não se sustenta, pois a sinalização pode ser menos danosa à segurança jurídica, sendo preferível a sua utilização, como antecipação de um provimento futuro - permitindo ao cidadão a tomada de decisões já considerando uma eventual mudança do entendimento judicial sobre determinado assunto – à ocorrência de uma revogação ou alteração realizada desavisadamente.

Aliás, já há algum tempo que o ordenamento jurídico brasileiro conhece instituto assemelhado à técnica da sinalização. Trata-se do requisito da repercussão geral da questão constitucional, a ser examinado quando do exame de admissibilidade do recurso extraordinário, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, com a criação do § 3º, do art. 102, da Constituição Federal, posteriormente

³⁶⁸ MACÊDO, *Precedentes judiciais...*, op. cit., p. 411.

³⁶⁹ CABRAL, *A técnica do julgamento-alerta...*, op. cit., p. 37.

³⁷⁰ PEIXOTO, op. cit., p. 227.

regulamentado pela Lei nº 11.418/2006, que acrescentou o art. 543-A ao CPC/73, bastante semelhante ao atual art. 1.035 do NCCPC³⁷¹.

Desde então, para a admissão de um recurso extraordinário, o recorrente deverá demonstrar, em preliminar, a existência de repercussão geral, assim entendida a existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo (art. 1.035, § 1º).

Sob a ótica da teoria dos precedentes, ao realizar o exame positivo de admissibilidade de um recurso extraordinário, é possível visualizar uma sinalização, por parte do Supremo Tribunal Federal, da eventual de revogação ou modificação de um precedente criado por si próprio ou por um tribunal inferior, quando do julgamento do mérito do recurso.

Nesse sentido, é possível afirmar que, inconscientemente, o direito brasileiro já possuía instrumento semelhante à técnica da sinalização há mais de uma década: quando admitida a existência de repercussão geral, todos os cidadãos estarão comunicados a respeito da possibilidade de a Corte Suprema rever, seja para revogar ou modificar, um precedente.

Para a segurança jurídica, é de especial importância essa sinalização, já que, desde então, os atos praticados pelos cidadãos já deverão ser praticados levando-se em conta a possibilidade de alteração do modo pelo qual ela poderá ser interpretada no futuro.

Assim, tanto quanto possível, o tribunal emissor da sinalização deverá amadurecer seu posicionamento e prestar contas ao cidadão, deixando claro seu

³⁷¹ NCCPC, Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º. Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo. § 2º. O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal. § 3º. Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que: I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal; II - (Revogado); III - tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal. § 4º. O relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. § 5º. Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional. § 6º. [...]. § 7º. [...]. § 8º. [...]. § 9º. O recurso que tiver a repercussão geral reconhecida deverá ser julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus. § 10. (Revogado). § 11. A súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no diário oficial e valerá como acórdão.

posicionamento sobre a questão, seja para manter, revogar ou alterar o precedente, com agilidade, no primeiro processo em que se discuta o mesmo tema.

O marco temporal da sinalização pelo tribunal, aliás, pode ser de grande valia para o balizamento de eventual modulação dos efeitos da decisão, desde que acompanhada de justificativa baseada no interesse social e no da segurança jurídica, como preconiza ao art. 927, § 3º, do NCPC.

Nesta ordem de ideias, embora o cidadão possa permanecer por algum período desconfortável para a prática de atividades sociais sobre os quais exista sinalização judicial acerca da possibilidade de alteração de sua interpretação, deve ser reconhecida a utilidade da técnica no âmbito da teoria do precedente judicial.

2.5.3 Transformation

Por meio da prática da *transformation*, o tribunal reconhece que a *ratio decidendi* de um precedente se tornou incompatível com o sistema e a reconstrói como uma nova norma, muito embora, na verdade, efetivamente promova a sua revogação tácita³⁷².

Apesar de aparentemente submeter o caso em julgamento a um determinado precedente, a solução jurídica constante na nova decisão não é compatível com a *ratio decidendi* que se afirma aplicar, justamente porque ela foi transformada pelo tribunal naquele momento.

Mesmo sem indicar expressamente que o fez, o tribunal supera o precedente mediante a construção de uma argumentação voltada a compatibilizar o novo posicionamento com a *ratio decidendi* constante no precedente, considerando, muitas vezes, razões ou fatos sequer observados quando de sua formação original:

A transformação é uma forma de, por qualquer razão, evitar fazer formalmente uma superação de precedente (*overruling*), embora substancialmente existam poucas diferenças – a transformação e a superação são duas diferentes realidades da revogação das normas dos precedentes. Muito embora o tribunal *afirme* que está a aplicar a regra de determinado precedente, ao reconstruí-la equivocadamente, acaba por aplicar *uma nova norma*, ou seja, ele origina um *ratio decidendi* distinta daquela do precedente que se afirma aplicar. Trata-se, na verdade, de uma superação de precedente disfarçada, é uma nova norma sob a capa do antigo precedente. Assim, cria-se uma falsa aparência de que já

³⁷² DUXBURY, op. cit., p. 132.

consistência entre a nova decisão e o precedente ou alinha de precedentes que se diz aplicar³⁷³.

Assiste razão a Melvin Aron Eisenberg quando sustenta que a distinção entre a *transformation* e a *overruling* é mais formal que substantiva³⁷⁴, pois, a bem da verdade, a diferença mais significativa entre ambas é o fato de a superação do precedente acontecer tacitamente na primeira e expressamente na segunda, como será verificado mais a frente.

Nesse sentido, Maira Portes bem anota ser necessário levar em conta, ao se praticar a *transformation*, que, mesmo quando o precedente for inteiramente revogado, continuará existindo a possibilidade de ele voltar a ser analisado e revogado expressamente em outros julgamentos, se a posição do tribunal estiver madura o suficiente para isso. Além disso, a *transformation* aparentará a existência de estabilidade jurisprudencial, enquanto a *overruling* poderá implicar, inclusive, no reconhecimento de erros de julgamento do tribunal³⁷⁵.

Como salienta Luiz Guilherme Marinoni, as principais desvantagens de se praticar a *transformation* decorrem do risco de os juízes e tribunais inferiores, pela dificuldade de compreensão de seu exato conteúdo, não perceberem a revogação de determinado precedente e continuarem sua aplicação. Além disso, pode ocorrer de a mesma prática ocasionar a existência de uma pluralidade de entendimentos acerca da importância das observações tecidas, o que não se verificaria se utilizada a técnica do *overruling*, mediante o qual é explícita a revogação de um precedente³⁷⁶, como será demonstrado no momento oportuno.

Para Lucas Buriel de Macêdo, a *transformation* somente pode ser considerada uma técnica da teoria dos precedentes enquanto meio para “burlar os critérios de superação dos precedentes”, com a finalidade de ofender a segurança jurídica e suprimir a tutela da confiança legítima, atributos do *stare decisis*³⁷⁷.

Em conformidade com a teoria dos precedentes defendida, portanto, mostra-se inadequada a prática da *transformation*, por ocasionar abalo à segurança jurídica, na medida em que afetará a própria cognoscibilidade do direito jurisprudencial,

³⁷³ MACÊDO, *Precedentes judiciais...*, op. cit., p. 369-370. Grifos do autor.

³⁷⁴ EISENBERG, op. cit., p. 133.

³⁷⁵ PORTES, Maira. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de *common law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *A forma dos precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 199-200.

³⁷⁶ MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 245.

³⁷⁷ MACÊDO, *Precedentes judiciais...*, op. cit., p. 370.

devendo os tribunais, quando encontrarem motivos para tanto, adotarem a técnica da *overruling* para a explícita superação de um precedente.

2.5.4 *Overriding*

O *overriding* pode ser compreendido como uma técnica mediante a qual um tribunal, devido à superveniência de uma nova regra originada após a instituição de um precedente, realiza quase que uma revogação parcial daquele, mediante a restrição no campo de sua aplicação³⁷⁸.

Na verdade, como esclarece Luiz Guilherme Marinoni, o *overriding* caracteriza-se por limitar ou restringir o âmbito de incidência do precedente, aproximando-se, portanto, de uma revogação parcial, embora com ela não se possa confundir:

O *overriding* apenas limita ou restringe a incidência do precedente, aproximando-se, neste sentido, de uma revogação parcial. No *overriding* não há propriamente revogação, nem mesmo parcial, do precedente, embora o resultado da decisão com ele tomada não seja compatível com a totalidade do precedente. Mediante este expediente, a Corte deixa de adotar precedente em princípio aplicável, liberando-se da sua incidência. Assim, a sua aproximação é maior em relação ao *distinguishing*³⁷⁹.

De acordo com o referido autor, não pode ser confundido com o *overruling*, com a técnica da sinalização, tampouco com a *transformation*, porque seu uso não revoga o precedente, não se indica a possibilidade de revogação, nem mesmo ocorre a reconstrução do precedente.

Em alguma medida, contudo, Lucas Buril de Macêdo identifica uma aproximação do *overriding* com a *transformation*, pois o tribunal não menciona expressamente a existência da modificação do âmbito de incidência do precedente. A semelhança com a *overruling*, segundo o mesmo estudioso, derivaria do fato de a nova norma não ser compatível com a antiga. As diferenças em relação a ambas, contudo, teriam uma mesma razão: no *overriding*, tanto a modificação quando a incompatibilidade seriam apenas parciais³⁸⁰.

Para a realização de um *overriding*, o tribunal deverá realizar uma distinção consistente com as velhas razões do precedente, demonstrando a existência de

³⁷⁸ MELLO, op. cit., p. 235.

³⁷⁹ MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 246.

³⁸⁰ MACÊDO, *Precedentes judiciais...*, op. cit., p. 408.

diferenças relevantes, de modo a lhe compatibilizar com o novo entendimento firmado:

A distinção que se faz, para se deixar de aplicar o precedente em virtude do novo entendimento, é consistente com as razões que estiveram à base da decisão que deu origem ao precedente. Como explica Eisenberg, em teoria o *overriding* poderia ser visto apenas como um caso especial de desvinculação (*hiving off*) mediante distinções consistentes, quando a Corte lida com um tipo de situação que não estava envolvida nos precedentes que deram origem ao entendimento anterior e conclui que, dadas as proposições sociais que fundamentam aquele entendimento anterior, a situação em questão deveria ser desvinculada para ser tratada de acordo com o entendimento mais recente³⁸¹.

A nova situação considerada pelo tribunal e pela academia, ao mesmo tempo permite a redução do domínio de sua atuação e indica que, se fosse reapreciado o caso do qual se originou o precedente, certamente outra seria a solução.

Por fim, a despeito de não anunciar a revogação do precedente, a supressão de apenas parte de sua *ratio decidendi* poderá redundar numa revogação implícita total, pois a parte remanescente do precedente, individualmente considerada, eventualmente terá aplicação nula a casos futuros.

2.5.5 *Distinções inconsistentes*

Há hipóteses nas quais as diferenças encontradas entre dois casos não são capazes, por si sós, de afastarem a incidência da regra de um precedente ao caso em julgamento, ou seja, não há espaço para a realização de uma distinção (*distinguishing*), sendo de rigor a construção da decisão em consonância com a *ratio decidendi* do precedente.

Quando, todavia, um tribunal deixa de aplicar um precedente, afastando sua incidência ao caso em julgamento mesmo sem constatar a existência de diferenças relevantes, através da invocação de fatos e argumentos insuficientes para autorizar uma *distinguishing*, ocorrerá o fenômeno denominado de distinção inconsistente (*inconsistent distinction*)³⁸².

Anteriormente já se teve condições de constatar que, para ocorrer uma *distinguishing* (distinção consistente) no caso presente, devem estar presentes (i)

³⁸¹ MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 246.

³⁸² MELLO, op. cit., p. 206.

fatos relevantes não existentes no precedente ou (ii) um quadro fático incapaz de se adequar satisfatoriamente ao âmbito de incidência do mesmo precedente³⁸³.

A distinção inconsistente nada mais é do que um meio por meio do qual, mesmo sem ocorrer quaisquer das hipóteses indicadas, um entendimento é ignorado por um tribunal, “sem revogar o precedente que o obriga, assim como procede quando faz a *transformation*. Porém, do mesmo modo quando ocorre frequentemente no *overriding*, aqui o entendimento é revogado apenas parcialmente”³⁸⁴.

A distinção inconsistente é verdadeira deturpação da técnica da distinção, levada a cabo através de um discurso onde determinados fatos relevantes são invocados como se fossem aptos a embasar uma nova *ratio decidendi*, mesmo quando estes mesmos fatos sejam inexistentes. Noutras palavras, “há um discurso de que há distinção, mas ele é injustificado”³⁸⁵.

O exemplo adiante reproduzido bem ilustra a situação:

Atualmente, os tribunais tem o entendimento de que as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos são abrangidas pela responsabilidade objetiva da administração pública em face dos usuários e não usuários. Se um determinado tribunal alegar a inaplicabilidade do precedente em face de uma empresa pública municipal, haveria uma distinção inconsistente, uma vez que o fato de a empresa ser municipal, estadual ou federal é irrelevante para que incida a norma da responsabilidade objetiva. Por outro lado, caso fosse identificada que a referida empresa não prestava serviços públicos, deveria haver a distinção, por ser um fato relevante para atrair a incidência do precedente a constatação da prestação ou não de serviços públicos³⁸⁶.

No caso hipotético apresentado, o fato de a empresa prestadora de serviços públicos ser municipal não é diferença relevante para afastar a aplicação de um precedente. Se um tribunal deixar de o fazer incidir sobre determinado caso sob este fundamento, estaremos diante de uma verdadeira distinção inconsistente.

É preciso considerar que, se um tribunal competente para realizar a revogação de um precedente pratica uma distinção inconsistente, na realidade, sem admitir, ele faz uma superação parcial do precedente. Ainda que de modo inadequado, substancialmente existe o descarte total ou parcial da *ratio decidendi* do

³⁸³ PEIXOTO, op. cit., p. 220.

³⁸⁴ MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 248.

³⁸⁵ PEIXOTO, op. cit., p. 220.

³⁸⁶ PEIXOTO, loc. cit.

precedente, que deixará de ser aplicada a toda a gama de casos onde anteriormente iria incidir³⁸⁷.

Na ótica de Daniel Mitidiero, quando um tribunal realiza distinções inconsistentes, pretende ele indicar a existência de dúvida acerca da correção da regra contida na *ratio decidendi* do precedente afastado, cuja superação poderá acontecer no futuro. Assim, para o autor, ao realizar uma *inconsistent distinction*, pretende-se sinalizar o esboço de um movimento para a execução de uma *overruling* do precedente³⁸⁸.

Além de representar a erosão do precedente, decorrente da intenção do tribunal de alterar o precedente já não tão aceito como era na época de sua criação, o ato de “distinguir o indistinguível como a única maneira de escapar das garras de um precedente indesejado, que, de outro modo, seria obrigatório³⁸⁹” também pode demonstrar a existência de “insubordinação das cortes vinculadas a precedentes errados, injustos ou obsoletos”, para indicar aos tribunais competentes a necessidade de sua revisão ou revogação³⁹⁰.

A bem da verdade, não se pode considerar a distinção inconsistente como uma técnica na teoria do precedente, mas como uma deturpação. Quando ela é praticada, há ofensa à teoria do *stare decisis* e à própria integridade do direito, abalando a segurança jurídica proporcionada pelo precedente indevidamente distinguido, por impedir a exata identificação de quais casos serão ou não obrigatoriamente submetidos a sua *ratio decidendi*³⁹¹.

Considerando inadequada a utilização das distinções inconsistentes, Ravi Peixoto assim se manifesta:

Essa utilização errônea da referida técnica, em regra, não é desejável por violar a integridade do direito, já que situações semelhantes acabam sendo tratadas de forma diferente, não se respeitando o precedente aplicável ao caso. Além do mais, cria confusão nos demais órgãos do Poder Judiciário vinculados ao julgamento por não conseguirem identificar eventual superação ou não do entendimento anterior. A utilização das distinções inconsistentes acaba tendo apenas o objetivo de manter as aparências de

³⁸⁷ MACÊDO, *Precedentes judiciais...*, op. cit., p. 366.

³⁸⁸ MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *A força dos precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 136.

³⁸⁹ ATAÍDE JR., *Precedentes vinculantes...*, op. cit., p. 91.

³⁹⁰ MELLO, op. cit., p. 207.

³⁹¹ MACÊDO, *Precedentes judiciais...*, op. cit., p. 367.

que o precedente não foi superado e que a estabilidade sistêmica foi mantida, mas o problema são os custos ocasionados pela prática³⁹².

As críticas tecidas em face da técnica da sinalização são perfeitamente aplicáveis à prática das distinções inconsistentes, embora, em comparação, mesmo indicando a possibilidade de futura revogação, a primeira traga consigo a vantagem de aplicar o precedente ao caso concreto.

Por tudo isso, uma vez que os casos nos quais se poderia aplicar uma distinção inconsistente seriam tratados mais adequadamente mediante uma técnica de superação do precedente³⁹³, tem-se ela como uma prática desalinhada aos objetivos de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios.

2.6 Modo de superação do precedente

A sociedade moderna está em constante mudança e o direito, como produto cultural, traz consigo a necessidade de atualização contínua. O principal desafio dos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo, nesse sentido, é o de equacionar a inevitável tensão entre a segurança jurídica e a indispensável dinâmica do direito.

Uma teoria destinada a esclarecer determinado fenômeno jurídico ou social não estará nunca pronta e acabada, pois sempre dependerá de sua aceitação pela comunidade jurídico-científica a que destina, com características inegavelmente dinâmicas e evolutivas³⁹⁴. Nesse sentido, o sucesso de um sistema de precedentes judiciais depende, em grande medida, da forma pela qual se realiza a criação, distinção e superação de seus precedentes.

Diz-se que um tribunal não deve modificar seu precedente sem refletir adequadamente sobre o tema, apresentando motivos sérios e bem examinados, dado o radical abalo à vida jurídica do cidadão³⁹⁵. Ainda assim, um precedente pode ser superado ou revogado se houver alteração nos paradigmas interpretativos que levaram a sua criação no passado, para se permitir uma nova concepção judicial do direito, atendendo às exigências da sociedade, já em uma nova realidade cultural³⁹⁶.

³⁹² PEIXOTO, op. cit., p. 222.

³⁹³ EISENBERG, op. cit., p. 116-117; MACÊDO, *Precedentes judiciais...*, op. cit., p. 368.

³⁹⁴ KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 21-22.

³⁹⁵ MAXIMILIANO, op. cit., p. 234.

³⁹⁶ TUCCI. *Precedente judicial...*, op.cit., p. 180.

Com essas premissas, depois de estudada a composição e eficácia do precedente, bem como as técnicas adotadas para a sua aplicação ou distinção no caso concreto, nos próximos tópicos, a presente pesquisa voltará sua atenção ao modo pelo qual deve ser promovida a revogação ou alteração dos precedentes judiciais no sistema precedentalista desenhado pelo novo Código de Processo Civil.

2.6.1 *Overruling*

A prática judicial, a partir de um sistema de precedentes obrigatórios, exige constantemente que as partes e o juiz do caso sucessivo busquem a *ratio decidendi* do precedente, para depois realizar a comparação com o novo caso, e, assim, decidir por aplicar ou não o precedente³⁹⁷.

Todavia, nada impede que o tribunal criador do precedente ou outro a ele superior faça mais do que simplesmente distinguir os casos, pois ele pode concluir pela necessidade de sua revogação. Isso acontece quando se constata que a *ratio decidendi* teve formação equivocada, ou não mais se coaduna com as exigências do direito, em face da ocorrência de mudanças sociais, alteração do quadro fático-normativo, criação de novas tecnologias, dentre outros motivos³⁹⁸.

Dá-se o nome de *overruling* à hipótese na qual, mesmo após a reavaliação dos fundamentos que embasaram a formação do precedente, não se tenha obtido meio adequado para a sua correção ou emenda, ocasionando a substituição de sua *ratio decidendi* por outra no ordenamento jurídico³⁹⁹.

Diferentemente da *distinguishing*, a *overruling* ocorrerá em relação à questão de direito, não de fato. Quando um precedente é revogado, o tribunal está dizendo que a aplicação da regra jurídica dele decorrente não é mais admitida daquela forma, exigindo uma nova interpretação. Portanto, não se trata de diversidade de bases fáticas entre o caso originador do precedente e o caso em julgamento⁴⁰⁰.

Na hipótese de um precedente possuir mais de uma *ratio decidendi* e apenas uma delas ser objeto de *overruling*, sempre haverá a possibilidade de manutenção do precedente, no que tange às *ratios* não afetadas⁴⁰¹.

³⁹⁷ TOSTES, op. cit., p. 202.

³⁹⁸ ROSITO, op. cit., p. 305.

³⁹⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 387.

⁴⁰⁰ DUXBURY, op. cit., p. 117.

⁴⁰¹ CROSS; HARRIS, op. cit., p. 131-132.

A revogação da *ratio decidendi* do precedente poderá ocorrer de modo explícito ou implícito, quando será chamada de *transformation*, objeto de estudo em momento anterior. Em qualquer hipótese, a medida será excepcional, o que se comprova pelo fato de a *House of Lords* inglesa não ter revogado mais de um precedente por ano nas últimas décadas⁴⁰².

Sobrevindo lei nova tratando de modo diverso determinada hipótese fática, o julgador deverá aplicá-la aos casos ocorridos em sua vigência, salvo se ela for objeto de declaração de inconstitucionalidade, ou realizada interpretação conforme ou pronunciada sua nulidade sem redução de texto (FPPC, enunciado 324), não havendo de se falar em desrespeito ao precedente ou em *overruling*.

A previsão da possibilidade de superação do entendimento estampado em um precedente não significa, em absoluto, uma ampla liberdade para que os juízes o façam em qualquer situação. O sistema judiciário somente será íntegro e coeso quando, além de respeitarem a hierarquia, os tribunais superiores assumirem seu papel de orientação através dos precedentes e submeterem-se a regras adequadas para a sua revogação⁴⁰³.

A respeito da competência para a prática do *overruling*:

Como o *stare decisis* está diretamente ligado à estrutura judiciária e à ordem jurídica processual, nomeadamente à previsão recursal, a superação dos precedentes judiciais obrigatórios só é permitida para o próprio tribunal que prolatou a decisão ou para outro que esteja em posição hierárquica superior. Assim, por exemplo, no *stare decisis* brasileiro, os precedentes dos tribunais superiores e do Supremo Tribunal Federal são obrigatórios, sendo certo que este pode reverter as decisões e superar os precedentes daqueles com base em sua competência recursal⁴⁰⁴.

A revogação de um precedente será tolerada e incentivada quando dela decorrer uma interpretação mais justa da regra jurídica aplicável ao caso em julgamento⁴⁰⁵.

Nesse sentido, quando um precedente deixar de corresponder aos padrões de *congruência social* e *consistência sistêmica* e a sua manutenção for menos indicada pelos valores de estabilidade (isonomia, confiança justificada e vedação da

⁴⁰² MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 251.

⁴⁰³ OLIVEIRA; ANDERLE, op. cit., p. 320

⁴⁰⁴ MACÊDO, *Precedentes judiciais...*, op. cit., p. 389.

⁴⁰⁵ MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 225-227.

surpresa injusta) que sua própria manutenção, estarão presentes os motivos autorizadores da prática da *overruling*⁴⁰⁶.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, um precedente não atenderá aos padrões de *congruência social* quando três espécies de proposições forem por ele negados. As proposições morais refletem o consenso moral geral da comunidade, enquanto as políticas retratam uma situação boa ou má diante do bem-estar geral, e as proposições de experiência, por fim, referem-se ao modo de funcionamento do mundo, como as condutas de determinados grupos da comunidade⁴⁰⁷. Além disso, a *consistência sistêmica* não estará satisfeita por um precedente quando o mesmo tribunal que o originou passar a proferir decisões com ele incoerentes.

Na utilização de tal técnica, entretanto, o tribunal deverá avaliar prévia e pontualmente se não será o caso de manutenção do precedente, como forma de preservar a estabilidade do sistema e garantir a segurança jurídica do cidadão que nele confiou, pois a revogação do precedente com efeitos retroativos poderá constituir medida tão ou mais injusta que sua própria manutenção⁴⁰⁸.

Para que se proceda com a superação do precedente judicial, é necessário que as razões para a mudança sejam mais fortes do que as razões para a continuidade. [...] a norma exarada por precedente cria a expectativa legítima de sua continuidade pelos jurisdicionados, que programam suas relações jurídicas em conformidade à *juris dictio*, merecendo proteção, especialmente nos casos em que há longa linha de decisões que confirmam um precedente originário, tornando bastante improvável a existência de uma superação. Seria um verdadeiro *venire contra factum proprium* o Judiciário afirmar que as pessoas devem se comportar de uma determinada forma e, em seguida, puni-las por terem agido exatamente da mesma forma por ele determinada. Trata-se de ofensa tão grave à segurança que agride o próprio Estado de Direito⁴⁰⁹.

Na teoria do precedente judicial, a *ratio decidendi* possui o caráter de norma jurídica e, como tal, compõe o ordenamento jurídico. Da mesma forma que a revogação de um ato oriundo do Poder Legislativo necessita ser submetida a determinado procedimento legal, a prática de um *overruling* pelo Poder Judiciário precisa encontrar justificativa plausível e atender a determinados requisitos, já que, do contrário, a decisão por meio da qual ela se realiza estaria desprovida de legitimidade democrática no Estado brasileiro.

⁴⁰⁶ EISENBERG, op. cit., p. 350.

⁴⁰⁷ MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 252.

⁴⁰⁸ ROSITO, op. cit., p. 307.

⁴⁰⁹ MACÊDO, *Precedentes judiciais...*, op. cit., p. 393-396.

Nesse sentido, além de admitir a realização de audiências públicas e a participação de *amicus curiae* em diversas hipóteses de formação ou revisão de precedentes, para suprir o baixo teor democrático das decisões mediante as quais ocorra distinção ou revogação de um precedente (arts. 138, 927, § 2º, 983, § 1º, 1.038, inciso II), o NCPC incorporou à obrigação de fundamentação das decisões (art. 489, § 1º, inciso VI) o princípio da inércia argumentativa.

Pelo princípio da inércia argumentativa, os atores do processo podem ter de desempenhar duas modalidades de fundamentação: *i)* a primeira, com forte ônus argumentativo, será destinada a quem sustenta tese oposta à do precedente, ou ao julgador que se afasta da *ratio decidendi* ao decidir um caso posterior; e *ii)* na segunda, diminui-se a carga argumentativa daquele que sustenta tese alinhada ao precedente, ou ao julgador que incorpora a *ratio decidendi* à fundamentação da decisão do caso presente⁴¹⁰.

Dentre os seus vários benefícios à manutenção de um sistema de precedentes obrigatórios, destaca-se a exigência de maior carga argumentativa para fundamentar as decisões de *overruling*, somente a tornando legítima quando existirem maiores razões para a revogação que para a manutenção do precedente:

A desconsideração do precedente, quer na dimensão vertical, quer na horizontal, exige uma argumentação qualificada, (a) ora demonstrando que o precedente se formou inadequadamente, ou que não goza mais de congruência social e/ou consistência sistêmica (*overruling*); (b) ora demonstrando que no caso em julgamento há fatos relevantes que o distancia do caso em que se firmou o precedente (*distinguishing*). [...] a inércia argumentativa intervém em favor do estado de coisas existente, que só deve ser alterado se houver razões a favor da mudança, se houver prova da oportunidade de mudar de conduta diante de uma situação que se repete. No direito, as razões a favor da mudança funcionam de forma bastante semelhante à força resultante que pode pôr em movimento um corpo em repouso, ou a alterar a velocidade ou direção de um corpo em movimento⁴¹¹.

Como esclarece José Rogério Cruz e Tucci, quando o julgador recusa um precedente, deve-se exigir dele justificativas que ultrapassem as razões ordinárias para a fundamentação de uma decisão, pois a revogação de um precedente significa a retirada de uma norma ordenamento jurídico. O abandono de uma trilha seguida por inúmeras vezes, necessita ser acompanhada da apresentação de fundamentos

⁴¹⁰ ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro. *Revista de Processo*, n. 229, ano 39, mar/2014, p. 379.

⁴¹¹ *Ibid.*, p. 389.

complementares, para justificar a incoerência histórica, tanto pela força do hábito quando pela coerência na conduta que se esperava ver nas outras ocasiões em que o quadro fático fosse repetido⁴¹².

A inércia argumentativa é importante para o direito brasileiro pelo fato de, como já se observou, a outorga de maior importância às decisões judiciais não ter sido acompanhada da constatação da necessidade de se exigir uma fundamentação melhor qualificada do defensor de tese antagônica à *ratio decidendi*, bem como do julgador que distingue ou revoga um precedente, visando a respeitar os princípios da isonomia, da segurança jurídica e da motivação das decisões⁴¹³.

A exigir maior carga argumentativa na fundamentação da decisão veiculadora da *overruling*, sob pena de nulidade (art. 489, § 1º, inciso VI, do NCPC), a inércia argumentativa agrega conteúdo democrático à atividade judicial, uma vez compreendido que a revogação de uma *ratio decidendi* somente ocorrerá quando ela já não mais encontrar espaço no ordenamento jurídico.

Assim, se a manutenção de um precedente pode vir a causar injustiça ao cidadão ou sua *ratio decidendi* já não se demonstrar apropriada à realidade jurídica atual, sua revogação deve ser admitida, desde que observada a necessidade de adequada e específica fundamentação, em respeito à segurança jurídica e à isonomia dos jurisdicionados.

2.6.2 Anticipatory overruling

As Cortes de Apelação dos Estados Unidos têm praticado a revogação antecipada de um precedente suscitado no processo por alguma das partes, para impedir a sua aplicação a um caso concreto, quando identificar que a Suprema Corte não o adotará em um julgamento futuro⁴¹⁴.

Adotada pelos norte-americanos desde 1981, a *anticipatory overruling*, ou revogação antecipada, é o termo utilizado para representa a situação na qual há negativa de aplicação, por um tribunal inferior, de um precedente oriundo de um tribunal superior, quando aquele estiver convicto de que este o revogará em sede de

⁴¹² TUCCI, *Precedente judicial...*, op. cit., p. 180-181.

⁴¹³ ATAÍDE JR., O princípio da inércia argumentativa..., op. cit., p. 379.

⁴¹⁴ KNIFFEN, Margaret N. Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Actions By United States Court of Appeals. *Fordham Law Review*, n. 51, 1982, p. 53.

recurso⁴¹⁵. Na Inglaterra, todavia, onde o apego à doutrina do *stare decisis* é mais rígida, não há possibilidade de juízes e tribunais inferiores promoverem a superação antecipada de um precedente⁴¹⁶.

A fundamentação da decisão de *anticipatory overruling* indica a não aplicação de um precedente ainda válido, mas em vias de revogação pelo tribunal competente, justificando a medida, de modo a diferenciá-la do *overruling* implícito, quando, ainda que com dificuldade, seja possível identificar a pretensão de superação do precedente⁴¹⁷.

Do mesmo modo, não há razão para se confundir a prática da superação antecipada com a ocorrência da *distinguishing*, ocorrida quando há diferenças relevantes entre o caso em julgamento e aquele do qual decorre o precedente. Além disso, a técnica da sinalização, apesar de próxima da superação antecipada, com ela não se confunde, por ser praticada pelo tribunal superior, quando pretende indicar a possibilidade concreta de superar um precedente⁴¹⁸.

Margaret N. Kniffen ocupou-se de elencar quais fatores induziriam as Cortes de Apelação a praticarem a superação antecipada de um precedente da Suprema Corte norte-americana, quais sejam: *i)* a ocorrência de erosão do precedente; *ii)* novas tendências em decisões da Suprema Corte; *iii)* a consciência de que a Suprema Corte está aguardando o momento adequado para superar o precedente; *iv)* a mudança dos membros da Suprema Corte ou de suas opiniões pessoais; *v)* a verificação de inconsistência nas decisões da Suprema Corte; *vi)* falha no atingimento dos objetivos do precedente⁴¹⁹.

Para Lucas Buril de Macêdo, por exemplo, a utilização da técnica não seria legítima quando fosse embasada na alteração da composição do tribunal superior, embora fossem facilmente defensáveis as hipóteses nas quais o próprio tribunal superior tem causado a erosão do precedente, sinalizado a intenção de superá-lo, aguardando o momento ou o caso adequado para tanto, ou mesmo quando é evidenciada uma inconsistência em face de um conjunto de precedentes do mesmo órgão judicial⁴²⁰.

⁴¹⁵ MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 260.

⁴¹⁶ MACÊDO, *Precedentes judiciais...*, op. cit., p. 416.

⁴¹⁷ KNIFFEN, op. cit., p. 57.

⁴¹⁸ PEIXOTO, op. cit., p. 233.

⁴¹⁹ KNIFFEN, op. cit., p. 61-70.

⁴²⁰ MACÊDO, *Precedentes judiciais...*, op. cit., p. 414.

Ocasionalmente, há tensão entre a segurança jurídica e a necessidade de manutenção do sistema, há preocupação acerca de quão suficientes e válidos são os fatores indicados para a prática da *anticipatory overruling*. Nesse sentido, ciente de que a segurança jurídica não é absoluta, poderá ela ser relativizada se, para tanto, for possível a evolução do sistema jurídico, adequando-o às necessidades atuais da sociedade⁴²¹.

É preciso ficar claro que a *anticipatory overruling* não representa uma abertura para um tribunal inferior criticar ou forçar o tribunal superior a reavaliar seu precedente. Ao contrário, a legitimidade de tal prática reside justamente no fato de, com ela, o tribunal inferior “deve se comportar para não fugir do que a Suprema Corte faria se tivesse o caso nas mãos”⁴²².

Por isso, a prática demonstra possuir grande serventia à teoria dos precedentes, desde que sua aplicação seja realizada de modo prudente e responsável, obrigatoriamente acompanhada da respectiva carga argumentativa capaz de demonstrar a elevada probabilidade de o precedente estar prestes a ser superado pelo tribunal superior⁴²³.

2.7 Regime jurídico dos precedentes no novo Código de Processo Civil

O esforço doutrinário e legislativo de valorização dos precedentes judiciais verificado no Brasil nas últimas décadas ganhou significativo reforço com o advento da Lei nº 13.105/2015, o novo Código de Processo Civil (NCPC). A novel legislação traz em seu bojo a modernização da atividade jurisdicional do país, com o claro objetivo de promover a segurança jurídica do cidadão.

O NCPC buscou compatibilizar seus dispositivos com a Constituição Federal de 1988 já em sua Parte Geral, adotando importantes valores constitucionais, informadores de toda a ordem jurídica nacional, tais como o contraditório, a ampla defesa, a razoável duração do processo e a segurança jurídica, indispensável à promoção da igualdade substancial e à dignidade da pessoa humana⁴²⁴.

⁴²¹ KNIFFEN, op. cit., p. 83.

⁴²² MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 264.

⁴²³ ATAÍDE JR.; PEIXOTO, *Flexibilidade, stare decisis...*, op.cit., p. 298.

⁴²⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, n. 209, ano 37, jul/2012, p. 354.

Dentre as inovações do novo Código, naquilo que interessa ao presente estudo, está a criação de um sistema de precedentes judiciais, construído sobre bases pensadas para combater a *dispersão excessiva da jurisprudência*⁴²⁵. Busca-se alcançar este objetivo mediante alterações no sistema recursal e a previsão de meios para a uniformização dos provimentos jurisdicionais, com regras de manejo e aplicação dos precedentes judiciais e a previsão das consequências jurídicas deles decorrentes.

Isso tudo é facilmente identificado na Exposição de Motivos da Comissão de Juristas designada pelo Senado Federal para a elaboração do Anteprojeto de Código de Processo Civil:

Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão⁴²⁶.

O sistema de precedentes judiciais foi quase que inteiramente disciplinado pelo NCPC no Capítulo I (Disposições Gerais), do Título I (Da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais), do Livro III (Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais).

No entanto, essa localização geográfica inadequada não é óbice à aplicação do regramento dos precedentes a todos os processos judiciais, independentemente de qual o procedimento adotado, seja comum ou especial, de conhecimento ou execução. O fato de o processo tramitar ou não perante um tribunal também não modifica a possibilidade de ser originado um precedente da decisão nele proferida⁴²⁷. Isso justifica a recíproca sua influência e complementariedade de dispositivos espalhados por todo o Código, como é o caso do art. 10, relativo à

⁴²⁵ BRASIL. Congresso Nacional, op. cit., p. 19.

⁴²⁶ BRASIL, loc. cit.

⁴²⁷ MACÊDO, Lucas Buril de. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do Anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredie; et al. *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 473.

vedação das decisões-surpresa, e do art. 489, § 1º, que trata da fundamentação das decisões.

A disciplina normativa do sistema de precedentes judiciais tem início no art. 926, caput, do NCPC, com a veiculação de deveres gerais das Cortes no que toca aos precedentes⁴²⁸. Ele prescreve que “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Este dispositivo é símbolo da aposta na estabilização das decisões judiciais, tornando a prestação jurisdicional mais íntegra e coerente, iniciando-se pelos tribunais, que *deverão dar o exemplo*: “como se exigir o respeito no aspecto vertical (para órgãos hierarquicamente inferiores) se inexistente respeito no aspecto horizontal (do próprio tribunal)? Afinal, quem não respeita não pode cobrar respeito”⁴²⁹.

O art. 926, *caput*, do NCPC visa a impedir que os tribunais possuam entendimentos instáveis a respeito das questões que lhes são levadas a apreciação, dada a nocividade dessa situação para todos os cidadãos, principalmente quando isso ocorre em julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça.

Trata-se de regra de conduta aos julgadores de todas as instâncias, derivada do princípio constitucional da isonomia, corriqueiro em Estados Democráticos de Direito. Apesar de sua tamanha obviedade, teve de ser positivada no Brasil em razão da sistemática dispersão jurisprudencial, que se pretende evitar⁴³⁰.

A respeito do tema, o enunciado 169 do FPPC é bastante elucidativo ao prever que “os órgãos do Poder Judiciário devem obrigatoriamente seguir os seus próprios precedentes, sem prejuízo do disposto nos § 9º do art. 1.037 e § 4º do art. 927”, relativos às técnicas de distinção ou superação do precedente, cuja adoção dependerá do atendimento de seus requisitos respectivos, conforme estudo análise realizada anteriormente.

Enquanto instituição, pelo dever de uniformização da jurisprudência, o tribunal não poderá se omitir em dissipar a divergência existente entre seus órgãos

⁴²⁸ ROMÃO, Pablo Freire; PINTO, Eduardo Régis Girão de Castro. *Precedente judicial no novo Código de Processo Civil*: tensão entre segurança e dinâmica do direito. Curitiba: Juruá, 2015, p. 106.

⁴²⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1487.

⁴³⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; et al. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1314.

internos⁴³¹. Para tanto, deverá valer-se dos inúmeros instrumentos destinados a tal fim, como é o caso do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976), incidente de assunção de competência (art. 947), recursos extraordinário e especial repetitivos (art. 1.036) e das súmulas de jurisprudência (art. 926, § 1º).

Individualmente, os integrantes dos tribunais terão o dever moral de colaborar com a uniformização da jurisprudência. Portanto, se seu entendimento for isolado, embora com ressalva de sua posição pessoal, o desembargador ou ministro deverá curvar-se à maioria, mesmo quando inexistir precedente ou súmula de seguimento obrigatório:

Trata-se de conduta moralmente elogiável (Enunciado 172 do FPPC: 'A decisão que aplica precedentes, com a ressalva de entendimento do julgador, não é contraditória.'), preocupada com a uniformização da jurisprudência e de todos os benefícios advindos dela. Não é situação incomum no dia a dia forense, quando juízes expressam seu entendimento pessoal, mas decidem conforme o entendimento majoritário (STF, Tribunal Pleno, Inq 2.704/RJ, rel. Min. Rosa Weber, j. 17.10.2012, *DJe* 27.2.2013; STJ, 5ª Turma, HC 201.589/RJ, rel. Min. Laurita Vaz, j. 26.8.2014, *DJe* 2.9.2014; STJ, 6ª Turma, REsp 1.443.385/RS, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 26.8.2014, *DJe* 24.11.2014.), em respeito ao postulado da colegialidade (STF, 2ª Turma, MS 33.426 Agr/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 14.4.2015; STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.428.174/RS, rel. Min. Felix Fischer, j. 17.9.2015, *DJe* 24.9.2015.).⁴³²

Além de uniformizarem sua jurisprudência, os tribunais deverão mantê-la estável e confiável. Quando o precedente de um mesmo tribunal ou de um a ele superior não é aplicado a um caso atual, há ofensa à isonomia e à segurança jurídica dos jurisdicionados, o que não se pode admitir diante da atual ordem constitucional.

Assim, mesmo quando não concordarem com um precedente, pelo bem da estabilidade do ordenamento jurídico, os juízes deverão segui-lo, salvo se existirem razões suficientes para realizar uma distinção entre casos ou uma revogação do precedente:

Os precedentes de evidente relevância têm, de fato, autoridade num tribunal de justiça, mas sua autoridade é de caráter político – ou seja, tem suas raízes basicamente na força – e não epistêmico. Os juízes seguem as

⁴³¹ DIDIER JR., Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. *In*: _____; et al. *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 384.

⁴³² NEVES, op. cit., p. 1488-1489.

decisões anteriores de seu tribunal quando estão de acordo com elas, ou quando consideram a estabilidade jurídica mais importante, naquelas circunstâncias, do que a compreensão correta do direito. Contudo, a importância analógica do precedente significa simplesmente que o precedente contém informações relevantes para a decisão do caso em pauta⁴³³.

A instabilidade da jurisprudência pode acontecer tanto quando o julgador ignora um entendimento antes adotado como quando o conhece, mas simplesmente passa dar tratamento diverso à mesma questão. Uma mudança repentina maltrata a isonomia entre os jurisdicionados e não proporciona segurança jurídica, impedindo que pessoas e empresas possam planejar as condutas que tomarão ao longo de suas vidas, com base no ordenamento jurídico, do qual os precedentes vinculantes também fazem parte.

O enunciado 380 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) confirma o argumento: “A expressão ‘ordenamento jurídico’, empregada pelo Código de Processo Civil, contempla os precedentes vinculantes”.

Nesse viés, o NCPC estimula a produção de jurisprudência uniforme e estável⁴³⁴, cuja exigência impede alterações bruscas de entendimento, já que os tribunais como um todo, inclusive seus órgãos fracionários, têm de respeitar seus precedentes, bem como dos tribunais superiores, como assinalou o FPPC em seus enunciados 316 e 453:

Enunciado 316: A estabilidade da jurisprudência do tribunal depende também da observância de seus próprios precedentes, inclusive por seus órgãos fracionários.

Enunciado 453: A estabilidade a que se refere o *caput* do art. 926 consiste no dever de os tribunais observarem os próprios precedentes.

Assim, para se modificar enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de recurso repetitivo, por aplicação do *princípio da inércia argumentativa*⁴³⁵, o julgador encontrará maior dever de fundamentação, a qual deverá ser “adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia” (art. 927, § 4º, NCPC).

Por isso que, em atenção ao interesse social e à segurança jurídica, o art. 927, § 3º, do NCPC, permite a modulação dos efeitos da decisão promotora de

⁴³³ POSNER, Richard. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 609.

⁴³⁴ WAMBIER et al, op. cit., p. 1314.

⁴³⁵ ATAÍDE JR., O princípio da inércia argumentativa..., op. cit., p. 389-399.

“alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos”.

O dever de estabilidade não pretende tornar o direito imutável. Por isso, sob a égide do NCPC, a alteração ou revogação de um precedente continua sendo possível, embora tais hipóteses tragam consigo a imposição de uma maior carga argumentativa, cuja falta poderá macular a decisão de nulidade, em caso de desrespeito (art. 489, § 1º, inciso VI).

O art. 926, *caput*, do NCPC, também impõe aos tribunais o dever de integridade, que será examinado com maior detalhe no capítulo seguinte. Em linhas gerais, pode ser compreendido como a obrigação de as decisões levarem em consideração as decisões pretéritas do mesmo tribunal ou de outros a ele superiores.

A integridade não deixa de ser uma releitura da doutrina da unidade do ordenamento jurídico, como destaca o enunciado 456 do FPPC: “Uma das dimensões do dever de integridade consiste em os tribunais decidirem em conformidade com a unidade do ordenamento jurídico”.

Quando se fala em decidir conforme o ordenamento jurídico, deve-se levar em conta a possibilidade de, mantido o texto legal em sentido amplo, ocorrer evolução na interpretação capaz de alterar a norma jurídica dele extraída.

O mesmo poderá ocorrer dos precedentes judiciais, os quais poderão ganhar novos significados devido à remodelagem da sociedade. A esse respeito, o enunciado 322 do FPPC aponta que “A modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida”.

Para estas hipóteses, o dever de integridade, justamente por visar a mediar a tensão entre a segurança jurídica e a dinâmica do direito, orientará a utilização das técnicas da distinção ou superação dos precedentes, para adequar o entendimento do tribunal à nova interpretação do ordenamento jurídico, nos moldes preconizados pelo enunciado 457 do FPPC.

O art. 926, *caput*, do NCPC, traz outra imposição derivado da imposição constitucional de isonomia. É o dever de coerência para os tribunais, mediante o

qual se impede seja conferido tratamento jurídico diferente a indivíduos envolvidos em situações análogas ou atinentes a uma mesma questão de direito⁴³⁶.

Para o enunciado 455 do FPPC, “Uma das dimensões do dever de coerência significa o dever de não-contradição, ou seja, o dever de os tribunais não decidirem casos análogos contrariamente às decisões anteriores, salvo distinção ou superação”.

Desta maneira, se o órgão julgador já possui entendimento formado sobre o tema, ele somente se desincumbirá de seu dever de coerência caso aplique na decisão de um caso presente os mesmos princípios adotados quando foram decididos os demais casos idênticos⁴³⁷.

A formação dinâmica do precedente possibilita uma atuação coerente do Poder Judiciário, já que sua construção de sua *ratio decidendi* é iniciada no primeiro grau de jurisdição, sendo lapidada e fortalecida, à medida que o processo caminha pelos diferentes graus de jurisdição, visando à definição do “melhor entendimento possível naquele momento histórico e social, a respeito de determinada questão jurídica”⁴³⁸.

Não se pode negligenciar, entretanto, que o desembargador ou ministro que aderir ao voto-vencedor ficará obrigado a seguir o precedente construído quando a ele for posteriormente submetida a mesma questão, exceto se for o caso de distinção ou superação.

É o que sugere o enunciado 431 do FPPC:

O julgador, que aderir aos fundamentos do voto-vencedor do relator, há de seguir, por coerência, o precedente que ajudou a construir no julgamento da mesma questão em processos subsequentes, salvo se demonstrar a existência de distinção ou superação.

Sob a mesma ótica, o enunciado 454 do FPPC, assinala que “Uma das dimensões da coerência a que se refere o *caput* do art. 926 consiste em os tribunais não ignorarem seus próprios precedentes (dever de autorreferência)”.

O mecanismo de decidir com base nos precedentes pertinentes à mesma questão jurídica é conhecido como *técnica de autorreferência*. A operação de um sistema jurídico baseado em precedentes obrigatórios impõe um novo modelo

⁴³⁶ NEVES, op. cit., p. 1490.

⁴³⁷ STRECK, *O que é isto...*, op. cit., p. 111.

⁴³⁸ SANTOS, op. cit., p. 172.

argumentativo no processo e a autorreferência é um dever específico da fundamentação das decisões, já que o julgador necessitará dialogar com os precedentes existentes, mesmo que seja para negar a sua aplicação no caso presente⁴³⁹.

Prática comum no âmbito da *common law*, a técnica da autorreferência contribui para uma atividade jurisdicional coerente, pois impõe a necessidade de diálogo do julgador com os precedentes do próprio tribunal e dos tribunais superiores na construção de sua nova decisão. Os argumentos já apreciados quando do julgamento do caso precedente não necessitarão ser novamente respondidos pelo julgador do caso presente, mas os precedentes invocados pelas partes para sustentar suas razões deverão integrar a nova decisão.

Portanto, se um argumento apresentado por determinado litigante já foi resolvido em contraditório pela decisão que originou o precedente, a nova decisão não será obrigada a lhe enfrentar novamente. Assim, a construção da decisão do caso presente será construída através da invocação do precedente aplicável, demonstrando existir incidência de seus fundamentos determinantes na hipótese fática em exame, sem que a medida implique em ausência de fundamentação.

O enunciado 524 do FPPC trata do tema:

O art. 489, §1º, IV, não obriga o órgão julgador a enfrentar os fundamentos jurídicos deduzidos no processo e já enfrentados na formação da decisão paradigma, sendo necessário demonstrar a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele já apreciado.

Dessa maneira, o tribunal demonstrará a coerência de sua atividade quando a nova decisão contiver tanto as razões para o acolhimento de um precedente, quanto os motivos pelos quais a hipótese fática do caso concreto não se amoldou à *ratio decidendi* do precedente por ela rejeitado⁴⁴⁰.

De outro lado, também há o dever de tornar públicos os precedentes, consoante dispõe o art. 927, § 5º, do NCPC: “Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”. O assunto já foi objeto de análise específica no primeiro capítulo da pesquisa.

⁴³⁹ MACÊDO, *Precedentes judiciais...*, op. cit., p. 267-268.

⁴⁴⁰ ROMÃO; PINTO, op. cit., p. 111.

Seguindo a disciplina normativa, em seus cinco incisos, o art. 927 apresenta um rol escalonado e não taxativo de decisões cujo respeito será obrigatório pelos juízes e tribunais. A ordem de apresentação dos precedentes em cada um dos incisos revela a existência de uma verdadeira hierarquia a ser observada no momento do julgamento⁴⁴¹.

Em primeiro lugar, deverão ser aplicados os precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; na sequência, terão vez as súmulas vinculantes; depois, os precedentes decorrentes do julgamento dos incidentes de assunção de competência, de resolução de demandas repetitivas e recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional terão vez na sequência e, finalmente, será aplicada a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Os órgãos fracionários do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça também poderão, evidentemente, originar precedentes, os quais igualmente precisarão ser respeitados pelos tribunais e juízes hierarquicamente inferiores no plano recursal. Assim é que, conquanto não mencionados no rol do artigo 927 do NCPC, não havendo precedente do Plenário do STF ou da Corte Especial do STJ, buscar-se-á a existência de um oriundo de um órgão fracionário de cada um dos tribunais, conforme a matéria seja constitucional ou infraconstitucional, respectivamente⁴⁴².

Por outro lado, uma vez que a doutrina e o próprio ordenamento jurídico caminhavam para a valorização do precedente judicial como referencial normativo do sistema processual, pecou o novo Código de Processo Civil, em atribuir tamanha importância à súmula. Se é a incidência da norma jurídica no caso concreto faz nascer o precedente judicial, a ele sendo atribuída força obrigatória, sendo também ele a base para a edição do enunciado da súmula, o caminho natural seria o gradativo desuso do instituto das súmulas, não o contrário⁴⁴³.

Assim, quando o § 1º do artigo 926 do NCPC determina a edição de enunciados de súmulas, com ou sem caráter vinculante, cria inegável entrave à boa

⁴⁴¹ MACÊDO, Lucas Buril de. O regime jurídico dos precedentes judiciais no Projeto do Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, n. 237, ano 39, nov/2014, p. 387-388.

⁴⁴² *Ibid.*, p. 388.

⁴⁴³ MACÊDO, *Precedentes judiciais...*, op. cit., p. 478.

operação da teoria dos precedentes obrigatórios, pois, como é intuitivo, o precedente judicial é que deverá ocupar a posição de referencial normativo, não a súmula⁴⁴⁴.

Seguindo na análise da regulamentação teórica do sistema de precedentes, constata-se não ter sido conceituada a *ratio decidendi* do precedente no âmbito do NCPC, ficando a cargo da doutrina a sua delimitação. No entanto, apesar de não ter adotado a melhor técnica legislativa, uma interpretação sistemática de diversos dispositivos do NCPC permite sejam identificadas referências à *ratio decidendi* no art. 926, § 2º, quando se fala em “circunstâncias fáticas dos precedentes” que motivaram a edição de súmula; também no art. 927, § 2º, se encontra menção à “tese jurídica adotada”; e no art. 489, § 1º, inciso V, relativo aos “fundamentos determinantes da decisão”.

De igual forma, é possível identificar a previsão da técnica da distinção (*distinguishing*) no NCPC, quando o art. 489, § 1º, inciso VI, impõe a nulidade à decisão que “deixar de seguir súmula, jurisprudência ou precedente sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

Além da *distinguishing*, a parte final do art. 489, § 1º, inciso VI, do NCPC, também cuidou da técnica da revogação (*overruling*), quando aponta existir nulidade na decisão que não respeita um precedente sem demonstrar sua superação.

A *overruling* ainda foi tratada pelo art. 927, § 2º, cujo objetivo foi indicar a possibilidade de serem realizadas audiências públicas e admitida a participação de *amicus curiae* na rediscussão da tese, antes de se tomar a decisão de sua alteração. A respeito do tema, aliás, o enunciado 175 do FPPC, indica que “o relator deverá fundamentar a decisão que inadmitir a participação de pessoas, órgãos ou entidades e deverá justificar a não realização de audiências públicas”.

Novamente fazendo referência à *overruling*, o art. 927, § 3º, do NCPC, permite a promoção da modulação dos efeitos da decisão que alterar a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, no interesse social e no da segurança jurídica. É de se notar, a esse respeito, que, “pelos pressupostos do § 3º do art. 927, a modificação do precedente tem, como regra, eficácia temporal

⁴⁴⁴ MACÊDO, O regime jurídico..., op. cit., p. 386.

prospectiva. No entanto, pode haver modulação temporal, no caso concreto”, de acordo com o enunciado 55 do FPPC.

Demonstrando a incidência do princípio da inércia argumentativa no novo modelo processual brasileiro, o § 4º, do art. 927, do NCPC autoriza a revogação ou modificação de um precedente, desde que o julgador se desincumba da maior carga argumentativa de sua decisão, que deverá conter fundamentação adequada e específica a respeito das razões para o abandono do precedente existente, tudo para garantir respeito aos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

A adoção de um sistema precedentalista pelo NCPC produz efeitos sobre diversos outros institutos, como é o caso dos honorários sucumbenciais, cujo montante deverá ser redimensionado pelo tribunal, quando do julgamento do recurso, consoante previsão existente no art. 85, § 11, do NCPC.

Houve influência também no instituto da improcedência liminar do pedido (art. 332), cujas hipóteses de cabimento foram ampliadas, quando comparadas com aquelas do art. 285-A do CPC/73. Assim, quando for proposta ação judicial na qual o pedido e causa de pedir estiverem em conflito com uma hipótese do art. 332, competirá ao autor demonstrar a ocorrência de distinção ou revogação do precedente contrário à sua pretensão, para evitar seja proferida sentença liminar de improcedência.

A existência de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou de súmula vinculante passou a ser hipótese capaz de subsidiar a concessão de tutela de evidência, a teor do art. 311, inciso II, do NCPC, se as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo.

O reexame necessário também foi influenciado pelo sistema de precedentes judiciais, ficando ele dispensado quando a sentença proferida estiver fundada em uma das hipóteses previstas no art. 406, § 4º, do NCPC, quais sejam: *i)* súmula de tribunal superior; *ii)* acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; *iii)* entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; *iv)* entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

Em cumprimento provisório da sentença, o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, ordinariamente dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada pelo juiz imediatamente e prestada nos próprios autos (art. 520, inciso IV, NCPC). De acordo com o art. 521, inciso IV, no entanto, haverá possibilidade de dispensa da caução se a sentença provisoriamente executada estiver alinhada a súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos.

Conforme art. 932, incisos IV e V, do NCPC, os poderes do relator também foram influenciados pelo sistema de precedentes, ficando ele autorizado a negar provimento a recurso que contrarie, ou dar provimento a recurso contra sentença que contrarie: *i)* súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; *ii)* acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; *iii)* entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

O relator, segundo o art. 955, parágrafo único, também poderá julgar de plano o conflito de competência, se sua decisão estiver fundada: *i)* súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; *ii)* tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.

O incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) é mais uma das grandes apostas do NCPC, sendo destinado à fixação de tese jurídica quando existir risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, devido à efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito. Sua regulamentação ocorreu nos arts. 976 a 986.

No julgamento do IRDR, o tribunal competente fixará a tese jurídica aplicável à questão de direito a ele atinente, sendo aplicada: *i)* a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; e *ii)* aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

Por fim, merece destaque a previsão do instituto da reclamação (art. 988, NCPC), visando a *i*) preservar a competência do tribunal, *ii*) garantir a autoridade das decisões do tribunal; bem como *iii*) assegurar a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; e *iv*) garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou incidente de assunção de competência.

Feitas todas estas observações relativas às disposições do NCPC sobre o sistema de precedentes judiciais obrigatórios, pode-se constatar a existência de coesão normativa e a comunhão de esforços, pelos diversos institutos e técnicas, para o alcance do objetivo de promover celeridade, eficiência e acesso à justiça, além de tornar a prestação jurisdicional estável, íntegra e coerente.

3 OS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO EFETIVAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA NO BRASIL

A pesquisa até aqui realizada permite apontar-se como infundados os receios existentes em relação à adoção de uma teoria dos precedentes judiciais no Brasil, depois de apresentado todo o substrato teórico e cultural acumulado pela família da *common law*.

Teve-se oportunidade, também, para assinalar a necessidade de alteração do modo de aplicação dos precedentes judiciais no país, dada a constatação de equívocos causados principalmente por razões culturais.

Agora, faz-se necessário estudar a função da segurança jurídica no Estado de Direito e, em consequência, apontar a necessidade de sua concretização como justificativa adequada para a adoção da teoria dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico nacional.

3.1 Segurança jurídica no Estado de Direito

As formas para a submissão do poder do Estado ao interesse público eram buscadas desde a Grécia Antiga, mas a expressão “Estado de Direito” foi utilizada com objetivo bastante diverso do atualmente adotado, pela primeira vez, apenas em 1798, para referir-se à escola kantiana⁴⁴⁵.

Anos depois, ela foi empregada para retratar o Estado na condição de protetor da liberdade individual, até passar a corresponder à ideia de liberdade do indivíduo em face do próprio Estado⁴⁴⁶, tendo seu uso logo incorporado pela França, recém derrotada na guerra franco-prussiana.

Embora o Estado Moderno tenha nascido absolutista, ele se consolidou sob a fórmula do Estado de Direito ao longo do século XIX, quando as primeiras constituições escritas veiculavam como sua preocupação central a repartição e limitação do poder, inclusive com a proteção do indivíduo em face do Estado⁴⁴⁷.

A esta altura, as relações do Estado com os indivíduos já estava submetida ao regime de direito, ou seja, as ações estatais deveriam ser praticadas em

⁴⁴⁵ COSTA, Pietro. O Estado de direito: uma introdução histórica. In: _____; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de direito: história, teoria e crítica*. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 95-198.

⁴⁴⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. As origens do Estado de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, n. 168. Rio de Janeiro: FGV, 1987, p. 11; LUCCA, op. cit., p. 33.

⁴⁴⁷ BARROSO, *Curso...*, op. cit., p. 62.

observância à ordem jurídica existente e os indivíduos dispunham de mecanismos para defesa das ações indevidas do Estado.

Luigi Ferrajoli não considera o Estado de Direito simplesmente como um *estado legal ou regulado pelas leis*, mas um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições. Caracteriza-se:

a) no plano formal, pelo princípio da legalidade, por força do qual todo poder público – legislativo, judiciário, e administrativo – está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes; b) no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por todos os meios de incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes⁴⁴⁸.

Nesta formulação, não há espaço para o exercício desregulado do Poder estatal, pois deveres jurídicos formais e substanciais sujeitam todos os atos de poder a uma limitação, cuja principal consequência é a possibilidade de invalidação judicial e a responsabilização dos autores em caso de excesso ou desvio.

Já no século XX, o amadurecimento da noção de Democracia foi capaz promover sua agregação ao conceito de Estado de Direito, que resultou na formulação do Estado Democrático de Direito, no qual estão em pauta “*quem decide* (fonte do poder), *como decide* (procedimento adequado) e *o que* pode ou não pode ser decidido (conteúdo das obrigações negativas e positivas dos órgãos de poder)”⁴⁴⁹.

Nenhum outro valor substancial do Estado de Direito poderá ser atingido sem que exista prévia definição do poder estatal e rígido controle de seu exercício, permitindo-se às pessoas a condução de suas vidas com segurança, antevendo as consequências de suas condutas e confiando na impossibilidade de alteração das situações jurídicas já firmadas, com a garantia de que, sem o devido processo legal, não ocorrerá invasão de seus bens jurídicos⁴⁵⁰.

Sob o prisma teleológico, pode-se afirmar que o Estado foi criado para promover o ser humano⁴⁵¹ de acordo com os valores eleitos por cada sociedade, variáveis de acordo cada momento histórico. Rousseau teve oportunidade de

⁴⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 805.

⁴⁴⁹ BARROSO, *Curso...*, op. cit., p. 63. Grifos do autor.

⁴⁵⁰ LUCCA, op. cit., p. 57.

⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 52.

ressaltar que, “como os homens não podem engendrar novas forças, mas apenas unir e dirigir aquelas que existem, não lhes resta outro meio, para se conservar, senão formando por agregação uma soma de forças”⁴⁵².

Dado que é inerente ao ser humano a busca por liberdade e segurança, ele escolheu viver em sociedade na intenção de reunir meios para planejar e desenvolver sua vida. Assim, desde as formas mais vulgares de organização social, foram procurados meios capazes de promover a garantia de segurança e de liberdade dos indivíduos. Sentia-se a necessidade de elaboração de regras para a convivência e trabalho com eficiência, protegendo-se o indivíduo que confia em tais regras⁴⁵³.

O Estado de Direito tem como característica marcante a garantia da segurança jurídica do indivíduo, uma vez que o próprio direito decorre da preocupação com a segurança⁴⁵⁴.

José Afonso da Silva⁴⁵⁵ compreende a segurança jurídica como o conjunto de condições capaz de possibilitar às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida, enquanto Hans Kelsen⁴⁵⁶ somente considera adequado tratar como Estado de Direito aquela ordem jurídica que satisfaça os requisitos da democracia e da segurança jurídica.

Em verdade, o ordenamento jurídico tem como razão de ser a necessidade de oferecimento de segurança jurídica, de modo que direito e segurança são conceitos ligados umbilicalmente, pois o “Estado de Direito ou é seguro, ou não é Estado de Direito”⁴⁵⁷.

Francisco Rosito, a propósito, também trata a segurança jurídica como pressuposto do Direito e fundamento da constituição do verdadeiro Estado de Direito:

No âmbito do Direito [...] a segurança é o fundamento da constituição do próprio Estado, organização criada para outorgar fundamentalmente proteção aos indivíduos e para atender as necessidades impostas pelo bem comum da sociedade, o que justifica a alienação de boa parte da liberdade

⁴⁵² ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Escala, 2000, p. 26.

⁴⁵³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 176.

⁴⁵⁴ BARBOZA, op.cit., p. 234.

⁴⁵⁵ SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional positivo*, op. cit., p. 433.

⁴⁵⁶ KELSEN, op. cit., p. 346.

⁴⁵⁷ ÁVILA, op. cit., p. 221.

individual, na esteira do pensamento de Hobbes. O direito passa a assumir o papel que antes estava relegado à religião, tornando-se a segurança jurídica a grande contribuição do poder político à própria função do Direito, que é de estabilizar as expectativas de comportamento, para que os seus destinatários possam calcular as consequências do comportamento próprio e alheio. A segurança jurídica torna-se, assim, pressuposto do Direito em si, formando-se um Estado de Direito em que as liberdades são respeitadas e os direitos fundamentais, assegurados⁴⁵⁸.

A segurança jurídica é um dos pilares básicos do Estado de Direito, na condição de subprincípio concretizador de seu princípio fundamental estruturante⁴⁵⁹. A íntima ligação da segurança jurídica com o Estado de Direito também decorre da necessidade daquela para o alcance de um dos fundamentos desde, qual seja, a dignidade da pessoa humana, conceituada por Ingo Wolfgang Sarlet como:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos⁴⁶⁰.

Nesta ordem de ideias, Ingo Wolfgang Sarlet considera que, no Estado de Direito, a dignidade da pessoa humana não estará adequadamente protegida e respeitada quando os cidadãos estiverem submetidos a tal nível de instabilidade jurídica que não lhes permita, segura e tranquilamente, confiar nas entidades estatais e nas próprias relações jurídicas nas quais estiverem envolvidas ou pretendam se envolver⁴⁶¹.

Por isso, sob a ótica da estabilidade e continuidade da ordem jurídica, bem como da previsibilidade das consequências jurídicas das condutas no meio social, a segurança jurídica é considerada indispensável à caracterização de um Estado que pretenda, legitimamente, o status de *Estado de Direito*⁴⁶².

⁴⁵⁸ ROSITO, op. cit., p. 138-139.

⁴⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte, Fórum, 2009, p. 90.

⁴⁶⁰ Id. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62.

⁴⁶¹ SARLET, A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica..., op. cit., p. 94.

⁴⁶² MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 95.

3.2 Da conceituação da segurança jurídica

Foi nos primórdios da sociedade que se passou a discutir acerca da segurança jurídica, em decorrência do desejo humano de possuir algum nível de certeza nas relações mantidas com os demais indivíduos e com o Estado, sem variações de fundo no decorrer do tempo⁴⁶³. Alguns a consideram como a própria razão do direito⁴⁶⁴ e outros, como já se mencionou, a enxergam como verdadeiro elemento constitutivo do Estado de Direito, por fazer parte da vida humana e ser necessária para o planejamento e condução das relações sociais⁴⁶⁵.

Mesmo tendo ocorrido notável desenvolvimento dos institutos jurídicos ao redor de todo o mundo, todavia, foi somente nas últimas décadas que a doutrina passou a se preocupar com a elaboração de uma clara sistematização do conteúdo da segurança jurídica, no contexto da Teoria do Direito⁴⁶⁶.

Em decorrência de sua imprecisão e fluidez, a segurança jurídica é desprovida de um único significado, caracterizando-se como uma expressão plurissignificativa⁴⁶⁷. Tal circunstância, contudo, não justifica a realização de estudos insuficientes e inconclusivos acerca de seu conteúdo.

A multiplicidade de qualificações encontradas na doutrina, a dificultar a construção de uma definição conceitual para a segurança jurídica, foi identificada por Heleno Taveira Torres:

A segurança jurídica pode assumir múltiplas qualificações na ordem jurídica, como 'exigência', 'princípio', 'garantia', 'fim constitucional', e esta imprecisão revela-se na doutrina, ora referida como 'exigência fundamental', 'princípio superior', 'princípio geral do direito' e outros. Repete-se que *segurança jurídica* é uma expressão polissêmica e pode ser concebida como 'fim' do direito ou 'função' do Estado. Pode vir considerada como um valor suprapositivo, prévio à própria ordem jurídica, ou fundamento de legitimidade (ao gosto dos jusnaturalistas); pode coincidir com o conteúdo da certeza do direito, entendida como expressão da legalidade (positivismo); pode ser compreendida como um conceito vazio, em um modo niilista de conceber a segurança jurídica; apresentar-se como decorrência da confiança em um procedimento lógico-racional de

⁴⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 257.

⁴⁶⁴ CAVALCANTI FILHO, Theophilo. *O problema da segurança no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 53.

⁴⁶⁵ BARBOZA, op. cit., p. 234.

⁴⁶⁶ MEZQUITA DEL CACHO, José Luis. *Seguridad jurídica y sistema cautelar*. Sistema español de derecho cautelar. v. 1. Madrid: Bosch, 1989, p. 17; PEREZ LUÑO, Antonio-Henrique. *La seguridad jurídica*. 2. ed. Barcelona, Ariel, 2004, p. 29.

⁴⁶⁷ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle de constitucionalidade. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte, Fórum, 2009, p. 214.

construção dos seus conteúdos ou integrar-se ao conteúdo do sistema jurídico. Todas essas hipóteses de designação são conhecidas⁴⁶⁸.

No mesmo sentido, Humberto Ávila⁴⁶⁹ denuncia ser possível encontrar conceitos inadequados de segurança jurídica com bastante frequência, em face do alto grau de parcialidade e vagueza a que são submetidos.

Segundo o autor, de um lado, ela é tratada de modo parcial ou demasiadamente específico, deixando de lado os demais significados que lhe poderiam ser atribuídos. Assim, ora é dado destaque à proteção da confiança, como dever de determinação conceitual da hipótese de incidência, como ideal de previsibilidade ou, então como a soma de algumas de suas partes, como as garantias de legalidade, irretroatividade e anterioridade legal.

Por outro lado, também ocorre de se emprestar ao conceito segurança jurídica um tratamento vago ou genérico por demais, decorrente de um estudo muito amplo, mesmo quando analisada em apenas uma ou algumas de suas manifestações, ocasionando a falta de indicação dos critérios necessários à sua aplicação prática. Evidentemente, o resultado sempre será um conceito de conteúdo óbvio demais, tornando-o inadequado para o fim a que se propõe: resolver o problema da insegurança do cidadão⁴⁷⁰.

Na condição de princípio de direito, é imprescindível a delimitação de suas funções e a mensuração de seu peso, pois, a depender do contexto e sob qual ângulo for analisada, poderá ela colidir com outros princípios, sendo necessário encontrar qual deles que terá maior relevância no caso concreto.

Demais disso, tratando-se de tema afeto aos três poderes do Estado, projetando seus efeitos por toda a sociedade, os cidadãos almejam confiar no ordenamento jurídico e calcular as consequências decorrentes das relações jurídicas por eles mantidas, razão pela qual é imprescindível o conhecimento adequado das normas.

Em sua Teoria da Segurança Jurídica, Humberto Ávila elaborou um conceito, no qual abordou com a profundidade exigida por tema tão complexo que é a segurança jurídica, de modo simples e sob todos os ângulos, da seguinte forma:

⁴⁶⁸ TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 192.

⁴⁶⁹ ÁVILA, op. cit., p. 83-84.

⁴⁷⁰ Ibid., p. 83-84.

Pode-se conceituar a segurança jurídica como sendo uma norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídicas, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstitutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsabilmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro⁴⁷¹.

Como princípio de direito, portanto, a segurança jurídica possui força normativa e tem o condão de exigir dos três Poderes do Estado a contribuição para a ampliação do grau de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito para o cidadão.

3.3 A segurança jurídica e seus elementos estruturantes

De acordo com o conceito proposto por Humberto Ávila, além de constituir um princípio de direito, a segurança jurídica possui três elementos estruturantes, quais sejam, a cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade.

Antes de se proceder ao exame de cada um deles, deve ser afastada a ideia de impossibilidade prática de efetivação do princípio da segurança jurídica. Pensamento de tal espécie é fruto da inadequada suposição de que se pretende a previsão exata do conteúdo da norma jurídica aplicável a determinada relação jurídica, de modo imutável e rígido.

É absurda e ilegítima a pretensão de se considerar a segurança jurídica como sinônimo de certeza jurídica, no sentido de solução prévia e abstrata para problemas de interpretação de casos específicos, como se fosse possível a apresentação prévia de parâmetros e respostas para demandas⁴⁷².

Na verdade, como bem ressalta Lucas Buril de Macêdo, uma margem de incerteza decorre da própria natureza do direito, de modo a tornar o resultado de um processo judicial sempre sujeito às variáveis dele decorrentes, como, por exemplo, o adequado exercício do direito probatório pelas partes. A incerteza de que ora se trata não é relacionada com a segurança jurídica, mas com o funcionamento da instrução processual.

⁴⁷¹ ÁVILA, op. cit., p. 698.

⁴⁷² LIMA, *Precedentes judiciais civis no Brasil*, op. cit., p. 160.

A segurança jurídica vincula-se à interpretação dos dispositivos normativos e à aplicação das normas jurídicas aos fatos levados em consideração no corpo da decisão, não ao adequado exercício dos encargos probatórios pelos litigantes. Noutras palavras, pode-se dizer que a segurança jurídica somente opera depois de determinados os fatos sobre os quais a norma jurídica terá incidência, não em momento anterior⁴⁷³.

Quando se indica a cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do direito enquanto elementos estruturantes do princípio da segurança jurídica, está a se pregar a *construção racional do direito*, visando a proteger a frustração das legítimas expectativas do cidadão, mediante o estabelecimento de requisitos materiais, não apenas formais, para a modificação de normas jurídicas extraídas do ordenamento jurídico.

Justamente porque o direito é permanentemente reconstruído pela sociedade na qual está inserido, também a segurança jurídica dele decorrente deve ser relativa, permitindo-se sua ponderação quando se chocar com outros princípios. Mais do que impedir as arbitrariedades na construção do direito, deverá ela regulamentar o modo pelo qual haverá mudança no direito, emprestando razoabilidade e coerência nos processos de criação e aplicação das normas jurídicas⁴⁷⁴.

Há de ser considerada a existência de uma mudança no modo de encarar o tema. Enquanto outrora se buscava uma certeza jurídica, como *segurança de significado*, no sentido de obtenção de uma “solução prévia e abstrata para problemas interpretativos posteriores e concretos”, na atualidade, almeja-se a existência de uma *segurança de critérios*, enquanto provedora de “parâmetros prévios e abstratos para problemas interpretativos posteriores e concretos”⁴⁷⁵.

É nessa diretriz que se considera, na atualidade, que a segurança jurídica evoluiu da condição de meramente garantidora de imutabilidade de determinadas situações, como o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, para a condição de *controladora racional das mudanças*⁴⁷⁶.

Do conceito proposto também se pode identificar a existência de duas dimensões da segurança jurídica, a estática e a dinâmica. A *dimensão estática*

⁴⁷³ MACÊDO, *Precedentes judiciais...*, op. cit., p. 120-123.

⁴⁷⁴ Ibid., p. 124-125.

⁴⁷⁵ ÁVILA, op. cit., p. 85.

⁴⁷⁶ MACÊDO, *Precedentes judiciais...*, op. cit., p. 127.

relaciona-se ao problema do conhecimento do direito e sua capacidade de orientar o cidadão, enquanto a *dimensão dinâmica* trata do modo da atuação do direito no tempo, como instrumento de proteção do cidadão⁴⁷⁷.

Nesse sentido, não será concretizada a segurança jurídica, sob a ótica *estática*, quando o cidadão não tiver condições de conhecer o ordenamento jurídico e prever, ainda que minimamente, de qual modo serão aplicadas as normas gerais e abstratas, seja pela Administração Pública ou pelo Poder Judiciário⁴⁷⁸.

Do mesmo modo, na concepção *dinâmica*, a segurança jurídica não será efetivada se, inalterados os textos legais, os aplicadores possuam entendimentos oscilantes abrupta e surpreendentemente a respeito de seu conteúdo, principalmente se a nova interpretação alcançar fatos ocorridos quando o mesmo órgão possuía outra visão sobre a questão⁴⁷⁹.

Portanto, reunidas suas dimensões estática e dinâmica, o princípio da segurança jurídica busca assegurar aquilo que Humberto Ávila chama de “*estado ideal de respeitabilidade do ser humano*, indefeso ao engano, à frustração, à surpresa e à arbitrariedade, protegendo, com isso, a respeitosa transição do passado ao presente e do presente ao futuro”⁴⁸⁰.

Tecidas tais considerações, é necessário avançar no estudo detalhado de cada um dos elementos estruturantes previamente anunciados.

3.3.1 A cognoscibilidade

Na condição de primeiro dos elementos estruturantes do princípio da segurança jurídica, veiculando sua dimensão estática, a *cognoscibilidade do direito* pode ser compreendida como o estado ideal onde o cidadão tem a real e efetiva condição de compreender o processo de criação do ordenamento jurídico, conhecendo previamente as fontes normativas e, desta forma, razoavelmente

⁴⁷⁷ ÁVILA, op. cit., p. 698.

⁴⁷⁸ LEAL, Augusto Cesar de Carvalho. *A decisão judicial como centro de gravidade do princípio da segurança jurídica: os precedentes judiciais vinculantes como instrumento eficaz de promoção do estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do direito*. 242 f. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 36.

⁴⁷⁹ LEAL, loc. cit.

⁴⁸⁰ ÁVILA, op. cit., p. 700-701.

determinar o conteúdo semântico das normas jurídicas que regularão suas relações⁴⁸¹.

Na lição de Humberto Ávila:

Cognoscibilidade significa um estado de coisas em que os cidadãos possuem, em elevada medida, a capacidade de compreensão, material e intelectual, de estruturas argumentativas reconstitutivas de normas gerais e individuais, materiais e procedimentais, minimamente efetivas, por meio da sua acessibilidade, abrangência, clareza, determinabilidade e executoriedade⁴⁸².

Tal elemento é de enorme importância para a própria confiança e respeitabilidade do sistema jurídico. As pessoas não terão condições de agir em conformidade com o ordenamento jurídico enquanto não puderem compreender as estruturas das normas que o compõem. Aliás, a falta de conhecimento do direito é mais que um simples obstáculo à segurança jurídica, porque projeta seus efeitos maléficos para o próprio acesso à justiça, como há muito tempo denunciavam Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁴⁸³.

A capacidade do cidadão de conhecer o ordenamento jurídico pode ser prejudicada por diversos motivos, dentre os quais podem ser destacados: a desordenada inflação legislativa, a ausência de publicação das normas gerais e abstratas, sua indeterminação ou indigesta redação, a falta de intimação, a carência ou deficiência de motivação dos atos administrativos de efeitos concretos, das decisões administrativas e judiciais, bem como a falta de uniformidade de entendimento sobre o direito do caso concreto, seja perante a Administração Pública ou o Poder Judiciário⁴⁸⁴.

O estado ideal de cognoscibilidade, no entanto, não pode ser confundido com uma pretensão de determinação, exatidão ou certeza do direito, onde o cidadão pode entender, sem ressalvas, o conteúdo das normas gerais ou individuais. Na verdade, a cognoscibilidade refere-se à capacidade concreta (material e intelectual) de serem compreendidas as hipóteses de interpretação e os critérios necessários à atuação concreta do regramento legal⁴⁸⁵.

⁴⁸¹ MACÉDO, *Precedentes judiciais...*, op. cit., p. 128.

⁴⁸² ÁVILA, op. cit., p. 699.

⁴⁸³ CAPPELLETTI; GARTH, op. cit., p. 22.

⁴⁸⁴ LEAL, op. cit., p. 21.

⁴⁸⁵ ÁVILA, op. cit., p. 136; 264-265.

3.3.2 A confiabilidade

Sob a ótica estática, o princípio da segurança jurídica tem a *confiabilidade*, ou estabilidade, como mais um de seus elementos constitutivos. Ao contrário do que possa sugerir, todavia, ela não prega a imutabilidade do direito⁴⁸⁶, mas a segurança do movimento⁴⁸⁷.

De acordo com Humberto Ávila⁴⁸⁸:

A confiabilidade significa um estado de coisas em que o cidadão pode saber quais são as mudanças que podem ser feitas e *quais* as que não podem ser realizadas, evitando, dessa forma, que os seus direitos sejam *frustrados*. Essa confiabilidade só existe se o cidadão puder ver assegurados, hoje, os efeitos que lhe foram garantidos pelo Direito ontem, o que depende da existência de um estado de intangibilidade de situações passadas, de durabilidade do ordenamento jurídico e de irretroatividade de normas presentes.

Não se trata da imutabilidade ou da situação pejorativamente tratada como *petrificação do direito*. É, na verdade, a salvaguarda das posições jurídicas conquistadas pelo indivíduo, bem como de continuidade da ordem jurídica, mediante regras de transição e cláusulas de equidade. Trata-se, portanto, da estipulação de diretrizes destinadas ao controle da transição do direito do passado ao do futuro, de modo estável ou racional, sem abruptas alterações⁴⁸⁹.

Havendo conhecimento de que o direito necessita evoluir, principalmente para sua adequação à dinâmica da evolução social, deve-se assegurar a existência de padrões jurídicos balizadores das mudanças⁴⁹⁰. Nesse sentido, a confiabilidade contém em si uma determinada flexibilidade para admitir alteração do direito, de acordo com critérios previamente estabelecidos, levando-se em conta a própria necessidade de estabilidade, o que salvaguarda o controle jurídico, sob a ótica da racionalidade da mudança⁴⁹¹.

⁴⁸⁶ WAMBIER, Precedentes e evolução do direito, op. cit., p. 13.

⁴⁸⁷ ROCHA, Cármen Lucia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte, Fórum, 2009, p. 168.

⁴⁸⁸ ÁVILA, op. cit., p. 699.

⁴⁸⁹ Ibid., p. 138.

⁴⁹⁰ MACÊDO, *Precedentes judiciais...*, op. cit., p. 130.

⁴⁹¹ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 289.

Segundo Humberto Ávila⁴⁹², para ser confiável, o direito deverá permitir ao cidadão saber quais as mudanças que poderão ocorrer, bem como aquelas que são vedadas, para não haver frustração de suas legítimas expectativas. A propósito do tema, Lucas Buril de Macêdo bem esclarece a função da estabilidade frente à injustificada mudança do direito:

A estabilidade, portanto, não quer dizer que a imutabilidade do direito, mas sim o rechaço à mudança desprovida de critérios, por sua perigosa afronta à liberdade e à dignidade das pessoas. Com efeito, a estabilidade garante uma força *prima facie* ao direito estabelecido, dificultando a mudança, que passará necessariamente por um maior esforço argumentativo, além do respeito às posições firmadas e à confiança legitimamente gerada, para que se possa ter uma modificação juridicamente conforme ao princípio da segurança jurídica. É dizer, as razões para a modificação do direito devem ser tão boas que justifiquem mais do que a própria solução adotada: é necessário que sejam boas o suficiente para justificar o rompimento da estabilidade⁴⁹³.

A estabilidade, enquanto elemento dinâmico do princípio da segurança jurídica, normalmente é associado a diversos institutos, como o da coisa julgada, prescrição, decadência, ato jurídico perfeito, direito adquirido, coisa julgada, usucapião e, ainda das regras de preclusão e de proteção da confiança⁴⁹⁴.

Nestes termos, com esteio nas lições de Augusto Cesar de Carvalho Leal⁴⁹⁵, dificultam a obtenção do estado ideal de estabilidade, por abalarem a credibilidade do direito enquanto instituição ou frustrarem as situações jurídicas consolidadas dos cidadãos que desenvolveram suas atividades com base no direito então vigente, as seguintes situações: a reiterada alteração da Constituição, da lei, de ato normativo ou de entendimento jurisprudencial ou administrativo; a criação de obstáculos ao acesso à justiça, à independência do Judiciário, à universalidade da jurisdição ou à obtenção do devido processo legal; a criação de normas gerais e abstratas com efeitos retroativos, abalando a confiança legítima, os prazos prescricionais ou decadenciais já consumados ou atinjam o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito; o advento de decisão judicial, em controle concentrado, que declare a inconstitucionalidade de lei aparentemente válida, com efeitos retroativos, embora, com base nela, inúmeros atos tenham sido praticados, de modo que a reversão de

⁴⁹² ÁVILA, op. cit., p. 305.

⁴⁹³ MACÊDO, *Precedentes judiciais...*, op. cit., p. 132.

⁴⁹⁴ CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. *Segurança jurídica e a eficácia dos direitos sociais fundamentais*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2014, p. 259.

⁴⁹⁵ LEAL, op. cit., p. 24.

seus efeitos torne-se mais dificultosa que a própria manutenção dos efeitos da lei declarada inconstitucional.

No mesmo sentido, como leciona José Joaquim Gomes Canotilho⁴⁹⁶, a violação ao princípio da proteção da confiança, com a possibilidade de eventual supressão ou mesmo a redução de direito adquirido, teria como consequência a inconstitucionalidade de todas as medidas que viessem a atingir de maneira redutiva os avanços prestacionais já galgados.

É nesse sentido, aliás, que Ingo Wolfgang Sarlet aponta para a violação do direito fundamental à segurança jurídica, que fundamenta o próprio Estado Democrático de Direito, na hipótese de ocorrer retrocesso em matéria de direitos fundamentais⁴⁹⁷.

Também são obstáculos à estabilidade do direito, segundo Leal⁴⁹⁸: a anulação judicial ou a revogação administrativa, de ato ou decisão administrativa com base no qual o seu beneficiário por longo período confiou e pautou sua conduta, com efeitos retroativos; a modificação judicial ou administrativa de entendimentos consolidados, com aplicação retroativa da nova orientação, afetando as relações jurídicas dos cidadãos que legitimamente embasaram suas condutas no entendimento superado; as decisões judiciais e os atos e decisões administrativas que atinjam o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada; a superveniência de normas causadoras de retrocesso social, mediante as quais se verifique a restrição dos direitos sociais.

3.3.3 A calculabilidade

O terceiro elemento estruturante do princípio da segurança jurídica, também em sua ótica dinâmica, é o estado ideal de *calculabilidade*. Nele, o cidadão possui, em alto nível, a condição de prever e mensurar os limites estreitos e minimamente variáveis de como será aplicado no futuro o direito hoje vigente, permitindo-lhe, efetivamente, elaborar planos para sua vida e traçar os caminhos para o seu alcance.

Não se trata de *total capacidade de previsão* das consequências das condutas humanas, o que corresponderia à certeza absoluta, à previsibilidade do

⁴⁹⁶ CANOTILHO, op. cit., p. 474-475.

⁴⁹⁷ SARLET, A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica..., op.cit., p. 112-113.

⁴⁹⁸ LEAL, op. cit., p. 24.

direito. É, na verdade, a *alta capacidade de previsão* das consequências jurídicas dos atos e fatos pela maioria das pessoas, permitindo a elas “antecipar alternativas interpretativas e efeitos normativos de normas jurídicas”⁴⁹⁹.

Na medida em que possibilita o razoável conhecimento das alternativas interpretativas, a calculabilidade permite ao cidadão mensurar os riscos decorrentes dos negócios jurídicos nos quais está envolvido ou pretende se envolver, inibindo o exercício arbitrário do poder. Sob a ótica argumentativa, ademais, assegura que, para a tomada de decisão administrativa ou judicial diversa daquela atualmente aplicada, o futuro aplicador terá de se desincumbir de forte ônus argumentativo⁵⁰⁰.

Assim, para Humberto Ávila:

A *calculabilidade* significa o estado ideal em que o cidadão pode saber *como* e quando as mudanças podem ser feitas, impedindo que aquele seja *surpreendido*. Essa calculabilidade só existe se o cidadão puder controlar, hoje, os efeitos que lhe serão atribuídos pelo Direito amanhã, o que só ocorre quando o cidadão tem, em grande medida, a capacidade de, aproximadamente, antecipar e medir o espectro reduzido e pouco variado de critérios e de estruturas argumentativas definidoras de consequências atribuíveis, heterônoma e coativamente ou autônoma e espontaneamente, a atos, próprios e alheios, ou a fatos, ocorridos ou passíveis de ocorrerem, controversos ou incontroversos, e o espectro razoável de tempo dentro do qual a consciência definitiva será aplicada⁵⁰¹.

A calculabilidade não impede, em absoluto, a mudança do direito. No entanto, a surpresa do cidadão quanto às mudanças no ordenamento jurídico podem e devem ser minimizadas através da postecipação da entrada em vigor da nova legislação, permitindo a adaptação dos indivíduos e a própria reorganização social. É por esta razão que “as normas de grande impacto na sociedade geralmente preveem um regime jurídico de transição ou contém uma regra prevendo um período de *vacatio legis*”⁵⁰², como é o caso do novo Código de Processo Civil.

O estado ideal de calculabilidade do direito projeta seus efeitos para além da atividade legislativa do Estado, pois também atinge a administração pública e o Poder Judiciário.

Assim, quando o legislador adota um critério de diferenciação entre os cidadãos, não poderá se afastar deste parâmetro no futuro sem que existam fundadas razões para tanto. De igual modo, a atuação da administração pública não

⁴⁹⁹ ÁVILA, op. cit., p. 139-140.

⁵⁰⁰ MACÊDO, *Precedentes judiciais...*, op. cit., p. 134.

⁵⁰¹ ÁVILA, op. cit., p. 700.

⁵⁰² MACÊDO, *Precedentes judiciais...*, op. cit., p. 135.

deverá ser abruptamente alterada sem que existam adequadas justificativas para a mudança. A atividade jurisdicional, da mesma forma, não poderá oscilar de modo a, caprichosamente, para dar tratamento diverso a mesmas questões fáticas ou jurídicas, tampouco demorar sem razão para dar a resposta final ao caso que lhe foi apresentado⁵⁰³.

No sentido ora proposto, podem ser indicadas as seguintes circunstâncias como redutoras do nível de calculabilidade do direito: as drásticas alterações das normas gerais e abstratas ou dos entendimentos judiciais e administrativos consolidados sobre determinado tema, sem se assegurar um prazo adequado entre a mudança e o início de seus efeitos, ou a previsão de regras de transição ou outros modos capazes de diminuir os prejuízos decorrentes da modificação; a falta de unidade na aplicação do direito pelos diversos órgãos judiciais e administrativos; a morosidade dos processos judiciais e administrativos; a edição de normas jurídicas veiculadoras de retrocessos nos direitos sociais, reduzindo o nível de proteção social dos cidadãos⁵⁰⁴.

Uma vez delimitados os contornos de cada um dos componentes da estrutura da segurança jurídica, passa-se a identificar os responsáveis por sua realização no âmbito do direito brasileiro.

3.4 A segurança jurídica e os responsáveis por sua realização

Da exposição antes realizada acerca das vertentes estática e dinâmica do princípio da segurança jurídica, pode-se constar que a primeira almeja a *segurança do direito*, enquanto a segunda busca a *segurança pelo direito*. Ambas, contudo, precisam andar juntas para o princípio verdadeiramente existir: “segurança de existência e de vigência’ sem ‘segurança de aplicação’ não é segurança jurídica [...] ou a segurança jurídica é inteira ou não é segurança jurídica”⁵⁰⁵.

É evidente que as faces estática e dinâmica devem ser apreciadas levando em consideração qual o verdadeiro impacto que as normas jurídicas produzirão na vida dos cidadãos. Logo, mais do que no plano das abstrações jurídicas, o foco da investigação deve ser o da concretização das normas jurídicas na vida do

⁵⁰³ LEAL, op. cit., p. 26-27.

⁵⁰⁴ Ibid., p. 29.

⁵⁰⁵ ÁVILA, op. cit., p. 352.

cidadão⁵⁰⁶, justificando-se a opção, no presente estudo, do estudo do modo pelo qual é proporcionada segurança jurídica pelo Estado de Direito através das decisões judiciais no Brasil, como se verá adiante.

É de Jorge Amaury Maia Nunes⁵⁰⁷ a afirmação segundo a qual a segurança jurídica funcionaria como um modo de controle das expectativas decorrentes dos atos da administração estatal, em seu mais amplo sentido, pois o Estado de Direito contém ínsita em si a tendência de salvaguardar o máximo de previsibilidade.

Em decorrência de tal raciocínio, a cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade veiculadas pela segurança jurídica *devem ser* extraídas não somente dos atos derivados do Poder Legislativo, mas também dos oriundos do Poder Executivo e, primordialmente, do Poder Judiciário⁵⁰⁸, como já indicava Humberto Ávila em seu conceito antes apresentado.

Dentre as atividades desenvolvidas pelo Poder Legislativo, a primordial delas é a de orientar o futuro, construindo normas gerais e abstratas destinadas a regular um sem-número de pessoas e situações, mediante tratamento uniforme aos cidadãos. Todavia, a legislação tem atentado contra a segurança jurídica, causando problemas de cognoscibilidade, quando produz leis indeterminadas e complexas; de confiabilidade, quando torna as leis instáveis ou restringe situações já consolidadas ou atinge expectativas asseguradas; de calculabilidade, quando modifica a legislação de modo brusco e sem observar a necessidade de coerência na forma de desenvolvimento do próprio ordenamento jurídico⁵⁰⁹.

O Poder Executivo, dotado de função fundamentalmente concretizadora dos mandamentos legais, por vezes contraria a disposição legal e até mesmo edita atos administrativos em geral causadores de embaraço à segurança jurídica, reduzindo a cognoscibilidade do direito, ao contrariar a disposição legal, impedindo o cidadão de saber qual ato estatal deve observar. A confiabilidade também é abalada em razão da necessidade de posterior revogação ou anulação de atos administrativos contrários à lei. De igual modo, a calculabilidade é afetada quando não são

⁵⁰⁶ LEAL, op. cit., p. 36.

⁵⁰⁷ NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 96.

⁵⁰⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009, p. 297.

⁵⁰⁹ ÁVILA, op. cit., p. 172-173.

estabelecidas regras de transição quando da mudança de entendimentos administrativos veiculados em atos interpretativo⁵¹⁰.

De sua parte, o Poder Judiciário tem sua atividade voltada ao passado, decidindo sobre questões discutidas pelas partes em momento anterior, muito embora os efeitos de sua atuação possuam condições reais de projetar seus efeitos também para o futuro⁵¹¹.

A atividade jurisdicional também tem desprestigiado o princípio da segurança jurídica, na medida em que impede a cognoscibilidade do direito pelo cidadão, quando fundamenta inadequadamente suas decisões e quando seus diversos órgãos proferem decisões antagônicas. A confiabilidade do direito é afetada, por sua vez, quando um entendimento jurisprudencial consolidado é modificado sem que sejam impedidos os efeitos retroativos da decisão. A falta de suavidade das alterações de entendimentos judiciais e a ausência de coerência na interpretação do ordenamento jurídico, a seu turno, são capazes de afetar a calculabilidade do direito⁵¹².

A vida em sociedade é muito mais direta e concretamente afetada pelos reflexos da decisão judicial, materializadora das normas gerais e abstratas, sendo de todo recomendado que, ao elaborar os atos estatais de si emanados, o Poder Judiciário atue de modo a manter o direito cognoscível, confiável e calculável aos olhos do cidadão:

É por meio das decisões judiciais e dos atos administrativos que são aplicadas e, assim, materializadas, no âmbito estatal, as determinações das normas gerais e abstratas. Logo, é a autoridade estatal responsável por aplicar a norma geral e abstrata - por meio de uma decisão judicial ou de um ato administrativo - que realiza a inteligência oficial das normas genéricas correlatas à situação concreta, especificando o seu conteúdo, até então bastante impreciso, e que, de acordo com a sua compreensão do direito aplicável, impacta, no plano material e concreto - muito além do plano das abstrações formais - a vida dos cidadãos envolvidos⁵¹³.

São as autoridades estatais responsáveis pela aplicação da norma geral e abstrata aos casos concretos que causam *impacto direito e efetivo* na vida dos cidadãos. Por isso, a busca por segurança jurídica no âmbito das normas gerais e abstratas terá seus efeitos práticos anulados ou bastante reduzidos na hipótese de

⁵¹⁰ ÁVILA, op. cit., p. 173.

⁵¹¹ MELLO, op. cit., p. 264.

⁵¹² ÁVILA, op. cit., p. 174.

⁵¹³ LEAL, op. cit., p. 38.

os atos estatais concretos, como é o caso dos atos administrativos e das decisões judiciais, não serem objeto de igual ou maior atenção⁵¹⁴.

Todos os poderes estatais podem ser apontados, portanto, como responsáveis pela promoção da segurança jurídica em favor dos cidadãos, mediante a prática de seus respectivos atos com vistas observar os postulados da cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do direito.

Sem desprezar a importância das medidas destinadas à garantia da segurança jurídica no âmbito dos atos legislativos e administrativos, todavia, em seus estreitos limites, o presente estudo aponta que, mediante o respeito ao precedente judicial, favorece-se a segurança jurídica no Estado de Direito brasileiro, enquanto expressão da cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do direito.

3.5 Contornos da segurança jurídica na Constituição de 1988

No âmbito do direito internacional, é fácil identificar que os diversos documentos que reconhecem e protegem os Direitos Humanos Fundamentais referem-se ao direito à segurança com a intenção de se prestar tratamento à segurança pessoal do indivíduo. É o que acontece, por exemplo, na Declaração dos Direitos Humanos da ONU de 1948 (art. 3º), no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU de 1966 (art. 9º, nº 1) e na Convenção Americana de São José da Costa Rica de 1969 (atr. 7º, nº 1)⁵¹⁵.

A grande maioria das Constituições e demais declarações internacionais, contudo, não faz qualquer referência à existência de um direito à segurança jurídica. A utilização do termo segurança, muitas vezes, de modo genérico, torna-o uma espécie da cláusula geral, abrangendo uma série de manifestações específicas, como é o caso, dentre outras, da segurança jurídica, segurança social e a segurança pública⁵¹⁶.

Neste panorama, o direito constitucional positivo ficou incumbido de definir os contornos da segurança jurídica⁵¹⁷. No direito nacional, a segurança jurídica

⁵¹⁴ LEAL, op. cit., p. 38.

⁵¹⁵ SARLET, A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica..., op.cit., p. 89.

⁵¹⁶ SARLET, loc. cit.

⁵¹⁷ SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte, Fórum, 2009, p. 17.

encontra-se fundamentada de modo direto e indireto na Constituição Federal de 1988⁵¹⁸.

Por fundamento direto, compreendem-se as normas constitucionais mediante as quais é expressamente garantida a própria segurança ou resguardados os efeitos da segurança jurídica⁵¹⁹.

O Preâmbulo Constitucional anuncia a instituição de um Estado Democrático com a finalidade de “assegurar [...] a segurança [...] e a justiça como valores supremos de uma sociedade [...] fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...]”.

De acordo com Humberto Ávila, a segurança jurídica aparece de modo redundante no Preâmbulo, para enfatizar a pretensão do Legislador Constituinte de, através da Constituição Federal, “tornar segura a segurança como algo digno de ser assegurado em sociedade segura”⁵²⁰. Noutras palavras:

A segurança jurídica está presente, no mínimo, cinco vezes naquela expressão: ‘assegurar’ significa tornar seguro; ‘segurança’ quer dizer algum estado digno de proteção; ‘valor’ é algo digno de ser assegurado; ‘harmonia social’ revela um estado de estabilidade e de previsibilidade e, portanto, de segurança; e ‘ordem’ denota, igualmente, um estado desejado de estabilidade e, assim, de segurança⁵²¹.

Muito embora não seja pacífica a questão relativa à possibilidade de ser atribuído valor ao Preâmbulo Constitucional⁵²², a ponto de o próprio Supremo Tribunal Federal já ter lhe negado caráter normativo, quando do julgamento da ADin nº 2.076⁵²³, é possível identificar a sua relevante utilidade na interpretação e aplicação das normas constitucionais:

Ao desvendar as linhas estruturantes da Constituição, os objetivos que movem a sua concepção, o Preâmbulo se torna de préstimo singular para a descoberta do conteúdo dos direitos inscritos na Carta e para que se descortinem as finalidade [sic] dos institutos e instituições a que ela se refere; orienta, enfim, os afazeres hermenêuticos do constitucionalista⁵²⁴.

⁵¹⁸ LEAL, op. cit., p. 53.

⁵¹⁹ ÁVILA, op. cit., p. 215.

⁵²⁰ Ibid., p. 216.

⁵²¹ Ibid., p. 215.

⁵²² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 204.

⁵²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.076*. Rel. Min. Carlos Velloso. Julgado em: 15 ago. 2002. Diário da Justiça: 08 ago. 2003.

⁵²⁴ MENDES; BRANCO, *Curso...*, op. cit., p. 78.

Avançando no texto constitucional, no art. 5º, *caput*, encontra-se a inviolabilidade do *direito à segurança* que, embora não possua significado unívoco, pode ser adequadamente compreendido mediante uma interpretação sistêmica do dispositivo constitucional⁵²⁵.

Com efeito, se poderia surgir dúvida a respeito de o termo segurança referir-se à segurança individual (incolumidade física) ou à segurança jurídica (ordenamento cognoscível, confiável e calculável), deve-se ficar com a segunda hipótese. A referência à segurança ao lado de outros ‘valores sociais objetivos’, como a liberdade, a igualdade e a propriedade, contudo, indica que o termo não foi eleito para tratar de ‘estados psicológicos individuais’, mas no sentido de segurança puramente jurídica. Além do mais, os diversos incisos do próprio art. 5º protegem a segurança física e individual, na acepção de liberdade, razão pela qual se mostra mais coerente a interpretação de que, no *caput*, cuidou-se da segurança estritamente jurídica⁵²⁶.

A Emenda Constitucional nº 45/2004, ao incorporar o instituto da Súmula Vinculante à ordem constitucional brasileira, cuidou de inserir, no art. 103-A, § 1º, expressa menção à segurança jurídica:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete *grave insegurança jurídica* e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

O legislador constituinte derivado absteve-se de indicar detalhadamente o conteúdo da segurança jurídica, relegando à academia e à prática jurídica esta tarefa. Todavia, ao mencionar que a súmula vinculante somente poderá ser editada para tratar da “validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública”, é possível identificar referência a dois dos elementos da

⁵²⁵ PEIXOTO, op. cit., p. 75.

⁵²⁶ ÁVILA, op. cit., p. 217-218.

segurança jurídica, a *cognoscibilidade* e a *calculabilidade*⁵²⁷, já tratados em momento anterior do presente capítulo.

Ainda como expressão direta a outro elemento estruturante da segurança jurídica, a Constituição Federal refere-se à *confiabilidade* do ordenamento jurídico quando determina em seu art. 5º, XXXVI, que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Os fundamentos indiretos, por sua vez, são as regras e princípios mediante os quais podem ser induzidos ou deduzidos os elementos estruturantes da segurança jurídica, a depender da ótica sob a qual são analisados diversos dispositivos constitucionais⁵²⁸.

Sob o prisma da fundamentação indireta, constata-se que a Constituição Federal propõe-se a alcançar fins *mais amplos* que os da própria segurança jurídica, os quais somente serão concretizados através da realização de fins mais restritos. É o que acontece, por exemplo, com os princípios do Estado de Direito e Estado Social de Direito, que poderão ser alcançados mediante o atingimento conjunto dos ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade⁵²⁹.

Compreende-se, assim, que “a segurança jurídica é concebida como um subprincípio do Estado de Direito e do Estado Social de Direito, funcionando como meio indispensável à realização destes⁵³⁰”, confirmando a assertiva segundo a qual “o Estado Democrático de Direito é o ‘Estado de Segurança’. Com maior rigor, melhor seria dizer que a Constituição na atualidade é a ‘Constituição de Segurança’”⁵³¹.

Mediante o tratamento de *fins específicos*, como a proteção da liberdade, da propriedade e da igualdade, também é encontrado fundamento indireto da segurança jurídica na Constituição Federal, na medida em que a promoção de tais princípios depende da efetiva existência de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do direito⁵³².

Quando pretende alcançar *fins mais restritos* (moralidade e publicidade administrativas), a Constituição Federal também permite a dedução de comportamentos mediante os quais os objetivos serão alcançados (comportamentos

⁵²⁷ ÁVILA, op. cit., p. 217.

⁵²⁸ Ibid., p. 216; PEIXOTO, op. cit., p. 73-84.

⁵²⁹ Ibid., p. 220.

⁵³⁰ LEAL, op. cit. p. 55.

⁵³¹ TORRES, op. cit., p. 184.

⁵³² ÁVILA, op. cit., p. 207.

leais e probos, publicação das normas e comunicação aos cidadãos dos atos que lhe dizem respeito), permitindo-se a indução de fins maiores, integrantes da confiabilidade e calculabilidade do direito⁵³³. Sob esta ótica, a segurança jurídica (mais ampla) atuaria como sobre princípio em relação aos subprincípios (mais restritos) que, somados, levam à efetivação do fim maior, a própria segurança jurídica⁵³⁴.

Também podem ser apontados como fundamentos indiretos da segurança jurídica no âmbito constitucional, o princípio da legalidade (art. 5º, inciso II), mediante o qual é permitida a ciência dos direitos e deveres do indivíduo mediante lei anteriormente produzida. Referida previsão promove a segurança jurídica, sob a ótica da cognoscibilidade, ao garantir um parâmetro para a interpretação judicial, que está limitada ao texto legal vigente⁵³⁵, muito embora já não se confunda ao texto com a norma jurídica dele extraída⁵³⁶.

Ingo Wolfgang Sarlet identifica as garantias processuais do acesso à justiça do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, incisos XXXV, LIV e LV) dentre outras, como expressões da segurança jurídica no seio da Constituição⁵³⁷. Pode-se incluir neste rol, também, o princípio da separação dos poderes (art. 2º) e a previsão das cláusulas pétreas (art. 60, inciso IV), cuja previsão “é extremamente importante na proteção do ideal de confiabilidade do ordenamento jurídico”⁵³⁸.

Em matéria tributária, podem ser mencionados diversos dispositivos constitucionais cuja existência está atrelada à segurança jurídica, como é o caso da legalidade estrita para a cobrança de tributos e a anterioridade anual e nonagesimal, constantes, respectivamente, no art. 150, incisos I e III, alínea ‘b’ e ‘c’⁵³⁹.

A segurança jurídica encontra fundamento indireto também no âmbito penal, cujos princípios da legalidade e da anterioridade, da irretroatividade da lei penal

⁵³³ ÁVILA, op. cit., p. 207.

⁵³⁴ LEAL, op. cit., p. 56.

⁵³⁵ PEIXOTO, op. cit., p. 80.

⁵³⁶ CAMBI, *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo...*, op. cit., p. 83.

⁵³⁷ SARLET, *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica...*, op. cit., p. 91.

⁵³⁸ PEIXOTO, op. cit., p. 81.

⁵³⁹ *Ibid.*, p. 82.

mais gravosa, a individualização e limitação das penas, encontram assento constitucional no art. 5º, incisos XXXIX, XL, XLV e XLVIII⁵⁴⁰.

A segurança jurídica encontra fundamento, portanto, em diversos dispositivos constitucionais, demonstrando a sua importância na atual ordem jurídica brasileira⁵⁴¹. Sua construção, iniciada no Preâmbulo para se estender por todo o corpo da Constituição, indica a opção por uma proteção mediante técnicas dedutivas e indutivas, das mais diversas formas ao mesmo tempo: seja “diretamente, determinando a busca de ideais que a pressupõem, instituindo ideais que a instrumentalizam ou mesmo prevendo comportamentos necessários à realização dos ideais parciais que a compõem”⁵⁴².

Feitas tais considerações, com o apoio das lições de Humberto Ávila, pode-se afirmar que o regramento constitucional vigente propõe-se a facilitar e a promover a proteção da segurança jurídica em suas dimensões estática e dinâmica, tratando-a como princípio cuja primordial função é a de garantir o estado ideal de confiabilidade e calculabilidade do e pelo ordenamento jurídico, mediante a sua cognoscibilidade.

3.6 Imprevisibilidade dos provimentos jurisdicionais e as crises da segurança jurídica e da igualdade na aplicação do direito

A reflexão acerca da necessidade e possibilidade de construção de um sistema jurídico capaz de proporcionar ao destinatário da prestação jurisdicional a segurança jurídica necessária para pautar suas condutas de acordo com o ordenamento jurídico em vigor é uma das razões primordiais para o desenvolvimento do presente estudo.

O fenômeno da globalização, dentre outros fatores, tem tornado a vida na sociedade moderna paulatinamente mais complexa, exigindo do Estado a tomada de medidas para aperfeiçoar o desenvolvimento de suas atividades e acompanhar a evolução das relações humanas.

No desempenho de suas funções, todavia, o Estado brasileiro encontra-se bastante afastado do mandamento constitucional de promoção da segurança

⁵⁴⁰ SCHRODER, Leticia de Mattos. *Segurança jurídica e jurisprudência: da dicotomia à otimização*. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho/PR, 2014, p. 31.

⁵⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *A força dos precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 571.

⁵⁴² ÁVILA, op. cit., p. 208.

jurídica, a ponto de, na atualidade, o nível de insegurança jurídica alcançar estágios nunca antes verificados⁵⁴³.

Os atos administrativos emanados do Poder Executivo, a legislação elaborada pelo Poder Legislativo e - no que interessa especificamente aos objetivos da presente investigação -, as decisões proferidas pelo Poder Judiciário não propiciam segurança jurídica ao cidadão, por não estarem preocupadas com a cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do ordenamento jurídico.

Mesmo sendo atribuída a função de Cortes Supremas⁵⁴⁴ ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, com a incumbência de dar a última palavra a respeito da interpretação e aplicação das leis federais e da própria Constituição⁵⁴⁵, infelizmente - embora não seja exclusividade do Poder Judiciário - o sentimento de insegurança causado pelos atos dele oriundos desponta como o mais grave causador de crise no Brasil.

A palavra crise, com origem grega, está relacionada à patologia, no sentido de perturbação ou mau funcionamento de um órgão ou função⁵⁴⁶. Ela tem se mostrado adequada para representar o atual estado da (in)segurança jurídica e da (des)igualdade aplicação do direito pelo Poder Judiciário brasileiro.

Com efeito, a população em geral sente diariamente a insegurança jurídica causada pelos mais diversos órgãos judiciários do país. A tutela jurisdicional tem sido prestada mediante decisões proferidas sem qualquer preocupação com a coerência ou com o respeito aos precedentes do próprio Tribunal ou dos Tribunais superiores⁵⁴⁷, em verdadeira demonstração da existência de uma crise na aplicação do direito no Brasil.

Constituindo prática arbitrária, o ato de decidir cada caso da forma eleita como a mais adequada pelo julgador⁵⁴⁸ não encontra abrigo num Estado de Direito que se pretenda Democrático, por ignorar a necessidade de promoção da igualdade entre os jurisdicionados⁵⁴⁹.

⁵⁴³ ÁVILA, op. cit., p. 53.

⁵⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 63.

⁵⁴⁵ POLICHUK, op. cit., p. 37.

⁵⁴⁶ BUZAID, Alfredo. A crise do Supremo Tribunal Federal. In: _____. *Estudos de direito*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 144.

⁵⁴⁷ BARBOZA, op.cit., p. 236.

⁵⁴⁸ STRECK, *O que é isto...*, op. cit., p. 107.

⁵⁴⁹ PUGLIESE, op. cit., p. 11.

Estefânia Maria de Queiroz Barboza sustenta que a segurança jurídica nas decisões judiciais somente pode existir em conjunto com o princípio da igualdade. Segundo a autora, é impossível fornecer segurança jurídica ao cidadão enquanto ele continuar enxergando fatos e assuntos exatamente idênticos sendo tratados mediante decisões conflitantes⁵⁵⁰.

Quando os provimentos jurisdicionais são proferidos de modo imprevisível e díspar, não ocorre a aplicação do direito de modo igual para todos, o que deveria acontecer apenas em situações especiais, nas quais os casos efetivamente deveriam ser considerados diferentes.

Nestas hipóteses, a cognoscibilidade do direito é diretamente afetada, causando insegurança jurídica e desigualdade e afastando o Judiciário dos anseios da sociedade, colaborando para a indesejada *opacidade do direito*⁵⁵¹, há tanto tempo denunciada por Carlos Maria Cárcova, em prejuízo da credibilidade do exercício jurisdicional e do próprio desenvolvimento econômico e social do país⁵⁵²:

Isso justamente porque a heterogeneidade de entendimentos dos órgãos judiciais confunde o cidadão sobre qual a correta interpretação das normas gerais e abstratas, tornando assustadoramente amplo o leque de possíveis consequências a serem por ele suportadas, na eventualidade de um processo judicial, em razão da adoção de determinada conduta, paralisando-o, no planejamento e na condução da sua vida, em decorrência do nefasto nível de incerteza que dessa situação decorre⁵⁵³.

A estrutura judiciária brasileira, embora organizada em níveis, via de regra, não exige que um juiz respeite um precedente de um Tribunal Superior, ou que um Tribunal respeite suas próprias decisões, inexistindo preocupação com uniformidade e com a segurança jurídica.

Com a entrada em vigor a Lei nº 13.105/2015, novo Código de Processo Civil, o panorama foi consideravelmente alterado, em especial por força das disposições contidas nos artigos 927 e 489, § 1º, inciso VI. Desde então, espera-se não sejam mais encontradas decisões absurdamente diferentes, oriundas de um mesmo Tribunal, às vezes no mesmo dia ou semana, para questões idênticas, sem

⁵⁵⁰ BARBOZA, op.cit., p. 237.

⁵⁵¹ CÁRCOVA, op. cit., p. 14.

⁵⁵² ROSITO, op. cit., p. 57.

⁵⁵³ LEAL, op. cit., p. 146.

que sequer ocorra razão ou justificação para tal acontecimento, implicando naquilo que se convencionou chamar de *jurisprudência banana boat*⁵⁵⁴.

Aliás, Eduardo Cambi lapidou a expressão *jurisprudência lotérica* para designar o fenômeno segundo o qual as partes necessitam de sorte para que a decisão acerca de questão de seu interesse, objeto de discussão judicial, seja proferida por este ou aquele órgão jurisdicional, a depender do modo pelo qual a mesma questão jurídica tem sido compreendida:

A ideia de *jurisprudência lotérica* se insere justamente nesse contexto; isto é, quando a mesma questão jurídica é julgada por duas ou mais maneiras diferentes. Assim, se a parte tiver a sorte de a causa ser distribuída a determinado Juiz, que tenha entendimento favorável da matéria jurídica envolvida, obtém a tutela jurisdicional; caso contrário, a decisão não lhe reconhece o direito pleiteado⁵⁵⁵.

O mesmo autor relaciona o fenômeno da jurisprudência lotérica como causadora da crise na aplicação do direito, cujo próprio conteúdo se torna desconhecido e acaba por abalar a segurança jurídica do indivíduo – em particular – e da sociedade – em geral:

A situação [...] contida no fenômeno da jurisprudência lotérica, proporciona a falta de certeza do direito, sendo a causa de crise, pois é a certeza quanto à aplicação do direito que dá a segurança à sociedade e aos indivíduos que a compõem sub incerto *enim iuri nemo bonorum aut animae securus vivit* (sob um direito incerto *ninguém vive seguro dos bens da vida*)⁵⁵⁶.

Ainda no que toca à igualdade como elemento indissociável da segurança jurídica, compreende-se a uniformidade da aplicação do direito como “parte essencial da igualdade de tratamento em casos essencialmente similares, e que, portanto, devem ser julgados de acordo com uma interpretação similar e estável do direito”⁵⁵⁷.

É o que sustenta Luiz Guilherme Marinoni:

O cidadão deve saber, na medida do possível, não apenas os efeitos que as suas ações poderão produzir, mas também como os terceiros poderão

⁵⁵⁴ SILVA, Ticiano Alves e. *Jurisprudência banana boat*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 309, ano 37, julho 2012, p. 292.

⁵⁵⁵ CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência lotérica*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 786, abril/2001, p. 111. Grifo do autor.

⁵⁵⁶ CAMBI, *Jurisprudência lotérica*, op. cit., p. 112. Grifo do autor.

⁵⁵⁷ BARBOZA, op. cit., p. 240.

reagir diante delas. Note-se, contudo, que a previsibilidade das consequências oriundas da prática de conduta ou ato pressupõe univocidade em relação à qualificação das situações jurídicas, o que torna esses elementos indissociavelmente ligados.

Em outra perspectiva, a segurança jurídica reflete a necessidade de a ordem jurídica ser estável. Esta deve ter um mínimo de continuidade. E isso se aplica tanto à legislação quanto à produção judicial, embora ainda não haja, na prática dos tribunais brasileiros, qualquer preocupação com a estabilidade das decisões. Frise-se que a uniformidade na interpretação e aplicação do direito é um requisito indispensável ao Estado de Direito. Há de se perceber o quanto antes que há um grave problema num direito variável de acordo com o caso⁵⁵⁸.

A preocupação em relação à igualdade na aplicação do direito é compartilhada por Rodolfo de Camargo Mancuso, que concentrou esforços para compreender se a igualdade perante a lei, com assento constitucional, é restrita ao texto legal abstrato ou também alcança o momento de atuação prática da norma jurídica, na resolução dos casos concretos postos à apreciação do Poder Judiciário:

É apenas a lei – enquanto norma obrigatória, geral, abstrata e impessoal, emanada do Parlamento – que deve ser *igual para todos* (CF, art. 5.º, *caput*), ou, numa visão mais abrangente e *holística* do Direito e da realidade brasileira, essa desejável isonomia haveria de se estender também à lei quando venha interpretada e aplicada judicialmente aos casos concretos? Em suma: é plausível que a isonomia aplique-se à *norma legislada*, mas não atue em face da *norma julgada*? É admissível ter-se uma *dualidade no conteúdo axiológico* da norma, por modo que ela seja *igual para todos*, enquanto abstratamente posta no ordenamento, mas torne-se variável e cambiante quando vem a ter o seu *momento judiciário*?⁵⁵⁹

Como concluiu o jurista, não seria lógico, tampouco razoável, identificar apenas o Poder Legislativo como destinatário do princípio constitucional da isonomia, razão pela qual também ao Poder Judiciário compete dar tratamento igual a casos semelhantes⁵⁶⁰. É imperativa, portanto, a existência de preocupação com a imprevisibilidade dos provimentos jurisdicionais, enquanto causadores de crise da segurança jurídica e da igualdade na aplicação do direito.

Nesse sentido, é adequado compreender a igualdade perante a lei sob duas óticas, a da isonomia perante o texto legal (norma legislada), e perante a decisão judicial (norma julgada), como bem o fez Rodolfo de Camargo Mancuso:

⁵⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 122-123.

⁵⁵⁹ MANCUSO, op. cit., p. 27. Grifos do autor.

⁵⁶⁰ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A súmula vinculante, vista como meio legítimo para diminuir a sobrecarga de trabalho dos tribunais brasileiros. *Revista do Advogado*, ano 27, n. 92, julho-2007, p. 14.

Se a Constituição assegura que ‘todos são iguais perante a lei’ (art. 5.º, *caput*), entendida a *lei* no sentido de norma obrigatória imposta pelo Estado, é logicamente imperioso que essa isonomia seja validade tanto em face da *norma legislada* (= produto final da atividade parlamentar), como perante a *norma julgada*, ou seja, quando o texto de regência vem subsumido aos fatos de uma lide, no bojo de uma ação judicial⁵⁶¹.

Mesmo possuindo inegável face negativa, perniciosa ao próprio Estado de Direito, a crise da segurança jurídica e da igualdade na aplicação do direito propicia um ambiente de inquietação capaz de levar à reflexão acerca dos caminhos a serem percorridos para sua superação, destacada por Francisco Rosito:

As ‘crises’ revelam também um aspecto positivo porque são pré-condição necessária para a emergência de novas teorias, provocando o desenvolvimento científico. Nesse sentido, o grande desafio tem sido, ao longo da nossa História, como fazer para superá-las, principalmente as ‘crises’ de ordem jurídica, nas quais não se consegue oferecer ‘*soluções ou respostas técnica e funcionalmente eficazes*’⁵⁶².

Sob esta ótica, consciente de que o Poder Judiciário possui relevante papel no fortalecimento da democracia e do Estado de Direito⁵⁶³ e tendo em vista a constante evolução da doutrina e do ordenamento jurídico, é imprescindível o desenvolvimento de mecanismo capaz de proporcionar a superação da crise atual, despontando como ótima alternativa o respeito aos precedentes judiciais, capaz de promover, a um só tempo, a integridade do direito e a almejada segurança jurídica.

3.7 O direito como integridade e os precedentes judiciais

A atual prática judicial brasileira, mediante a qual não há respeito às decisões judiciais pretéritas, como se viu, proporciona a existência de toda sorte de provimentos jurisdicionais, muitas vezes incompatíveis entre si, ocasionando grave abalo aos elementos estruturantes da segurança jurídica e colocando em difícil posição a própria segurança jurídica, enquanto justificativa para a existência do Estado de Direito.

O paulatino fortalecimento dos precedentes judiciais no direito brasileiro, não se pode negar, tem buscado proporcionar maior coerência no direito e nas decisões

⁵⁶¹ MANCUSO, op. cit., p. 28. Grifos do autor.

⁵⁶² ROSITO, op. cit., p. 52.

⁵⁶³ POLICHUK, op. cit., p. 39.

judiciais⁵⁶⁴. A medida é uma clara tentativa de minimização dos nefastos efeitos da insegurança jurídica decorrente das decisões que não consideram o conteúdo anteriormente analisado pelos Tribunais superiores, bem como do modo inadequado com que os componentes dos mesmos órgãos judiciários lançam mão de decisões anteriores de modo aleatório, apenas com a finalidade de abonar ou justificar sua própria argumentação.

Segundo Maurício Ramires, “o fundamento de toda uma teoria dos precedentes é o de que o direito rejeita os casuísmos, e tende à integração e coerência”⁵⁶⁵. Nesta ordem de ideias, a concepção do direito como integridade surge como adequado motivo para a adoção e manejo de um sistema precedentalista capaz de garantir segurança jurídica através das decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

É na teoria da interpretação desenvolvida pelo filósofo norte-americano Ronald Dworkin que a doutrina nacional tem buscado bases teóricas para a defesa do respeito aos precedentes judiciais, visando a aniquilar a crise da segurança jurídica e da igualdade na aplicação do direito⁵⁶⁶.

É nesse contexto que se justifica a importância do estudo do direito como integridade e da ideia do romance em cadeia, conforme delineado por Dworkin, como uma forma de garantir uma coerência no direito e nas decisões judiciais, evitando uma insegurança jurídica decorrente não só das decisões dos tribunais inferiores que não levam em consideração o que já foi decidido pelos Tribunais Superiores, como também da maneira livre com que atualmente os Ministros dos Tribunais Superiores podem lançar mão das decisões anteriores, utilizando-as ‘de maneira aleatória, sem confirmação do conteúdo da decisão (*ratio decidendi*) -, ou de maneira estratégica -, apenas aquelas que favoreçam a linha argumentativa do Ministro⁵⁶⁷.

Este tipo de abordagem é possível porque a teoria desenvolvida pelo jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin busca a coerência, mediante a integridade do sistema jurídico, ultrapassando os limites da hermenêutica, para também se preocupar com o modo pelo qual são formadas as decisões e os precedentes judiciais.

⁵⁶⁴ CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie et al. *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 339.

⁵⁶⁵ RAMIRES, op. cit., p. 93.

⁵⁶⁶ HELLMAN, op. cit., p. 77.

⁵⁶⁷ BARBOZA, op. cit., p. 266.

O conceito de direito como integridade pode ser compreendido mediante as premissas de que o direito é estruturado mediante uma base coesa de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal, bem como a de que estes mesmos princípios serão obrigatoriamente aplicados de modo coerente aos casos postos à apreciação do julgador⁵⁶⁸:

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios⁵⁶⁹.

A interpretação jurídica, segundo Ronald Dworkin, nada mais é que uma interpretação construtiva, de modo a tornar o juiz capaz de assimilar as práticas sociais da melhor forma possível⁵⁷⁰.

Em *Uma questão de princípio*, a literatura foi utilizada para desenvolver o direito como integridade como um método de interpretação. Dworkin levou a cabo seu projeto mediante a criação de “um gênero literário artificial que vai chamar de *romance em cadeia*”⁵⁷¹.

Na alegoria do romance em cadeia, cada capítulo da obra seria escrito por um romancista diferente, que escreveria o seu capítulo e enviaria o trabalho para o seguinte, a quem incumbiria acrescentar outro capítulo, “com a compreensão de que está acrescentando um capítulo a esse romance, não começando um outro, e, depois, manda os dois capítulos para o número seguinte, e assim por diante”⁵⁷².

Cada romancista, ao desenvolver o capítulo que lhe competir, obrigatoriamente levará em consideração o fato de que a obra, como um todo, deverá ser considerada como um único romance. Significa dizer, portanto, que o papel de cada escritor estará absolutamente limitado a desenvolver um texto coerente aquilo já escrito por seus antecessores⁵⁷³:

⁵⁶⁸ RAMIRES, op. cit., p. 98.

⁵⁶⁹ DWORKIN, *O império...*, op. cit., p. 291.

⁵⁷⁰ BOTELHO, Marcos Cesar. A lei em Ronald Dworkin: breves considerações sobre a integridade no direito. *Intertemas*, vol. 13, 2008, p. 9.

⁵⁷¹ BARBOZA, op. cit., p. 253.

⁵⁷² DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 235-236.

⁵⁷³ RAMIRES, op. cit., p. 98.

O texto estipula uma restrição severa em nome da identidade: todas as palavras devem ser levadas em consideração e nenhuma pode ser mudada a fim de torna-lo uma obra de arte melhor. [...] Portanto, o estilo de interpretação de qualquer crítico literário será sensível às suas convicções teóricas a respeito da natureza de um texto canônico e das evidências que o corroboram⁵⁷⁴.

Sob esta ótica, à exceção do primeiro romancista, todos os demais possuem uma dupla responsabilidade, de *interpretar* o passado e *criar* o futuro do romance, desenvolvendo o enredo com integridade, “pois precisa ler tudo o que foi feito antes para estabelecer, no sentido interpretativista, o que é o romance criado até então”⁵⁷⁵.

De acordo com Dworkin, o intento somente será adequadamente alcançado se todos os romancistas assumirem a responsabilidade e admitirem o dever de criação, tanto quanto possível, de um romance único e íntegro, ao invés de simplesmente desenvolverem diversos contos com personagens com os mesmos nomes⁵⁷⁶.

Transportando seu método interpretativo para o direito e a atividade jurisdicional, Dworkin substitui a noção do romancista pela figura do juiz, cujo exercício de decidir deve ser precedido da leitura dos capítulos anteriores (precedentes judiciais), para compreensão da trama central condutora do romance. A nova decisão, tal qual um novo capítulo do romance, terá ser coerente com a trama até então desenvolvida:

Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes *fizeram* coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então⁵⁷⁷.

Assim, adotando-se a ideia do romance em cadeia, o ato de decidir deve ser embasado nos valores e princípios adotados nos precedentes judiciais (capítulos anteriores), de modo a possibilitar uma decisão para o caso novo de modo harmônico e coerente com a prática jurídica em vigor:

⁵⁷⁴ DWORKIN, *Uma questão de princípio*, op. cit., p. 223.

⁵⁷⁵ Ibid., p. 236.

⁵⁷⁶ Ibid., p. 237.

⁵⁷⁷ Ibid., p. 238. Grifo do autor.

O direito como integridade [...] pede ao juiz que se considere como um autor na cadeia do direito consuetudinário. Ele sabe que outros juízes decidiram casos que, apesar de não exatamente iguais ao seu, tratam de problemas afins; deve considerar as decisões deles como parte de uma longa história que ele tem de interpretar e continuar, de acordo com suas opiniões sobre o melhor andamento a ser dado à história em questão. [...] O veredito do juiz – suas conclusões pós-interpretativas – deve ser extraído de uma interpretação que ao mesmo tempo se adapte aos fatos anteriores e os justifique, até onde isso seja possível⁵⁷⁸.

Referindo-se à prática da jurisdição constitucional brasileira, Estefânia Maria de Queiroz Barboza defende a possibilidade de se alcançar estabilidade, previsibilidade e segurança jurídica no Brasil se, quando da elaboração de suas decisões, o Supremo Tribunal Federal passar a se comportar como um dos romancistas em cadeia:

Essa integridade e continuidade do processo decisório garante uma maior estabilidade, previsibilidade e segurança jurídicas para os cidadãos nesse novo modelo de direito constitucional brasileiro, que, no que diz respeito aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais, aproxima-se das jurisdições do *common law*, devendo nelas buscar sua experiência na ideia de precedentes vinculantes, que se buscará justificar na teoria de Ronald Dworkin, de que as decisões da Suprema Corte devem ser escritas tais como se fossem capítulos de um romance na história do direito jurisprudencial brasileiro⁵⁷⁹.

Compreendida a prática judicial como uma obra coletiva, “os precedentes ganham *status* de indícios formais (*formale Anzeige*) para guiar a interpretação de um juiz sobre o que constitua o direito em sua integridade”⁵⁸⁰. Os julgadores, assim, seriam apenas uma peça da complexa engrenagem, o sistema racional de justiça, detentora de história e tradição, muitas vezes diferentes das suas, à qual terá a incumbência de dar sequência:

Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registros de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele *deve* interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu

⁵⁷⁸ DWORKIN, *O império...*, op. cit., p. 286.

⁵⁷⁹ BARBOZA, op. cit., p. 267.

⁵⁸⁰ RAMIRES, op. cit., p. 99.

próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então⁵⁸¹.

A responsabilidade do julgador frente à continuidade do direito, no pensamento de Dworkin, é característica própria da cultura e tradição vivida e construída pela sociedade. Não se trata de um ato de passividade do julgador, mas de diálogo junto à prática judicial existente, permitindo uma “fusão de horizontes: no que respeita aos precedentes, a interpretação se dá com a fusão do horizonte do intérprete com o horizonte do *todo da prática jurídica estabelecida até então*”⁵⁸².

Não é correto, portanto, falar-se em simples repetição, pelo juiz atual, da decisão proferida pelo juiz do caso pretérito. Assim como o romancista em cadeia, o novo juiz terá de compreender o sentido dos princípios embaixadores do precedente para, a partir deles, construir a decisão específica para o caso a ser julgado.

Não se pode descuidar que aplicar o princípio da integridade não significa apenas ter consistência na decisão judicial no sentido de aplicar decisões semelhantes a casos semelhantes. Decidir de acordo com a integridade pode inclusive justificar uma nova interpretação acerca dos motivos determinantes do precedente, justificando a revogação ou a distinção do caso anterior⁵⁸³.

Significa que, no modelo proposto por Dworkin, decisões judiciais não partem do “grau zero de sentido”⁵⁸⁴. Elas são construídas a partir dos princípios adotados nas decisões pretéritas, de modo a conferir coerência e integridade ao direito.

Não se trata, contudo, de “tratar casos distintos como objetos de uma mesma regra geral, ignorando que, embora deva ser íntegro e coerente, o direito é também distinção e diferenciação”⁵⁸⁵. As particularidades existentes em cada caso, portanto, são merecedoras de respostas individualizadas, devendo ser desenvolvidas pelo juiz quando da construção de sua decisão.

Nesta ordem de ideias, os precedentes são detentores de grande valor prático para demonstrar ao juiz a trilha histórica já percorrida pela prática do direito em determinada sociedade. Afinal, quando um caso foi decidido de determinado modo, houve alguma razão “e esta razão tem história: tem *proveniência* (no

⁵⁸¹ DWORKIN, *Uma questão de princípio*, op. cit., p. 238. Grifo do autor.

⁵⁸² RAMIRES, op. cit., p. 100. Grifo do autor.

⁵⁸³ BARBOZA, op. cit., p. 283.

⁵⁸⁴ STRECK, *O que é isto...*, op. cit., p. 108.

⁵⁸⁵ RAMIRES, op. cit., p. 105.

passado) e *projeção* (no futuro). Se essa mesma razão recomendar uma solução semelhante em um caso futuro, a decisão anterior será um indício formal da resposta ao novo caso”⁵⁸⁶.

É da própria natureza humana, aliás, a tomada de decisões tendo por base os acontecimentos históricos, muito embora, como se destacou, o ato de seguir um precedente não pretenda significar a mera e simples reprodução da decisão anterior, pois sempre existirá a real possibilidade de um precedente ser revogado ou mesmo modificado⁵⁸⁷.

A teoria do direito como integridade desenvolvida por Dworkin é importante, assim, por sua capacidade de conjugar a necessidade de intercâmbio entre as decisões passadas e presentes, possibilitando a formação de entendimentos coerentes com o sistema racional de justiça, permitindo, sem engessar o próprio direito, uma maior qualidade da decisão construída⁵⁸⁸, redundando em segurança jurídica para o cidadão e a minimização de um dos fatores causadores da crise do Poder Judiciário.

Assim, tendo como pano de fundo o direito como integridade, é possível identificar nos precedentes judiciais a capacidade de, ao mesmo tempo, colaborarem na superação da crise da segurança jurídica e da igualdade na aplicação do direito, propiciando segurança jurídica à população, ficando, em consequência, justificada a sua adoção pelo direito brasileiro.

⁵⁸⁶ RAMIRES, op. cit., p. 94. Grifo do autor.

⁵⁸⁷ LIMA, *Precedentes judiciais civis no Brasil*, op. cit., p. 56.

⁵⁸⁸ CARDOSO, Eva Lusci Costa; MACHADO, Ana Mara França; VOJVODIC, Adriana de Moraes. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório do STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 5(1), jan-jun/2009, p. 27.

CONCLUSÕES

A compreensão do precedente judicial como fonte do direito no Brasil é bastante controversa, em razão de o ordenamento jurídico interno estar secularmente ligado à *civil law*, família na qual tradicionalmente se atribui à lei o posto de principal fonte normativa.

Nos últimos tempos, contudo, produção doutrinária de grande valia tem desmistificado determinados conceitos e institutos jurídicos adotados em diversos países, principalmente naqueles de *common law*, cuja interação cada vez maior tem permitido a evolução do direito nacional. Nessa toada, alterações legislativas e constitucionais das mais variadas formas atenuaram o apego à legolatria e atribuíram maior importância ao precedente judicial, por se compreender, cada vez mais, que a lei não é a única fonte de direito capaz de tornar íntegra, coerente, racional e segura a prática judicial no Brasil.

Todo esse esforço legislativo e doutrinário de atribuição de força obrigatória ao precedente judicial foi coroado pela introdução de um sistema de precedentes judiciais no ordenamento jurídico nacional, por intermédio do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), responsável por exigir dos tribunais a manutenção de uma jurisprudência íntegra, estável e coerente.

A problemática relacionada à assimilação do precedente judicial como fonte do direito no Brasil, portanto, ao menos em sede legislativa, parece ter sido solucionada pelo advento do NCPC, cuja vigência teve início na segunda quinzena do mês de março do ano de 2016, ficando a cargo de futuras investigações o modo pela qual a novidade será incorporada pela prática judiciária nacional.

A análise das razões para o respeito dos precedentes judiciais permitiu fossem verificados inúmeros benefícios por ele trazidos a toda a sociedade: a promoção de igualdade entre aqueles cuja situação seja idêntica ou semelhante, o prestígio à boa-fé objetiva por parte do Estado de Direito no exercício de seu poder jurisdicional, proporcionando-se economia, celeridade e eficiência aos órgãos judiciários, em prol de toda a sociedade.

A pesquisa também proporcionou a averiguação das principais críticas formuladas à teoria dos precedentes, autorizando a compreensão de que muitas delas são embasadas em premissas equivocadas ou da má compreensão da teoria

dos precedentes, em razão, principalmente, das diversas formas de operação do direito nas famílias da *civil law* e da *common law*.

É o que acontece, por exemplo, com a arguição de engessamento do sistema, que deixa de considerar as técnicas de aplicação, distinção e revogação do precedente, objeto de estudo detalhado no segundo capítulo da pesquisa.

Do mesmo modo, as supostas violações ao princípio da separação dos poderes e da independência dos juízes refletem a falta de estudo e análise da evolução que a própria teoria do Estado de Direito sofreu nos últimos séculos. Corretamente vistas as coisas, pode-se compreender que os mecanismos teoricamente adotados contemporaneamente, além de permitirem a divisão das funções do Estado, também salvaguardam a independência judicial, verdadeira garantia do destinatário da prestação jurisdicional.

As indevidas críticas ao sistema de precedentes obrigatórios por suposta violação à independência dos juízes foram satisfatoriamente rechaçadas, com a demonstração do papel do julgador perante o próprio poder estatal de que faz parte, bem como do fato de a garantia de independência judicial ser garantia da sociedade, não do magistrado, individualmente considerado, de quem se exige respeito a todo o ordenamento jurídico, onde se incluem os precedentes judiciais.

Constatou-se não ser admissível, na atual ordem jurídica, a pretensão de se equiparar a possibilidade de obtenção de julgamentos despidos de vínculos com decisões pretéritas a uma ofensa à garantia de acesso à justiça, razão pela qual a objeção ao sistema de precedentes obrigatórios não se sustentou, depois de uma análise cuidadosa.

Ainda no primeiro capítulo, a pesquisa apontou a necessidade de determinadas adequações na própria forma de aplicação dos precedentes judiciais no direito brasileiro, cujos efeitos práticos continuam a depender, mais que de alteração legislativa, principalmente da modificação do próprio modelo cultural dos responsáveis pela prática do direito no Brasil.

Dentre as medidas sugeridas para a adequada operação de um sistema de precedentes obrigatórios no Brasil, a primeira delas foi a conscientização acerca do modo errôneo pelo qual é construída a fundamentação das decisões. Funcionando como limitação ao arbítrio estatal, a fundamentação detém status constitucional com a finalidade de outorgar ao jurisdicionado a garantia de obter resposta substancial às suas alegações, ficando vedada a jurisprudência defensiva, tão utilizadas pelos

tribunais nacionais. Assim, a efetivação do comando contido nos arts. 11 e 489, § 1º, do NCPC, com a análise concreta das alegações das partes, sem a utilização de termos vagos e abstratos, em muito contribuirá para um maior nível de legitimidade das decisões proferidas, em benefício de todo o sistema de distribuição da justiça.

A perniciosa aplicação de ementas e verbetes descontextualizados dos fatos versados no processo judicial também é ponto que merece imediata revisão na prática judicial brasileira. De início, a própria edição de súmulas deverá passar por alteração, para seus a redação de seus verbetes espelharem adequadamente as circunstâncias fáticas existentes nos precedentes que motivaram a sua criação, a teor do art. 926, § 2º, do NCPC. Além disso, a construção da decisão dos casos concretos somente poderá se valer de um precedente ou súmula quando se demonstrar haver identidade entre os fundamentos determinantes destes com os fatos relevantes daquele, sob pena de nulidade, de acordo com o art. 489, § 1º, inciso V, do NCPC.

O melhor meio para a implementação de mudanças culturais depende de uma nova metodologia de construção do conhecimento jurídico. Constatou-se que os currículos universitários dependem de atualização, com o abandono das aulas excessivamente expositivas e o incentivo ao estudo de casos. É urgente a análise do direito à luz da realidade fática, preocupando-se com o exame dos fatos relevantes, das questões de direito a serem decididas e com os fundamentos adequados para a construção da resposta a cada questão a ser analisada pelo Poder Judiciário.

Para fechar o primeiro capítulo da pesquisa, foi apresentada a última sugestão tida como indispensável à satisfatória operação de um sistema de precedentes no Brasil. Trata-se da necessidade de desenvolvimento de repositórios organizados e atualizados para a divulgação dos precedentes, para permitir saber se um precedente existe, está em vigor ou foi superado.

Nesse passo, o NCPC determinou aos tribunais a edição de súmulas de jurisprudência, cuidando-se da publicidade de seus precedentes, preferencialmente via *internet*, organizados por questão jurídica decidida. Também previu a criação de um banco de dados pelos tribunais e um registro eletrônico pelo Conselho Nacional de Justiça, para historiar a instauração e o julgamento de incidentes de resolução de demandas repetitivas, bem como o julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário.

Desenvolvida esta análise, no segundo capítulo, o estudo voltou-se às principais tradições jurídicas do mundo ocidental, podendo-se compreender, mediante a análise de sua criação e desenvolvimento, que cada uma delas pretendeu alcançar a segurança jurídica através de caminhos diferentes: a *common law* através do respeito ao precedente judicial e a *civil law* mediante a cultura do respeito à lei.

Desmistificada a confusão conceitual existente entre precedente, decisão, súmula e jurisprudência, ainda no segundo capítulo foi possível identificar a *ratio decidendi* e a *obiter dictum* como os elementos componentes do precedente judicial, possuindo o primeiro a capacidade de imposição perante as decisões ulteriores, redundando na existência de precedentes com eficácia horizontal e vertical, bem como persuasiva ou vinculante.

A operação do sistema precedentalista, segundo se constatou, é realizada mediante a técnica de respeito e comparação do caso presente com a *ratio decidendi* do precedente para, fundamentadamente, ser adotada na decisão a ser construída.

Na hipótese de se constatar a existência de distinções relevantes entre o caso presente e o pretérito, o julgador deverá lançar mão das técnicas próprias, como é o caso da técnica da distinção (*distinguishing*), da técnica da sinalização, da *transformation*, da *overriding* e das distinções inconsistentes, embora umas possam ser preferíveis às outras, sob a ótica do interesse social e da segurança jurídica proporcionada pelas decisões judiciais delas decorrentes.

Teve-se a oportunidade para compreender que, justamente para não tornar engessado o sistema jurídico, observados os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, haverá a excepcional possibilidade de revogação de um precedente cuja *ratio decidendi* já não se demonstre adequada à atual realidade jurídica, política, econômica e social. Para tanto, o tribunal poderá lançar mão das técnicas da revogação (*overruling*) ou da *anticipatory overruling*, cuja prática sempre poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de *amicus curiae*, para aprimorar a rediscussão da tese e elevar o grau de legitimidade da decisão judicial.

A propósito, o regime jurídico dos precedentes judiciais no âmbito do novo Código de Processo civil foi objeto de análise ainda no segundo capítulo da pesquisa. Constatou-se ser seu objetivo a racionalização da atividade jurisdicional,

mediante um reforço no combate à dispersão excessiva das decisões, ao se atribuir aos tribunais o dever de uniformização da jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente.

No âmbito do sistema implementado pelo NCPC, a decisão judicial deverá ser construída com base na técnica da autorreferência, de modo a resolver as questões postas a julgamento, mediante o diálogo com os precedentes já existentes. Quanto ao conteúdo substancial da fundamentação, o princípio da inércia argumentativa será o balizador do nível da carga argumentativa: quando um precedente for seguido, ela será minorada; se o precedente for rejeitado, ela deverá ser majorada.

Mesmo não sendo definidos seus conceitos no texto legal, os institutos da *ratio decidendi*, *distinguishing* e *overruling* podem ser adequadamente compreendidos mediante uma interpretação sistemática do NCPC. O Código, do mesmo modo, previu medidas necessárias a assegurar o funcionamento do sistema precedentalista, apontando sua influência sobre diversos outros institutos, como é o caso da honorários sucumbenciais recursais, da improcedência liminar do pedido, da tutela de evidência, do reexame necessário, da execução provisória da sentença, dos poderes do relator, do incidente de resolução de demandas repetitivas e da reclamação.

Alcançado o último capítulo, a segurança jurídica foi posicionada na teoria do Estado de Direito, verificando-se que a própria existência desse último é justificada pela promoção de segurança jurídica ao cidadão.

Apreciado o conceito de segurança jurídica, no qual não se inclui a pretensão de certeza e total previsibilidade do direito, foram identificadas a cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade como seus elementos constitutivos. A sua realização deve ser buscada pelos três Poderes do Estado, de acordo com as previsões contidas implícita e explicitamente na Constituição Federal de 1988, o que evidencia a necessidade de adoção de comportamentos comprometidos com cada um daqueles elementos.

Voltados os olhos para a realidade do ordenamento jurídico brasileiro, foi possível admitir que a atual crise da segurança jurídica e da igualdade na aplicação do direito em muito se deve ao modo inadequado pelo qual são proferidas as decisões judiciais, cujos efeitos são sentidos pelo cidadão muito mais

concretamente, quando comparados àqueles decorrentes de atos juridicamente inseguros dos Poderes Legislativo ou Executivo.

Compreendida a teoria dworkiniana do direito como integridade, mediante a qual cada julgador atuaria como um romancista em cadeia, responsável pela continuidade da construção de uma obra literária, foi possível a confirmação da hipótese principal da pesquisa, equacionando-se o problema levantado através do respeito aos precedentes judiciais, método adequado para a promoção da segurança jurídica no Estado de Direito brasileiro, incrementando-se os níveis de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do direito aos olhos do destinatário da prestação jurisdicional.

Desta sorte, a pesquisa cumpriu seu objetivo principal de identificar na teoria dos precedentes judiciais um valioso instrumento para a concretização da segurança jurídica no direito brasileiro, contando com instrumentos suficientes para acomodar a tensão entre a necessidade de segurança e a indispensável dinâmica do ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Precedente judicial *versus* jurisprudência dotada de efeito vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Caroline Sampaio de. A relevância dos precedentes judiciais como mecanismo de efetividade processual. *Revista dos Tribunais*, n. 922, ano 101, ago/2012.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. O sistema jurídico nos Estados Unidos – *Common Law* e carreiras jurídicas (*judges, prosecutors e lawyers*): o que poderia ser útil para a reforma do sistema processual brasileiro? *Revista de Processo*, n. 251, ano 41, jan./2016.

ALVES, Fernando de Brito. *Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental*. Curitiba: Juruá, 2013.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. A fundamentação adequada diante do sistema de precedentes instituído pelo NCP. In: DIDIER JR., Fredie et al. *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro. *Revista de Processo*, n. 229, ano 39, mar/2014.

_____. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal*. Curitiba: Juruá, 2012.

_____; PEIXOTO, Ravi. Flexibilidade, *stare decisis* e o desenvolvimento do *anticipatory overruling* no direito brasileiro. *Revista de Processo*, n. 236, ano 39, out/2014.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil. Precedent in the United Kingdom. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Ed.) *Interpreting Precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997.

BARBOSA, Adriano. Das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados à necessidade de precedentes obrigatórios – uma breve reflexão à luz do projeto do novo CPC. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. 2. ed. Salvador, JusPodivm, 2012.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural. In: DIDIER JR., Fredie et al. *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Recurso extraordinário. Violação indireta da Constituição. Ilegitimidade da alteração pontual e casuística da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: _____. *Temas de direito constitucional*. v. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BAUM, Lawrence. *A suprema corte americana*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BOTELHO, Marcos Cesar. A lei em Ronald Dworkin: breves considerações sobre a integridade no direito. *Intertemas*, vol. 13, 2008.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de juristas responsável pela elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, 2010.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2015: ano-base 2014*. Brasília: CNJ, 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.076*. Rel. Min. Carlos Velloso. Julgado em: 15 ago. 2002. Diário da Justiça: 08 ago. 2003.

_____. _____. *Súmula n. 622*. Não cabe agravo regimental contra decisão do relator que concede ou indefere liminar em mandado de segurança. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 05 jan. 2016.

_____. _____. *Súmula n. 625*. Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 05 jan. 2016.

_____. _____. *Súmula n. 626*. A suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar

deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 05 jan. 2016.

_____. _____. *Súmula vinculante n. 11*. Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 05 jan. 2016.

_____. _____. *Sistema Push*. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/push>. Acesso em: 10 mar. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Rel. Min. Humberto de Barros Monteiro. *AgRg nos EREsp 228.432/RS*. Julgado em: 01 fev. 2002. Diário da Justiça: 18 mar. 2002.

_____. _____. *Informativo de Jurisprudência*. Disponível em: <ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo.ea.>. Acesso em: 10 mar. 2016.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BRITO, Jaime Domingues. *Os fundamentos vinculantes dos precedentes diante das súmulas*. Tese (Doutorado em Direito) – Instituição Toledo de Ensino, Bauru/SP, 2013.

_____; BRITO, Tiago Domingues. Os precedentes vinculantes e a liberdade religiosa. In: COSTA, Ilton Garcia da et al (Org.). *Paz, educação e liberdades religiosas*. Curitiba: Instituto da Memória, 2016.

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

BUZAID, Alfredo. A crise do Supremo Tribunal Federal. In: _____. *Estudos de direito*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1972.

_____. Uniformização de jurisprudência. *Revista da AJURIS – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, n. 34, jul/1985.

CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, n. 221, ano 38, jul/2013.

_____. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2013.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 786, abril/2001.

_____. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____; BRITO, Jaime Domingues. Súmulas vinculantes. *Revista de Processo*, n. 168, ano 34, fev/2009.

_____; FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo*, n. 243, ano 40, mai/2015.

_____; _____. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie et al. *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____; HELLMAN, Renê Francisco. Jurisimprudência – a independência do juiz ante os precedentes judiciais como obstáculo à igualdade e a segurança jurídicas. *Revista de Processo*, n. 231, ano 39, maio/2014.

_____; _____. Os precedentes e o dever de motivação no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie et al. *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CÁRCOVA, Carlos Maria. *A opacidade do Direito*. São Paulo: LTR, 1998.

CARDOSO, Eva Lusci Costa; MACHADO, Ana Mara França; VOJVODIC, Adriana de Moraes. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório do STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 5(1), jan-jun/2009.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. *Segurança jurídica e a eficácia dos direitos sociais fundamentais*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: JusPodivm, 2015.

CAVALCANTI FILHO, Theophilo. *O problema da segurança no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

CHIASSONI, Pierluigi. *La giurisprudenza civile: metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*. Milão: Giuffrè, 1999.

COSTA, Pietro. O Estado de direito: uma introdução histórica. In: ____; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de direito: história, teoria e crítica*. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COUTO E SILVA, Almiro. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da união (Lei nº 9.784/99). *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 27, n. 57, 2004.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4.ed. Oxford: Clarendon Press, 1991.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, n. 209, ano 37, jul/2012.

_____. O regime processual das causas repetitivas. *Revista de Processo*, n. 179, ano 35, jan/2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 2007.

DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo. *Fórum Administrativo - Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de Sentença*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de *common law* e de *civil law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. 2. ed. Salvador, JusPodivm, 2012.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle de constitucionalidade. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte, Fórum, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. As origens do Estado de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, n. 168. Rio de Janeiro: FGV, 1987.

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. *Neoconstitucionalismo e súmulas vinculantes*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

FOGAÇA, Mateus Vargas; FOGAÇA, Marcos Vargas. Sistema de precedentes judiciais obrigatórios e a flexibilidade do direito no novo Código de Processo Civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. n. 67, jul.-dez./2015.

DIDIER JR, Fredie. Apontamentos para a concretização do princípio da eficiência do processo. In: FREIRE, Alexandre et al. *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. v. 1. Salvador: JusPodivm, 2013.

_____. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: _____; et al. *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2015.

GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*. New York: Oxford University Press, 2008.

GOODHART, Arthur L. *Determining the Ratio Decidendi of a Case*. The Cambridge Law Journal, v. 40. n. 2, 1930.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. *Revista Argumenta*, Jacarezinho/PR, 2002, n. 2, p. 32-95, Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/87>>. Acesso em: 15 mai. 2014.

HELLMAN, Renê Francisco. Os desafios do ensino jurídico brasileiro com o Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, n. 242, ano 40, abr./2015.

_____. *Precedentes e decisão judicial no processo civil brasileiro: a necessidade da busca pela resposta correta*. 190 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho/PR, 2015.

HESS, Heliana Coutinho. O princípio da eficiência e o Poder Judiciário. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 105, jan.-dez./2010, p. 211-239. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67899/70507>>. Acesso em: 31 jan. 2016.

JANSEN, Rodrigo. A súmula vinculante como norma jurídica. *Revista dos Tribunais*, n. 838, ano 94, ago/2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KNIFFEN, Margaret N. Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Actions By United States Court of Appeals. *Fordham Law Review*, n. 51, 1982. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol51/iss1/2>>. Acesso em: 10 out. 2015.

KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

KORNHAUSER, Lewis A. An economic perspective on stare decisis. *Chicago-Kent Law Review*, n. 65, 1989.

LADEIRA, Aline Hadad; BAHIA, Alexandre Melo Franco. O precedente judicial em paralelo a súmula vinculante: pela (re)introdução da faticidade ao mundo jurídico. *Revista de Processo*, n. 234, ano 39, ago/2014.

LEAL, Augusto Cesar de Carvalho. *A decisão judicial como centro de gravidade do princípio da segurança jurídica: os precedentes judiciais vinculantes como instrumento eficaz de promoção do estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do direito*. 242 f. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. Breves considerações sobre os precedentes judiciais no projeto de Novo Código de Processo Civil. In: FREIRE, Alexandre et al. *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2014.

_____. *Precedentes judiciais civis no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPodivm, 2015.

MACCORMICK, D. Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: a theory of Legal Reasoning*. New York: Oxford University Press, 2009.

MACÊDO, Lucas Buril de. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do Anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredie; et al. *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. O regime jurídico dos precedentes judiciais no Projeto do Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, n. 237, ano 39, nov/2014.

_____. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015.

MACHADO, Edinilson Donisete. *Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MAGALHÃES, Breno Baía; SILVA, Sandoval Alves da. Quem vê ementa, não vê precedente: ementismo e precedentes judiciais no projeto do CPC. In: FREIRE, Alexandre et al. *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. v. 2. Salvador: JusPodivm, 2014.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINHO, Hugo Chacra Carvalho e. A independência funcional dos juízes e os precedentes judiciais. In: DIDIER JR., Fredie et al. *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. O precedente na dimensão da igualdade. In: _____ (Org.). *A força dos precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

_____. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: _____ (Org.). *A força dos precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

_____. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MAUÉS, Antonio Moreira et al. Súmula Vinculante e direito à igualdade. *Revista Argumenta*, Jacarezinho, n. 6, ano 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A súmula vinculante, vista como meio legítimo para diminuir a

sobrecarga de trabalho dos tribunais brasileiros. *Revista do Advogado*, ano 27, n. 92, julho-2007.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin. *Precedentes judiciais vinculantes: a eficácia dos motivos determinantes da decisão na cultura jurídica*. Curitiba: Juruá, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. A ação declaratória de constitucionalidade: inovação da Emenda Constitucional 3/93. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 4, ano 1, jul-set/1993.

_____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MERRYMAN, John Henry. *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

MEZQUITA DEL CACHO, José Luis. *Seguridad jurídica y sistema cautelar. Sistema español de derecho cautelar*. v. 1. Madrid: Bosch, 1989.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *A força dos precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

_____. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio et al. *Efeito 'ex tunc' e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

NOGUEIRA, Janaína Régis da Fonseca. A importância da análise dos precedentes frente à edição da súmula vinculante. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; OLIVEIRA, Flávio Luis de. *Acesso à justiça e concretização de direitos*. Birigui: Boreal, 2014.

NUNES, Dierle; HORTA, André Francisco. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução. In: DIDIER JR., Fredie et al. *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____; LACERDA, Rafaela. Contraditório e precedentes: primeiras linhas. In: FREIRE, Alexandre et al. *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. v. 2. Salvador: JusPodivm, 2014.

NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Flávio Luis de; BRITO, Jaime Domingues. Os precedentes vinculantes são normas? In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; AMARAL, Sérgio Tibiriçá (Org.). *Sistema constitucional de garantias e seus mecanismos de proteção*. Birigui: Boreal, 2013.

OLIVEIRA, Pedro Miranda; ANDERLE, Rene José. O sistema de precedentes no CPC projetado: engessamento do direito? *Revista de Processo*, n. 232, ano 39, jun/2014.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015.

PEREZ LUÑO, Antonio-Henrique. *La seguridad jurídica*. 2. ed. Barcelona, Ariel, 2004.

PINTER, Rafael Wobeto. A boa-fé no processo civil e o abuso de direitos processuais. *Revista de Processo*, n. 253, ano 41, mar./2016.

POLICHUK, Renata. *Segurança jurídica dos atos jurisdicionais*. 222 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

PORTES, Maira. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de *common law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *A forma dos precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

POSNER, Richard. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PUGLIESE, William Soares. *Teoria dos precedentes e interpretação legislativa*. 107 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RE, Edward D. Stare decisis. Trad. Ellen Gracie Northfleet. *Revista de Informação Legislativa*, ano 31, n. 122, mai-jun/1994.

ROCHA, Cármen Lucia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. In: _____ (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte, Fórum, 2009.

ROMÃO, Pablo Freire; PINTO, Eduardo Régis Girão de Castro. *Precedente judicial no novo Código de Processo Civil: tensão entre segurança e dinâmica do direito*. Curitiba: Juruá, 2015.

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

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Escala, 2000.

SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte, Fórum, 2009.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCHRODER, Leticia de Mattos. *Segurança jurídica e jurisprudência: da dicotomia à otimização*. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho/PR, 2014.

SESMA, Victoria Iturralde. *El precedente en el common law*. Madrid: Civitas, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte, Fórum, 2009.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Ovídio Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SILVA, Ticiano Alves e. Jurisprudência banana boat. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 309, ano 37, julho 2012.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; BRITO, Jaime Domingues. Precedentes vinculativos e fontes do direito no Brasil: a proposta de um 'sistema geométrico variável'. In: BRANDÃO, Fernanda Holanda de Vasconcelos; MAILLART, Adriana Silva; TAVARES NETO, José Querino. *Acesso à justiça I: XXIII Congresso Nacional do Conpedi*. Florianópolis: Conpedi, 2014.

_____; _____. Sistema da *common law*: seus fundamentos podem aprimorar o sistema precedentalista brasileiro? In: MAILLART, Adriana Silva; SILVA, Fernanda Tartuce. *Acesso à justiça II: XXII Encontro Nacional do Conpedi/Unicuritiba*. Florianópolis: Funjab, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: MACCORMIK, D. Neil; _____ (Ed.) *Interpreting Precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997.

TARUFFO, Michele. Icebergs do common law e do civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação. *Revista de Processo*, n. 182, ano 35, abr/2010.

_____. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, n. 199, ano 36, set/2011.

THEODORO JR., Humberto; et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. Uniformização de jurisprudência. *Revista de Processo*, n. 104, ano 26, out/dez 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: _____ (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____ et al. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. Precedentes (*treat like cases alike*) e o novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, n. 235, ano 39, set/2014.

_____. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.