

**FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”  
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM  
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

**THAIS ESTEVÃO SACONATO**

**OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:  
GARANTIA DA SEGURANÇA JURÍDICA NAS DECISÕES JUDICIAIS**

**MARÍLIA  
2017**

**THAIS ESTEVÃO SACONATO**

**OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: GARANTIA  
DA SEGURANÇA JURÍDICA NAS DECISÕES JUDICIAIS**

Trabalho de curso apresentado ao Curso de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luís Henrique Barbante Franzé

MARÍLIA  
2017

SACONATO, Thais Estevão

Os precedentes judiciais no Código de Processo Civil: garantia da segurança jurídica nas decisões judiciais.

Saconato. Thais Estevão. Orientador: Luís Henrique Barbante Franzé. Marília-SP, 2017. 128 páginas.

Trabalho de Curso de Mestrado em Direito – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha” – Univem, Marília, 2017.

1. Segurança jurídica. 2. Precedentes Judiciais. 3. Código de Processo Civil. 4. *Common Law*. 5. *Civil Law*.

CDD: 341.46

Aos meus amados pais, meu futuro esposo, familiares,  
professores e amigos que me incentivaram a concluir  
esta importante etapa!

## AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, que todos os dias de minha vida me deu forças para nunca desistir. Agradeço a Ele por todas as pessoas que colocou no meu caminho, que abriram e fecharam portas, pessoas estas que foram essenciais para lograr êxito em mais um sonho.

Agradeço aos meus pais, por toda base que me proporcionaram com tanto esforço e carinho.

Agradeço ao meu futuro esposo, pelo apoio, pela compreensão e por nunca ter permitido qualquer pensamento negativo nos momentos de desânimo, ressaltando sempre que sou capaz e que seria vitoriosa em mais uma etapa.

Agradeço aos meus familiares, pelo apoio incondicional e pela torcida.

Agradeço especialmente ao meu tio Roberto, professor desta instituição, pelo incentivo desde o início e por me mostrar o caminho a percorrer e me ajudar a trilhá-lo na concretização deste sonho. Sem a sua ajuda nada disso seria possível.

Agradeço aos meus amigos, e de maneira especial aqueles que conquistei durante o curso do Mestrado e que levarei comigo pelo resto da vida.

Um agradecimento especial ao meu orientador, Professor Franzé, por seu apoio, dedicação, competência e especial atenção nas revisões e sugestões, fatores fundamentais para a conclusão deste trabalho.

Agradeço à coordenação do curso de Mestrado em Direito do UNIVEM, pelo direcionamento e por todo o apoio dado durante o transcorrer do curso, em especial aos Professores Lafayette e Teófilo, pela dedicação e empenho dispensados durante a minha jornada no Mestrado. Também agradeço à coordenação pela oportunidade que me foi concedida de ser bolsista da CAPES/PROSUP.

Agradeço a todos os professores do curso, que contribuíram imensamente para a minha formação.

Agradeço à Leninha, secretária do curso de Mestrado, pela competência no suporte de nossas necessidades acadêmicas e pelo companheirismo.

Enfim, agradeço a todos aqueles que cruzaram o meu caminho e que de alguma forma me ajudaram a concluir mais esta etapa da vida.

*Aqueles que passam por nós, não vão sós, não nos deixam sós. Deixam um pouco de si, levam um pouco de nós. (Antoine de Saint-Exupéry).*

SACONATO, Thais Estevão. **Os precedentes judiciais no Código de Processo Civil: garantia da segurança jurídica nas decisões judiciais.** Trabalho de Curso. Mestrado em Direito – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2017.

## RESUMO

O presente trabalho é fruto de pesquisa bibliográfica relacionada à teoria dos precedentes no sistema jurídico brasileiro, mais especificamente da importância dos precedentes para a garantia da segurança jurídica e estabilidade das decisões judiciais. Para tanto, traz o conceito de segurança jurídica, sua classificação como princípio constitucional e a sua presença nos dois sistemas jurídicos existentes que podem regulamentar a ordem jurídica de um Estado, quais sejam, *civil law e common law*, a respeito dos quais se faz uma abordagem histórica e suas diferenças. Na sequência, aborda o problema da desuniformização no Brasil e a consequente insegurança jurídica que permeia as decisões judiciais, bem como a importância da utilização dos precedentes nos tribunais superiores, com o intuito de uniformização da jurisprudência. Em seguida, discorre sobre a aproximação entre os dois sistemas jurídicos – *civil law e common law*, a importância dada à uniformização da jurisprudência e a utilização dos precedentes na fundamentação da decisão com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, e a necessidade da adoção do sistema de precedentes como ferramenta de segurança jurídica na resolução de conflitos no atual cenário jurídico do país. Assim, utilizando como metodologia o método dedutivo e, de forma auxiliar, os métodos histórico e comparativo, pretende-se demonstrar a necessidade da utilização dos precedentes do *common law* no direito brasileiro, com o intuito de garantir maior segurança jurídica, previsibilidade e estabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

**Palavras-chave:** Segurança Jurídica. Precedentes Judiciais. Código de Processo Civil. *Common law. Civil law.*

SACONATO, Thais Estevão. **Os precedentes judiciais no Código de Processo Civil: garantia da segurança jurídica nas decisões judiciais.** Trabalho de Curso. Mestrado em Direito – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2017.

### **ABSTRACT**

This work is the result of bibliographic research related to the previous theory in the Brazilian legal system, specifically of the importance of precedents for assurance of legal certainty, access to justice and stability of judgments. For this purpose, it brings up the concept of legal certainty, its classification as constitutional principle and its presence in the existing legal systems that can regulate legal order in each State, such as civil and common law, leading a historical approach and addressing the differences between them. Later on, this work addresses the problem of destandardization in Brazil and the resulting legal uncertainty that permeates legal judgements, such as the importance of precedent use in higher courts, with the goal of standardizing jurisprudence. In the aftermath, reflects on the approximation of two legal systems – civil law and common law, the importance given to jurisprudence standardization and precedent use in the foundation of decisions with the New Code of Civil Procedure coming into force, and the need for adoption of the precedent system as a tool of legal certainty in the resolution of conflicts in the country’s current legal scenario. Therefore, through using a deductive method as methodology and the assistance of historical and comparative methods, it aims to demonstrate the need for use of common law precedents in Brazilian law, targeting the assurance of higher legal certainty, predictability and stability in the Brazilian legal order.

**Keywords:** Legal certainty. Legal Precedents. Code of Civil Procedure. Common Law. Civil Law.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>CAPÍTULO I – SEGURANÇA JURÍDICA NAS TRADIÇÕES DA <i>CIVIL LAW</i> E DA <i>COMMON LAW</i></b> .....	13
1.1 Princípio da segurança jurídica.....	13
1.1.1 Conceito de segurança jurídica.....	19
1.1.2 Dimensões da segurança jurídica: certeza, previsibilidade e estabilidade .....	20
1.1.3 Precedentes judiciais e segurança jurídica.....	24
1.2. A <i>common law</i> e a busca da segurança jurídica .....	27
1.2.1 Desenvolvimento da <i>common law</i> no direito inglês.....	28
1.2.2 A <i>common law</i> no direito norte-americano .....	33
1.2.3 A teoria do <i>stare decisis</i> .....	37
1.2.4 <i>Ratio decidendi</i> .....	39
1.2.5 <i>Obiter dictum</i> .....	41
1.2.6 <i>Distinguishing</i> e <i>overruling</i> .....	43
1.2.7 Precedentes judiciais na <i>common law</i> .....	44
1.3 O <i>civil law</i> e a busca da segurança jurídica .....	46
1.3.1 Origem da <i>civil law</i> – a família romano-germânica .....	47
1.3.2 Codificações do sistema da <i>civil law</i> como garantia da segurança jurídica.....	53
1.3.3 Alguns países com influência da tradição da <i>civil law</i> .....	55
1.3.4 O impacto do constitucionalismo na <i>civil law</i> .....	56
<b>CAPÍTULO II – A INSEGURANÇA JURÍDICA NAS DECISÕES JUDICIAIS E A TEORIA DOS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO</b> .....	61
2.1 A desuniformização no Brasil e a conseqüente insegurança jurídica.....	61
2.2 Precedente judicial e uniformização da jurisprudência .....	63
2.2.1 Precedentes no Superior Tribunal de Justiça.....	66
2.2.2 Precedentes no Supremo Tribunal Federal.....	71
2.2.3 Súmula vinculante e os precedentes .....	76
2.3 A <i>ratio decidendi</i> no direito brasileiro .....	81
<b>CAPÍTULO III – A SEGURANÇA JURÍDICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL</b> .....	85
3.1 Aproximação dos sistemas <i>civil law</i> e <i>common law</i> e o respeito aos precedentes no direito brasileiro .....	85

3.2 Os precedentes no Código de Processo Civil de 2015 .....	88
3.2.1 Precedentes vinculantes .....	92
3.2.2 <i>Distinguishing</i> e <i>overruling</i> no Direito brasileiro.....	94
3.2.3 Fundamentação das decisões judiciais .....	96
3.2.4 Operacionalização do sistema de precedentes no Brasil .....	103
3.3 Precedentes e a Reclamação Constitucional.....	106
3.4 Precedentes e os incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência .....	109
3.5 O sistema de precedentes e a busca de segurança jurídica na resolução de conflitos no atual cenário jurídico do país.....	112
<b>CONCLUSÃO</b> .....	117
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	121

## INTRODUÇÃO

O precedente judicial é fruto do empenho na atividade jurisdicional, cujas decisões direcionam-se a possibilitar a produção de modelos de solução de conflitos visando julgamento de casos futuros.

No sistema jurídico brasileiro atual há crises diversas, dentre as quais aquela decorrente do excessivo número de demandas processuais e que dão origem a enorme quantidade de recursos para os tribunais superiores, com resoluções judiciais distintas para casos análogos. Há, desse modo, uma situação de imprecisão a causar incerteza, imprevisibilidade e insegurança do direito.

Numa visão panorâmica dessa realidade instável, foram frustradas as tentativas de prever o futuro por meio da visualização de imagens a gerar cenários alternativos, com o propósito de enquadrar a um resultado que se imagina possa acontecer. Daí ser oportuno pensar sobre a importância do aprimoramento das normas que regem o ordenamento jurídico brasileiro e a vinculação de soluções aos precedentes dos Tribunais Superiores, com o fito da uniformização das decisões judiciais.

A atual ordem constitucional tem dado ênfase aos princípios fundamentais do Direito. O sistema *civil law*, de origem romano-germânica, adotado pelo direito brasileiro, por ter se aproximado ao sistema *common law*, de origem anglo-saxônica, numa revisão proativa, passou a reconhecer o intenso valor de que é dotada a jurisprudência como fonte do Direito.

Apesar de certa contrariedade existente, a utilização dos precedentes judiciais no Brasil tem crescido diariamente, não se podendo mais ignorar tal realidade.

Fundamentam a vinculação dos precedentes tanto a justiça como a igualdade, por permitirem que casos semelhantes sejam julgados de forma igual ou ao menos semelhante, com escopo de evitar a injustiça e a insegurança jurídica que permeiam muitas decisões judiciais.

Desse modo, a igualdade de decisões em casos iguais e a desigualdade em casos desiguais, defendida por Aristóteles, ao enxergar o juiz como o guardião da igualdade e da justiça, corrobora a doutrina do precedente.

Por isso, mostra-se proveitoso compreender o significado do precedente judicial no direito brasileiro, bem assim entender as técnicas de julgamento baseadas na aplicação dos precedentes, as quais estão expressamente previstas no ordenamento jurídico e constitucional.

A teoria dos precedentes judiciais ganhou maior destaque com a inclusão do tema no então projeto do Novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei n.º 8.046/2010), atualmente o Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015). Apesar de terem sido retirados do texto da nova lei os artigos que tratavam especifica e expressamente dos precedentes, o instituto se acha presente de forma esparsa no Código de Processo Civil.

Dá-se destaque à inovação trazida pelo novo dispositivo legal ao detalhar e especificar no artigo 489, § 1.º como deve ser fundamentada a decisão judicial, sob pena de ser considerada nula, além da contribuição trazida pela utilização dos precedentes e das técnicas de aplicação para o aumento da segurança jurídica e da previsibilidade das decisões.

Assim, o presente estudo aborda a segurança jurídica no Brasil e, para tanto, necessário se faz um breve estudo sobre os sistemas do *civil law* e do *common law*, suas relações com o princípio da segurança jurídica e com os precedentes judiciais; posteriormente, adentra na situação atual do direito brasileiro, com a desuniformização e a insegurança jurídica que permeia as decisões judiciais, bem como a abordagem dada pelos Tribunais Superiores à teoria dos precedentes; e, por fim, pontua a influência e utilização dos precedentes judiciais no direito brasileiro, principalmente nos tribunais superiores, e a sua importância na busca da segurança jurídica no atual cenário jurídico do país.

Para tanto, por intermédio do método dedutivo como metodologia básica, e dos métodos histórico e comparativo como auxiliares, busca o presente trabalho, além do exposto, analisar a possibilidade da utilização dos mecanismos da teoria dos precedentes do sistema da *common law* na busca de segurança jurídica no direito brasileiro.

Para melhor explicar sobre o tema proposto, o trabalho foi dividido em três capítulos. No primeiro capítulo será abordada a segurança jurídica enquanto princípio, a sua conceituação, sua relação com as dimensões da certeza, da previsibilidade e da estabilidade e com os precedentes judiciais. Ainda neste capítulo será abordada a segurança jurídica na *common law* – tratando da origem e desenvolvimento deste sistema no direito inglês e no direito norte-americano -, os precedentes judiciais na *common law*, os precedentes vinculantes, a razão de decidir de um precedente, bem como as técnicas de aplicação de distinção e superação de um precedente.

Na sequência, encerrando o primeiro capítulo, será tratado sobre a segurança jurídica no sistema da *civil law* – abordando a origem e o desenvolvimento deste sistema, a influência recebida da Revolução Francesa, assim como os países que são influenciados pela tradição romano-germânica.

A partir da conceituação de segurança jurídica, da sua análise nos sistemas jurídicos que podem estruturar um ordenamento jurídico e da análise do sistema de precedentes como ferramenta de garantia da tão almejada segurança jurídica, trata-se, no segundo capítulo, do problema da desuniformização existente no Brasil e a conseqüente insegurança jurídica nas decisões judiciais. Na sequência, aborda a teoria dos precedentes no direito brasileiro, sua aplicação nos tribunais superiores, como forma de tentar uniformizar a jurisprudência.

No terceiro e último capítulo será tratado o tema proposto, abordando a aproximação dos sistemas *civil law* e *common law* no direito brasileiro e o respeito aos precedentes; em seguida trata da presença dos precedentes no Código de Processo Civil atual, a valorização dos precedentes e da fundamentação das decisões judiciais, e a uniformização da jurisprudência dos tribunais superiores; aborda, também as ferramentas capazes de inibir os recursos repetitivos e coibir a litigiosidade em massa, fazendo com que as jurisprudências dos tribunais superiores alcancem eficácia obrigatória e sejam respeitadas, produzindo-se, deste modo, precedentes normativos, para o fim de proporcionar maior segurança jurídica ao ordenamento pátrio.

Portanto, o presente estudo pretende, a partir da utilização dos mecanismos da teoria dos precedentes, demonstrar a possibilidade dessa segurança jurídica, com o objetivo de obter a tão almejada previsibilidade, igualdade, certeza e estabilidade nas decisões judiciais.

## **CAPÍTULO I – SEGURANÇA JURÍDICA NAS TRADIÇÕES DA *CIVIL LAW* E DA *COMMON LAW***

### **1.1 Princípio da segurança jurídica**

A segurança jurídica é desejada em qualquer Estado, independente do sistema adotado, seja ele *civil law* ou *common law*. A busca por segurança tem como finalidade a melhor aplicação do direito.

Por isso, não é o objetivo desta pesquisa afirmar qual sistema jurídico é mais adequado, pois ambos possuem suas características e estão inseridos em determinado momento histórico e cultural de determinada região ou país.

Será analisado o que cada sistema pode acrescentar na busca por maior segurança jurídica ao ordenamento pátrio.

“A Constituição Federal traduz a segurança jurídica sob três aspectos: como princípio, como valor e como direito fundamental, faces diferentes da mesma realidade.” (SOUZA, 1996, p. 81).

Para que a vida em sociedade seja minimamente harmônica e concretize os valores de justiça e segurança, é necessário que as normas norteiem e orientem as relações sociais, políticas, jurídicas e econômicas.

A segurança jurídica está vinculada à existência de normas e à sua aplicação de forma estável e previsível.

Assim, o princípio da segurança jurídica está presente em praticamente todas as Constituições ocidentais.

Nas palavras de Ávila (2011, p. 89),

O princípio da segurança jurídica determina a busca dos ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade no Direito. Esses ideais compõem apenas a parte da segurança jurídica que pode ser vista acima do mar, tal qual um iceberg, cuja ponta esconde uma imensa, extensa e profunda base submersa.

Ele prossegue dizendo que,

A segurança jurídica também é um elemento objetivo do ordenamento jurídico. Ela é um meio de atingir o bem de todos. Quando há um elevado

grau de insegurança, o indivíduo evita ações que estimulam a integração. Com isso, a cooperação social é reprimida. A segurança jurídica é, igualmente, um meio de garantir a dignidade da pessoa humana. (ÁVILA, 2011, p. 64).

Gustav Radbruch, filósofo alemão, citado por Gustavo Santana Nogueira, entende que a justiça, a utilidade e a segurança jurídica são elementos do direito. A justiça é a igualdade, como tratamento igual de homens e de relações iguais, enquanto que a utilidade é a adequação a um fim. A segurança jurídica “exige positividade do direito: se não se pode identificar o que é justo, então é necessário estabelecer o que deve ser jurídico, e de uma posição que esteja em condições de fazer cumprir aquilo que foi estabelecido.” (RADBRUCH, 2004, p. 108 apud NOGUEIRA, 2013, p. 55).

Ou seja,

A partir do momento em que não se pode estabelecer a justiça em cada caso concreto, pelo menos que se dê segurança ao que foi decidido, na presunção de que a decisão a ser protegida seja a mais justa. Servem as lições não só como base filosófica da coisa julgada como também como base para a teoria de vinculação de precedentes. (NOGUEIRA, 2013, p. 55).

O conceito de justiça é algo que vem sendo objeto de estudo desde os tempos remotos.

Entretanto, a teoria que se amolda à doutrina do *stare decisis* é aquela que vê a justiça como igualdade:

Com efeito, a partir do momento em que o Tribunal julga um caso comparando-o com um anterior para que tenham a mesma solução, nos parece que está tratando a justiça como igualdade, e quem primeiro expôs essa ideia foi Aristóteles, em seu *Ética a Nicômaco*. (NOGUEIRA, 2013, p. 59-60).

Ou seja, quando a decisão de um caso é usada como parâmetro para a solução de outro caso análogo, para que ambos tenham a mesma solução, o juiz está aplicando a justiça com igualdade.

Neste sentido, Aristóteles, em sua obra “*Ética a Nicômaco*”, define justiça como:

A justiça é aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e a desejar o que é justo; e de modo análogo, a injustiça é a disposição que leva as pessoas a agir injustamente e a desejar o que é injusto. (ARISTÓTELES, 2001, p. 94).

E continua:

Se as pessoas não são iguais, não receberão coisas iguais; mas isso é origem de disputas e queixas (como quando iguais têm e recebem as partes desiguais, ou quando desiguais recebem partes iguais). Ademais, isso se torna evidente pelo fato de que as distribuições devem ser feitas “de acordo com o mérito de cada um”, pois todos concordam que o que é justo com relação à distribuição, também o deve ser com o mérito em certo sentido, embora nem todos especifiquem a mesma espécie de mérito. (ARISTÓTELES, 2001, p. 99-100).

Assim, para Aristóteles, o justo é o meio-termo, é o proporcional e o injusto é o que viola a proporção.

Neste sentido, para ele a justiça pode ser distributiva e corretiva.

A justiça distributiva é aquela que distribui os bens públicos, tendo como ideia fundamental a igualdade substancial. Cada um recebe aquilo que corresponde aos seus méritos. A justiça corretiva surge tanto nas transações voluntárias quanto nas involuntárias. Nesta espécie “a justiça que distribui bens públicos está sempre de acordo com a proporção. [...] Mas a justiça nas transações entre um homem e outro é efetivamente uma espécie de igualdade, e a injustiça nessas relações é uma espécie de desigualdade.” (ARISTÓTELES, 2001, p. 101):

Assim, o igual é intermediário entre o maior e o menor, mas o ganho e a perda são respectivamente menores e maiores de modos contrários: maior quantidade do bem e menor quantidade do mal são ganho, e o contrário é perda; o meio-termo entre os dois é, como já vimos, o igual, que chamamos de justo; portanto, a justiça corretiva será o meio-termo entre perda e ganho. (ARISTÓTELES, 2001, p. 101-102).

Deste modo, quando ocorrem disputas as pessoas recorrem ao juiz. Recorrer ao juiz é recorrer à justiça, pois as pessoas veem o juiz como um intermediário, um mediador, certos de que se os litigantes conseguirem o meio-termo obterão o que é justo. “A natureza do juiz é ser uma espécie de justiça animada.” (ARISTÓTELES, 2001, p. 102).

Então, o papel do juiz é restabelecer a igualdade. O magistrado é um guardião da justiça e também guardião da igualdade.

Ao falar do papel da lei, Aristóteles estatui que,

A justiça existe apenas entre homens cujas relações mútuas são regidas pela lei, e a lei existe para os homens entre os quais pode haver injustiça, pois a justiça legal é a discriminação entre o que é justo e injusto. E, havendo injustiça entre homens, há também ações injustas (embora a ação injusta nem sempre resulte em injustiça), e estas consistem em atribuir demais a si mesmo as coisas boas em si, e muito pouco das coisas más em si. Eis porque não permitimos que um homem governe, mas sim a lei, visto que um homem pode governar em seu próprio interesse e tornar-se um tirano. (ARISTÓTELES, 2001, p. 107).



Assim, Aristóteles tratou com maestria da justiça e da igualdade, e essa igualdade é um dos fundamentos da vinculação dos precedentes, pois permite que casos semelhantes sejam julgados de forma semelhante, evitando que o magistrado dê tratamento diferente às partes e fomente a injustiça. (NOGUEIRA, 2013, p. 62):

Não se busca aqui demonstrar se a decisão utilizada como precedente é justa ou injusta, mas simplesmente partir de uma premissa inafastável, a saber, a de que existe um precedente que já julgou um caso anterior e que esse caso anterior guarda similitudes que justificam a aplicação da regra de direito deste precedente a casos futuros. (NOGUEIRA, 2013, p. 62).

Demandas iguais não podem ter soluções diferentes. Logo, a noção de justiça redundaria em um critério de isonomia, no qual são ofertadas às partes igualdade de condições.

Deste modo, a teoria aristotélica de justiça, que vê na figura do juiz o guardião da igualdade e da justiça, corrobora a doutrina do precedente, que é fundamentada na igualdade substancial, defendida pelo filósofo ao permitir que casos diferentes recebam soluções distintas. (NOGUEIRA, 2013, p. 63).

Nunes (2007, p. 306-307), ao abordar a segurança jurídica e a justiça, traz lição de Paul Roubier que, mesmo admitindo que a segurança jurídica constitui a base fundamental sobre a qual se construiu o Direito, menciona, como integrantes do Direito a justiça e o progresso social, os quais visam o aperfeiçoamento das relações humanas e o desenvolvimento das sociedades. E prossegue alertando para a impossibilidade de se falar em segurança jurídica sem considerar o valor justiça do Direito e vice-versa:

Parece certo afirmar que segurança jurídica e justiça se imbricam e se condicionam reciprocamente, dado que não é imaginável uma situação em que o valor segurança jurídica haja desaparecido e, mesmo assim, se possa falar em realizar justiça; de outra banda, a só redução do Direito à segurança jurídica sem consideração do valor justiça transformaria o direito num simples instrumento de legitimação do poder qualquer que fosse sua qualidade.

Para Nery (2009, p. 65), em um processo busca-se a tutela jurisdicional adequada, sendo que o objetivo maior do processo é uma sentença justa. Porém, trata-se de um ideal utópico. Também se busca a segurança das relações sociais e jurídicas, pois havendo choque entre esses dois valores (sentença justa e segurança das relações), o sistema constitucional brasileiro opta pelo valor segurança e justiça.

O artigo 5.º da Constituição Federal expressa que a segurança é um dos direitos fundamentais do cidadão, garantido aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, juntamente com o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3685/DF, firmou entendimento que a segurança jurídica é um direito fundamental:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º DA EC 52, DE 08.03.06. APLICAÇÃO IMEDIATA DA NOVA REGRA SOBRE COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS ELEITORAIS, INTRODUZIDA NO TEXTO DO ART. 17, § 1º, DA CF. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE DA LEI ELEITORAL (CF, ART. 16) E ÀS GARANTIAS INDIVIDUAIS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (CF, ART. 5º, CAPUT, E LIV). LIMITES MATERIAIS À ATIVIDADE DO LEGISLADOR CONSTITUINTE REFORMADOR. ARTS. 60, § 4º, IV, E 5º, § 2º, DA CF. 1. Preliminar quanto à deficiência na fundamentação do pedido formulado afastada, tendo em vista a sucinta porém suficiente demonstração da tese de violação constitucional na inicial deduzida em juízo. 2. A inovação trazida pela EC 52/06 conferiu status constitucional à matéria até então integralmente regulamentada por legislação ordinária federal, provocando, assim, a perda da validade de qualquer restrição à plena autonomia das coligações partidárias no plano federal, estadual, distrital e municipal. 3. Todavia, a utilização da nova regra às eleições gerais que se realizarão a menos de sete meses colide com o princípio da anterioridade eleitoral, disposto no art. 16 da CF, que busca evitar a utilização abusiva ou casuística do processo legislativo como instrumento de manipulação e de deformação do processo eleitoral (ADI 354, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 12.02.93). 4. Enquanto o art. 150, III, b, da CF encerra garantia individual do contribuinte (ADI 939, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 18.03.94), o art. 16 representa garantia individual do cidadão-eleitor, detentor originário do poder exercido pelos representantes eleitos e "a quem assiste o direito de receber, do Estado, o necessário grau de segurança e de certeza jurídicas contra alterações abruptas das regras inerentes à disputa eleitoral" (ADI 3.345, rel. Min. Celso de Mello). 5. Além de o referido princípio conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos dos arts. 5º, § 2º, e 60, § 4º, IV, a burla ao que contido no art. 16 ainda afronta os direitos individuais da segurança jurídica (CF, art. 5º, caput) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). 6. A modificação no texto do art. 16 pela EC 4/93 em nada alterou seu conteúdo principiológico fundamental. Tratou-se de mero aperfeiçoamento técnico levado a efeito para facilitar a regulamentação do processo eleitoral. 7. Pedido que se julga procedente para dar interpretação conforme no sentido de que a inovação trazida no art. 1º da EC 52/06 somente seja aplicada após decorrido um ano da data de sua vigência. (STF - ADI: 3685 DF, Relator: ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 22/03/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 10-08-2006).

Deveras, por ocasião da discussão sobre se a chamada Emenda da Verticalização poderia ser aplicada às eleições de 2006, vários Ministros do Supremo fundamentaram seus votos no princípio da segurança jurídica.

Em seu voto, o Ministro Lewandowski dispôs que:

[...] Dentre as cláusulas pétreas, listadas no artigo 60, parágrafo quarto, da Carta Magna, destaca-se a proteção que o constituinte originário conferiu aos direitos e garantias individuais, em cujo cerne encontram-se o direito à vida e à segurança, expressamente mencionados no art. 5.º, caput, da Constituição Federal, sem os quais nenhum outro direito pode ser concebido. E por segurança, à evidência, deve-se compreender não apenas a segurança física do cidadão, mas também a segurança jurídica, com destaque para a segurança político-institucional. [...] Como se sabe, pelo menos desde meados do sec. XVII, com o famoso *Leviatã* de Thomas Hobbes, incorporou-se à teoria política a convicção de que, sem segurança, não pode existir vida social organizada, razão pela qual se passou a entender que a segurança constitui um dos valores em que se assenta o pacto fundante da sociedade estatal. (STF - ADI: 3685 DF, Relator: ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 22/03/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 10-08-2006, p. 223-225).

O Ministro Eros Grau, em seu voto fez considerações acerca da segurança jurídica com base nos ensinamentos de Max Weber:

Onde, quando nasce e para que serve a segurança jurídica? As considerações de WEBER são suficientes ao esclarecimento dessas questões: as exigências de calculabilidade e confiança no funcionamento da ordem jurídica e na Administração constituem uma exigência vital do capitalismo racional; o capitalismo industrial depende da possibilidade de previsões seguras --- deve poder contar com estabilidade, segurança e objetividade no funcionamento da ordem jurídica e no caráter racional e em princípio previsível das leis e da Administração. (STF - ADI: 3685 DF, Relator: ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 22/03/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 10-08-2006, p. 227-228).

Neste sentido, no processo judicial a segurança jurídica tem relação com a igualdade e com a isonomia, como forma de proteger as partes, pois elas devem possuir os mesmos direitos e deveres, assumindo posição de igualdade uma perante a outra e também perante o tribunal. (SOUZA, 1997, p. 42).

Assim, a segurança jurídica é um instrumento para que o cidadão possa saber, antes e com seriedade, o que pode fazer, de modo que possa melhor ser o que pode e quer ser: “em suma, a segurança jurídica é instrumento de realização da liberdade, e a liberdade é o meio de realização da dignidade.” (ÁVILA, 2011, p. 89).

Portanto, a segurança jurídica é um princípio essencial para alcance da liberdade e da dignidade humana, sendo extremamente importante sua preservação nas relações jurídicas e sociais.

### **1.1.1 Conceito de segurança jurídica**

Em um Estado que pretenda ser “Estado de Direito”, a segurança jurídica, vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta, é indispensável. A doutrina considera a segurança jurídica como expressão do Estado de Direito, conferindo àquela a condição de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito. (MARINONI, 2013, p. 119-120).

Apesar das Constituições, da Declaração dos Direitos Humanos da ONU e a Convenção Americana de São José da Costa Rica não trazerem explicitamente o direito à segurança jurídica, é certo que o constitucionalismo atual abrange a indissociabilidade do Estado de Direito e da segurança. A segurança jurídica assume as figuras de princípio da ordem jurídica estatal e de direito fundamental. (MARINONI, 2010, p. 25).

A Constituição Federal brasileira refere-se à segurança como valor fundamental, mencionando-a no *caput* do artigo 5.º como direito inviolável, ao lado de direitos fundamentais como a vida, a liberdade, a igualdade e a propriedade. Além disso, a Constituição possui inúmeros dispositivos que tutelam a segurança jurídica, dispostos em diversos incisos do artigo 5.º, como o princípio da legalidade (inciso II), a inviolabilidade do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito (inciso XXXVI), o princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal (inciso XXXIX) e a irretroatividade da lei penal desfavorável (inciso XL).

Neste sentido, o Estado brasileiro tem o dever de tutelar a segurança jurídica, devendo realizar as suas funções de modo a prestigiá-la.

O professor Theophilo Cavalcanti Filho, citado por Nunes (CAVALCANTI FILHO, 1964, p. 51, *apud* NUNES, 2007, p. 303-304), situa a segurança jurídica como razão fundamental do Direito: “A obra de Theophilo Cavalcanti Filho, forte no magistério de Radbruch lembra a proclamação de que a justiça e a segurança ‘são os únicos elementos universalmente válidos da ideia de direito.’” Acrescenta que, sobre segurança e justiça, a ordem jurídica não é indiferente à ideia de justiça.

Por outro lado, a segurança jurídica também importa para que o cidadão possa definir o seu próprio comportamento e as suas ações, gerando previsibilidade:

Não obstante, para que a ideia de segurança jurídica não se perca em uma extrema generalidade, convém discriminar dois elementos imprescindíveis à sua caracterização. Para que o cidadão possa esperar um comportamento ou se postar de determinado modo, é necessário que haja univocidade na qualificação das situações jurídicas. Além disso, há que se garantir-lhe a previsibilidade em relação às consequências das suas ações. O cidadão deve saber, na medida do possível, não apenas os efeitos que as suas ações poderão produzir, mas também como os terceiros poderão 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. (MARINONI, 2013, p. 120-121).

NUNES (2007, p. 302-303), ao citar trecho da obra do jurista alemão Helmut Coing, dispõe que o mesmo evidencia a segurança, paz, justiça, liberdade e igualdade como os fins da formação do Direito e sobre a segurança expressa o entendimento de que ela se fundamenta, basicamente no respeito ao que foi decidido e na previsibilidade da conduta tida como reta.

Logo, o princípio da segurança jurídica só terá efetividade quando presentes também os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, com o intuito de alcançar a certeza e a previsibilidade do direito.

Assim, a segurança jurídica reflete a necessidade de uma ordem jurídica estável e que tenha continuidade, ainda ausente na prática dos tribunais brasileiros. “Frise-se que a uniformidade na interpretação e aplicação do direito é um requisito indispensável ao Estado de Direito.” (MARINONI, 2010, p. 26).

### **1.1.2 Dimensões da segurança jurídica: certeza, previsibilidade e estabilidade**

Primeiramente, é oportuno abordar a diferença existente entre segurança jurídica e certeza do Direito.

Nas variadas doutrinas o significado dessas expressões é mesclado: quando falam em segurança querem dizer certeza, quando falam certeza, dizem também segurança.

Para Souza (1996, p. 25), segurança é fato, é o direito como fato visível, concreto, que dá firmeza e clareza dos limites traçados pela autoridade competente. Certeza é valor, o

que vale no Direito, aquilo em que se pode confiar. No direito o caminho é o costume e a lei. “O caminhante tem ‘certeza’ quando conhece o caminho, pois sendo visível, ele é também ‘previsível’.”

Por isso, a estrada “legalmente” sinalizada representa uma segurança jurídica, como fato material concreto; portanto, a primeira conclusão é que a *segurança é algo objetivo*. O condutor humano, valorando subjetivamente os sinais, conhecendo a via que percorre, elaborando roteiros razoáveis de previsibilidade, pode eticamente se conduzir com a certeza de agir direito, sem perigo de errar. Assim, a segurança é um *a priori* jurídico para os cidadãos; e a certeza é a confiança do cidadão nas leis, que lhe permitem agir eticamente, adotando condutas razoáveis e previsíveis, de que seu agir é “direito” e não “torto”, de que suas atuações em sociedade não poderão sofrer sanções, pois as rodovias (leis) não mudam seu traçado (princípio da legalidade), para não surpreender aos cidadãos. (SOUZA, 1996, p. 26).

A segurança vem das normas promulgadas pelo Estado em prol da sociedade, e a certeza vem do conhecimento dessas normas pelos cidadãos.

Carlos Aurélio Mota de Souza (1996, p. 26-27) assevera que “segurança é algo objetivo”, que se traduz objetivamente, através das normas e instituições do sistema jurídico. A certeza do direito se forma intelectivamente nos destinatários destas normas e instituições. Segurança é fato, “é o direito como *factum* visível, concreto, que se vê”. Certeza é valor, o que vale no Direito, é a “confiança do cidadão nas leis, que lhe permite agir eticamente adotando condutas razoáveis e previsíveis.”

Oportuno observar que na época da Revolução Francesa a lei era indispensável para a realização da liberdade, da igualdade e também da certeza jurídica das decisões judiciais. A segurança jurídica estava fundada na estrita aplicação da lei pelos juízes.

“Segurança objetiva das leis dá ao cidadão a Certeza subjetiva das ações justas, segundo o Direito.” (SOUZA, 1996, p. 27).

O jurista Raúl Canosa Usera, citado por Carlos Aurélio Mota de Souza (USERA, 1988, *apud* SOUZA, 1996, p. 83), identifica a certeza do direito como um princípio geral do ordenamento jurídico e que, por isso, deve ser recepcionado como princípio constitucional. Pondera que a certeza do Direito significa previsibilidade na aplicação da Constituição:

Afirma que o Direito aspira ordenar as relações jurídicas de modo seguro, de forma tal que qualquer um deve saber as consequências jurídicas de seus atos, pois os efeitos sempre iguais são previsíveis. A previsibilidade representa, portanto, instrumento essencial da segurança jurídica; somente

quando a reação do Direito pode ser prevista é que cabe falar de segurança ou certeza do Direito.

Giovanni Tarello (TARELLO, 1976, p. 194, *apud* MARINONI, 2013, p. 60-61), ao comentar a ideologia de Montesquieu dispõe que esta sugere que a liberdade política, entendida como segurança psicológica do indivíduo, realiza-se atrás da certeza do direito.

O modelo de certeza trazido pelo juiz ao direito é um modelo de certeza relativa que, contudo, não obsta ao cidadão prever com certo grau de probabilidade, o resultado de uma demanda posta em juízo.

Neste sentido, é clássica a passagem da obra de Montesquieu a respeito dos julgamentos e do papel do juiz:

[...] mas se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto preciso da lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viveríamos em sociedade sem saber precisamente os compromissos que ali assumimos. (MONTESQUIEU, 1993, p. 174).

Assim, a certeza do direito estava firmada na impossibilidade do juiz interpretar a lei. Deste modo, Marinoni dispõe sobre o pensamento predominante no *civil law* com relação à segurança e à previsibilidade:

O *civil law* não apenas imaginou, utopicamente, que o juiz apenas atuaria a vontade da lei, como ainda supõe que, em virtude da certeza jurídica que daí decorreria, o cidadão teria segurança e previsibilidade no trato das relações sociais. Mais, imaginou que a lei seria o suficiente para garantir a igualdade dos cidadãos. (MARINONI, 2013, p. 61).

Já nos países do *common law*, contrários a este pensamento, aceitou-se que a segurança e a previsibilidade teriam de ser buscadas nos precedentes, ou seja, no *stare decisis*.

A segurança e a previsibilidade são valores desejados por ambos os sistemas. Porém, no *civil law* manteve-se a ideia de que tais valores só seriam alcançados por meio da lei e de sua estrita aplicação pelos juízes, sem qualquer tipo de interpretação, enquanto que no *common law* os juízes podem proferir decisões diferentes, pois interpretam a lei, sendo que o precedente, com sua força vinculante, é instrumento capaz de garantir a segurança e a previsibilidade necessárias para a sociedade.

Mesmo ciente da interpretação que os juízes dão à lei e da divergência de decisões que permeiam o sistema romano-germânico, a doutrina do *civil law* continua a crer que a lei é suficiente para garantir a segurança e a previsibilidade das decisões judiciais.

Há que se dizer, sem qualquer pudor, que a doutrina do *civil law* cometeu pecado grave ao encobrir a necessidade de um instrumento capaz de garantir a igualdade diante das decisões, fingindo crer que a lei seria bastante e preferindo preservar o dogma em vez de denunciar a realidade e a funesta consequência dela derivada. (MARINONI, 2013, p. 62).

Para Hassemer (1986, p. 185), a codificação passou a significar, além da previsibilidade da ação dos juízes, sempre em consonância com a lei, a chance de poder existir uma jurisprudência certa e segura, sendo que a o comportamento previsível dos tribunais acarretou segurança jurídica, daí decorrendo que o cidadão podia estar mais bem preparado para a jurisprudência futura, podendo ler em livro quais os direitos com os quais podia contar:

A segurança e a certeza do direito, aprimoradas por força das codificações, passaram a significar não apenas que a ação dos Juízes se tornara mais previsível; que o interessado passara a ter melhores condições de se adaptar relativamente à jurisprudência futura; que surgissem livros jurídicos de acesso generalizado que viabilizaram ao cidadão o reconhecimento dos direitos e das obrigações com os quais deveria contar; mas uma segurança e certeza do direito aperfeiçoadas passaram a significar, acima de tudo, que a correção da ação dos Juízes pode ser verificada com mais exatidão e isto segundo a premissa antes referida que esta correção da ação dos Juízes pode ser encontrada na sua perfeita consonância com a lei. Com a verificabilidade da ação dos Juízes, baseada em uma ordem jurídica codificada, já se revelam as consequências que a codificação do direito passou a ter, além de garantir posições jurídicas do cidadão, para a elaboração e elucidação da sentença judicial e para a organização da jurisprudência. (HASSEMER, 1986, p. 185).

O *common law* visualizou que a certeza jurídica só poderia ser obtida através dos precedentes e do *stare decisis*, enquanto que o *civil law*, ao encobrir a realidade, ainda preconiza que a certeza jurídica está na aplicação estrita da lei, o que gera a desconfiança da sociedade quanto à segurança e previsibilidade prometidas aos jurisdicionados.

Atualmente, independente da tradição adotada, a previsibilidade da decisão judicial passa por incertezas, pois o entendimento de que o juiz deveria ser apenas a boca que pronuncia as palavras da lei foi substituído por outros em que a liberdade da aplicação da lei pelo magistrado é ampla, seja pautado na hermenêutica ou na teoria da argumentação.



Nesta esteira, também é preciso que a ordem jurídica tenha estabilidade, para que o Estado de Direito não seja provisório. Neste sentido, estabilidade não se traduz apenas na continuidade do direito legislado, exigindo, também a continuidade e o respeito às decisões judiciais e aos precedentes.

Seria de pequena importância ter uma legislação estável e ao mesmo tempo decisões judiciais conflitantes. Assim, as decisões judiciais devem ter estabilidade, pois constituem atos de poder.

“Não há como ter estabilidade quando os juízes e tribunais ordinários não se veem como peças de um sistema, mas se enxergam como entes dotados de autonomia para decidir o que bem quiserem.” (MARINONI, 2010, p. 33).

Assim, a estabilidade das decisões pressupõe uma visão global do sistema jurídico, onde os magistrados devem colaborar com o exercício do dever estatal e prestar a adequada tutela jurisdicional, devendo ser rechaçada a ideia de que os magistrados possuem poder para realizar a justiça.

Portanto, a segurança que se busca identificar ou o momento de certeza que se quer investigar é o da aplicação do direito pelos tribunais. É a convicção que o cidadão pode ter de que a decisão esperada será justa. Isto será abordado na sequência.

### **1.1.3 Precedentes judiciais e segurança jurídica**

O significado de precedente decorre da consideração dos seus conteúdos, especialmente das partes internas que identificam o que o tribunal realmente pensa acerca de determinada questão jurídica. Precedente não se confunde com decisão judicial. Só se fala em precedente quando se tem uma decisão dotada, basicamente, da potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e magistrados. (MARINONI, 2013, p. 212-213). O precedente constitui decisão acerca de matéria de direito e não de matéria de fato.

Neste sentido:

Para constituir precedente não basta que a decisão seja a primeira a interpretar a norma. É preciso que a decisão enfrente todos os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto. É possível dizer que o precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina. (MARINONI, 2013, p. 214).

De acordo com o entendimento de Rupert Cross e J.W. Harris (apud WAMBIER, 2009, p. 121), “entende-se que um precedente é um pronunciamento do juiz sobre o direito e que as questões de fato não integram o precedente. Mas é extremamente importante se dizer que as decisões devem ser lidas e compreendidas à luz dos fatos.”

Para Didier Jr., Braga e Oliveira (2009, p. 381), precedente judicial pode ser definido como “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos.” Logo, os precedentes judiciais estão relacionados aos casos concretos que os originaram, e não podem ser consideradas fórmulas abstratas e genéricas.

O precedente orienta as pessoas e obriga os juízes, mas não tem a pretensão de engessar as relações sociais ou impedir a jurisdição de produzir um direito adequado com a realidade social, com a permissão de que o direito se desenvolva à medida que novas situações litigiosas surjam. (MARINONI, 2013, p. 212-213).

Neste sentido, as decisões devem acompanhar as transformações sociais e as exigências da sociedade, colaborando para o progresso e modernização do direito.

Por isso o precedente não é eterno, devendo sempre se adequar à realidade da sociedade, quebrando paradigmas.

Nesta esteira, Ovídio Baptista da Silva comenta:

Esse sentido transformador do precedente, através do qual a ordem jurídica se rejuvenesce, para acompanhar as exigências sociais, permite que as cortes supremas contribuam para o progresso e constante modernização do Direito, assegurando-lhe a unidade, função primordial e indispensável a ser exercida pelas supremas cortes e que as nossas dificilmente poderão exercer em sua plenitude, assoberbadas como estão por um volume extraordinário, absolutamente despropositado, de recursos que os torna, por isso mesmo, questões do exclusivo interesse dos respectivos litigantes. (SILVA, 1999, p. 494).

Logo, o precedente judicial representa importante ferramenta garantidora da estabilidade e previsibilidade do Direito, e pode ser classificado como declarativo, criativo, vinculante, obstativo de recurso e persuasivo. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 387-390).

Declarativo ou declaratório é aquele precedente em que a decisão é fundamentada em um precedente anterior já consolidado. Tem a função de declarar o conteúdo anteriormente definido pelo Tribunal.

Precedente criativo supre a lacuna existente na lei. O magistrado, a partir de sua interpretação da lei, cria e aplica uma norma jurídica. Este precedente é típico do sistema anglo-americano.

O precedente vinculante é fonte do direito, pois obriga os demais julgados de casos semelhantes que vierem posteriormente.

Neste ponto, é oportuno esclarecer questões importantes a respeito do efeito vinculante dos precedentes no direito brasileiro.

A princípio, toda decisão de tribunal tem força vinculante, em face do grau de jurisdição inferior, no âmbito do próprio processo em que foi proferida. Ou seja, se, por exemplo, o tribunal dá provimento a um agravo de instrumento e reforma a decisão de primeiro grau para indeferir a tutela antecipada por esse concedida, o juízo *a quo*, tão logo cientificado dessa decisão, deve cessar prontamente a execução da medida urgente.

Porém, a grande questão sobre a força vinculante reside em saber em que medida a decisão tomada por um tribunal vincula os órgãos jurisdicionais inferiores, mesmo em relação a outros casos, entre outras partes, objetos de outros processos.

Trata-se da questão da força vinculante em sentido estrito, ou *erga omnes*. Esta força vinculante é a própria imposição da adoção do pronunciamento que se reveste de tal força, pelos demais órgãos aplicadores do direito, na generalidade dos casos em que a mesma questão jurídica se puser, sob pena de afronta à autoridade do tribunal emissor daquela decisão, o que autoriza a formulação de reclamação perante o tribunal prolator da decisão revestida de força vinculante, conforme será tratado no capítulo III. (TALAMINI, 2011, p. 147).

No ordenamento jurídico brasileiro, a eficácia vinculante está presente nas decisões liminares e nos pronunciamentos finais de acolhimento ou improcedência do pedido na ação direta de inconstitucionalidade, na ação declaratória de constitucionalidade, na arguição de preceito fundamental e na súmula vinculante, conforme dispõem a Constituição Federal, em seus artigos 102, §§1.º e 2.º, e 103-A, a Lei 9.868/1999, em seus artigos 11, § 1.º, 12-F, § 1.º, 21 e 28, § único, a Lei 9.882/1999, artigos 5.º, § 3.º, e 10.º, § 3.º, e a Lei 11.417/06, artigo 7.º.

O Código de Processo Civil de 2015 ampliou as hipóteses de força vinculante em sentido estrito, e passou a atribuí-las às decisões proferidas nos procedimentos de recursos especiais e de recursos extraordinários repetitivos e nos incidentes de resolução de

demandas repetitivas e de assunção de competência, conforme disposição nos artigos 985, § 1.º c/c artigo 928, 947, § 3.º e 988, inciso IV.

Precedente obstativo de recurso é aquele que evita revisão de decisão por instância superior. No Código de Processo Civil de 1973 havia alguns exemplos deste precedente: artigo 518, § 1.º, artigo 544, §§ 3.º e 4.º e artigo 557.

O precedente persuasivo é utilizado pelos juízes que usam a jurisprudência para fundamentar suas decisões, as quais não possuem força vinculante. As decisões são apenas fonte de orientação.

Quanto ao precedente vinculante, é oportuno ressaltar que os ingleses denominam a parte efetivamente vinculante de uma decisão de *ratio decidendi*, que pode ser considerada o núcleo do precedente, ou seja, a regra.

Luiz Guilherme Marinoni observa que, no *common law*, as razões de decidir são importantes porque a decisão, tida como precedente, não diz respeito apenas às partes, mas também aos juízes, cuja função é dar coerência à aplicação do direito, e aos jurisdicionados, que precisam de segurança jurídica e previsibilidade. Prossegue: “o melhor lugar para se buscar o significado de um precedente está na sua fundamentação, ou melhor, nas razões pelas quais se decidiu de certa maneira ou nas razões que levaram à fixação do dispositivo.” (MARINONI, 2013, p. 219).

É importante anotar que, no *common law*, a *ratio decidendi* é a porção do precedente que tem efeito vinculante, ou seja, obriga os juízes a respeitá-lo nos julgamentos posteriores (MARINONI, 2013, p. 220), conforme será analisado mais adiante.

## **1.2. A *common law* e a busca da segurança jurídica**

O sistema do *common law*, ou “direito comum”, é originário de regras não escritas, pautadas em um direito costumeiro, onde, no modelo de justiça, prepondera a visão de pacificação dos litigantes. Casos concretos são considerados fonte do direito.

O *common law* não foi sempre como é hoje, mas a sua principal característica sempre esteve presente: casos concretos são considerados fonte do direito. O direito inglês, berço de todos os sistemas do *common law*, nasceu e se desenvolveu de um modo que pode ser qualificado como “natural”: os casos iam surgindo, iam sendo decididos. Quando surgiam casos iguais ou semelhantes, a decisão tomada antes era repetida para o novo caso. Mais ou menos como se dava no direito romano. (WAMBIER, 2009).

A segurança jurídica, também almejada neste sistema, foi buscada no sistema de precedentes, ao contrário do que ocorreu com o *civil law*, que buscou a segurança jurídica na codificação, restringindo a atuação do juiz.

Neste sentido, oportuno abordar o contexto histórico da *common law*, conforme será tratado adiante.

### 1.2.1 Desenvolvimento da *common law* no direito inglês

Primeiramente é oportuno esclarecer que o direito inglês se limita à Inglaterra e ao País de Gales, e ocupa um lugar de destaque na família da *common law*, que, apesar de não ter sido formada apenas na Inglaterra, teve como modelo para numerosos países o direito inglês. (DAVID, 2002, p. 353).

O direito inglês desenvolveu-se de forma autônoma, sofrendo pequena influência de contatos com o continente europeu. Em sua história pode-se reconhecer quatro principais períodos: o primeiro é anterior à conquista normanda de 1066; o segundo, que vai de 1066 ao advento da dinastia dos Tudors (1485), é o da formação da *common law*; o terceiro período vai de 1485 até 1832 e é marcado pelo desenvolvimento de um sistema complementar ao *common law* e às vezes contrário, chamado *equity* ou “regras de equidade”; o quarto período começa em 1832 e se estende até os dias atuais, chamado de período moderno. (DAVID, 2002, p. 356).

A *common law* formou-se no período entre o ano 1066, quando ocorreu a Conquista Normanda, até o início da dinastia Tudor, em 1485, ou seja, quando se firma um novo sistema jurídico frente aos costumes locais, na Inglaterra.

A Conquista Normanda foi um grande acontecimento na história do direito inglês, pois trouxe para a Inglaterra um poder forte e centralizado, fazendo desaparecer a época tribal, ocorrendo a instalação do feudalismo no país. Este feudalismo inglês se caracterizava pela organização, pelo caráter militar, elementos que permitiram, por oposição ao continente europeu, o desenvolvimento da *common law*, também chamado de *comune ley*, direito comum a toda a Inglaterra. (DAVID, 2002, p. 357-359).

Em 1066, a assembléia dos homens livres, chamada *County* ou *Hundred Court*, aplicava o costume local, que limitava a decisão de qual das partes deveria provar a verdade de suas declarações, através de meios de prova que não tinham a obrigatoriedade de serem racionais. Depois da conquista, as *Hundred Courts* foram substituídas por jurisdições

senhoriais de um novo tipo sem, contudo, deixar de ter como base a aplicação do direito costumeiro local. O direito canônico continua a ser aplicado pelas jurisdições eclesiásticas. A elaboração da *comune ley* passou a ser obra exclusiva dos Tribunais Reais de Justiça, designados Tribunais de Westminster. (DAVID, 2002, p. 359).

No início da conquista normanda os litígios eram levados às diferentes jurisdições, sendo que o rei exercia apenas a “alta justiça” e só tomava conhecimento de um litígio em casos excepcionais. “A *Curia regis*, onde ele preceitua, assistido pelos seus servidores mais próximos e pelos grandes do reino, é a corte das grandes personagens e das grandes causas; não é uma jurisdição vulgar, aberta a qualquer um.” (DAVID, 2002, p. 359).

Somente no século XIX é que os Tribunais Reais se tornaram jurisdições de direito comum:

Submeter o seu caso às jurisdições reais não é, até esta data, um direito para os particulares. É um privilégio, para o qual é necessário solicitar a concessão, que a autoridade real apenas concede com perfeito conhecimento de causa. Aquele que quiser pedir justiça ao rei, dirige-se a um grande oficial da Coroa, o Chanceler, e pede-lhe a concessão de um writ, por força do qual as jurisdições reais poderão ser postas em funcionamento, mediante o pagamento de taxas à chancelaria. Além disso, pode ainda dirigir-se diretamente aos juízes através de queixas ou petições. Alguns writs parecem ter sido a simples cristalização de uma prática judiciária estabelecida com fundamento nestas queixas. (DAVID, 2002, p. 361).

David aponta também que as circunstâncias nas quais o *common law* se formou não tem importância meramente histórica, pois, ao menos em quatro aspectos elas marcaram o direito inglês, sendo que sua influência é notada até os dias atuais. (DAVID, 2002, p. 364).

Em primeiro lugar, levaram os juristas ingleses a concentrar o seu interesse sobre o processo. Em segundo lugar, elas fixaram numerosas categorias e serviram para elaborar numerosos conceitos do direito inglês. Em terceiro lugar, levaram à rejeição da distinção entre o direito público e privado. Finalmente, em quarto lugar, criaram obstáculos a uma recepção, na Inglaterra, das categorias e dos conceitos do direito romano. (DAVID, 2002, p. 364).

“Apesar da conquista Normanda foram preservados os Tribunais, os direitos e os impostos saxônicos, enfim, as instituições saxônicas, para benefício das rendas normandas.” (NOGUEIRA, 2013, p. 32).

Naquela época, o sistema da *common law* era considerado adequado às necessidades e estava bem inserido na realidade social de seu tempo. Os primeiros juízes deste sistema aplicavam regras de origem germânica.

“A *common law* não se apresenta como um sistema que visa realizar a justiça; é mais um conglomerado de processos próprios para assegurar, em casos cada vez mais numerosos, a solução dos litígios.” (DAVID, 2002, p. 364-365).

A interpretação da lei não se subordinava a qualquer critério mais rígido, pois o rei era o natural intérprete da lei, cabendo aos juízes a tarefa de procurar a *ratio decidendi* para adaptá-la ao caso concreto, não estando submissos a qualquer texto legal escrito. (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 152).

“Essa concepção de organização judiciária centralizada, possibilitando a todos os homens livres o acesso à justiça, contribuiu sobremaneira para infundir nos súditos o conhecimento do direito em vigor.” (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 152). Na obra dos primeiros comentadores da *common law* já se manifesta preocupação com o problema de julgamentos contraditórios. (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 153).

“Os obstáculos existentes na administração da justiça pelos Tribunais de Westminster davam inevitavelmente origem a que, em numerosos casos, não fosse dada uma solução justa aos litígios.” (DAVID, 2002, p. 371).

Devido ao formalismo processual, a *common law* estava exposta a dois perigos, o de não poder desenvolver-se com liberdade suficiente com o intuito de satisfazer às necessidades da época, e o de uma esclerose resultante da rotina dos homens de leis. Depois de sua expansão no século XIII, a *common law* passou a correr o risco de formar-se contra ela um sistema rival, chamado *equity*. (DAVID, 2002, p. 370).

A partir do século XIV os particulares, não conseguindo obter justiça pelos Tribunais Reais, ou não conformados com a solução dada à sua causa, passam a se dirigir ao rei para lhe pedir que interviesse. Tal recurso passava pelo Chanceler e este o transmitia ao rei. O Chanceler, no século XV, tem autoridade delegada pelo rei para estatuir em seu nome, tornando-se cada vez mais um juiz autônomo e solicitado.

As suas decisões, tomadas inicialmente em consideração pela ‘equidade do caso particular’, tornam-se cada vez mais sistemáticas, fazendo a aplicação de doutrinas ‘equitativas’, que constituem adjunções ou corretivos aos princípios ‘jurídicos’ aplicados pelos Tribunais Reais. (DAVID, 2002, p. 371-372).

A partir de 1529, na época dos Tudors, o Chanceler passa a ser um jurista e examina as queixas que lhe são dirigidas como juiz, seguindo um processo inspirado no direito canônico, totalmente diferente do processo seguido pelos tribunais da *common law*. Os princípios utilizados por eles são provenientes do direito romano e do direito canônico e dão, de uma forma geral, satisfação ao sentimento do interesse social e da justiça da época da Renascença. Assim, pela preocupação de justiça e da boa administração da época os soberanos ingleses apoiavam a jurisdição do Chanceler. (DAVID, 2002, p. 372).

Considerações de ordem política entraram também em jogo para que houvesse essa preferência. O processo escrito, secreto e inquisitório da Chancelaria parecia aos soberanos, sequiosos de autoridade, preferível aos processos orais e públicos da *common law*. Provavelmente, predominava também a opinião de que, com o direito romano, adotado pelo Chanceler, o absolutismo real se desenvolveria paralelamente, reduzindo-se o direito romano a um simples direito privado. (DAVID, 2002, p. 372).

Deste modo, no século XVI o direito inglês quase passou a integrar a família dos direitos do continente europeu, devido ao triunfo da *equity* do Chanceler e pela decadência da *common law*. Porém, diversas circunstâncias contribuíram para que isso não ocorresse:

A resistência dos juristas precisou ser levada em consideração pelos soberanos, porque os tribunais de *common law* encontraram, para a defesa da sua posição e da sua obra, a aliança do parlamento, com eles coligado contra o absolutismo real. A má organização da jurisdição do Chanceler, a sua morosidade e a sua venalidade forneceram armas aos seus inimigos. A revolução que teria conduzido a Inglaterra para a família dos direitos romano-germânicos não se realizou; foi concluído um compromisso para que subsistissem, lado a lado, em equilíbrio de forças, os tribunais de *common law* e a jurisdição do Chanceler. (DAVID, 2002, p. 373).

Este compromisso foi resultado de um conflito de extrema violência entre os tribunais de *common law*, representados pelo juiz-presidente Coke, chefe da oposição liberal do parlamento, e a jurisdição do Chanceler, sendo que o rei Jaime I, no ano de 1616, pronunciou-se em favor da jurisdição do Chanceler, que foram sábios e não abusaram da vitória, para não causar a hostilidade do parlamento que, em 1641 obteria a supressão da Câmara Estrelada. (DAVID, 2002, p. 374).

A jurisdição do Chanceler subsistirá, mas já não tentará realizar novas intromissões em detrimento dos tribunais de *common law*; ela preceituará de acordo com os seus precedentes, furtando-se, assim, à acusação de arbitrária



que lhe fora dirigida; entendeu-se, por outro lado, que o rei, futuramente, não utilizará mais a sua prerrogativa de justiça para criar novas jurisdições independentes dos tribunais de common law. A própria natureza da equity, finalmente, vai transformar-se: o Chanceler, homem político ou jurista, já não qualificado para estatuir em nome da lei moral e tende a proceder mais como jurista. (DAVID, 2002, p. 374).

Assim, os tribunais do *common law* passam a aceitar as intervenções do Chanceler, que podem apoiar-se num precedente. (DAVID, 2002, p. 374).

As diferenças de estrutura existentes entre o direito românico-germânico e o direito inglês foram, durante muito tempo, negligenciadas e elas não se manifestam apenas no plano das categorias e dos conceitos jurídicos. As diferenças de estrutura remontam da evolução histórica dos direitos românicos e da *common law*:

O sistema dos direitos românicos é um sistema relativamente racional e lógico, porque foi ordenado, considerando as regras substantivas do direito, graças à obra das universidades e do legislador. [...] O direito inglês, pelo contrário, foi ordenado, sem qualquer preocupação lógica, nos quadros que eram *impostos pelo processo*. (DAVID, 2002, 385).

Assim, enquanto os juristas europeus passavam pelas universidades, os ingleses eram desencorajados a irem para as universidades aprenderem sobre princípios, pois estes não lhes serviriam na prática. A atenção dos ingleses estava toda voltada para as questões de processo e de prova, sendo que as categorias do direito inglês foram construídas considerando o processo na base dos diferentes tipos de ações que podiam ser propostas nos Tribunais Reais. (DAVID, 2002, p. 386-387).

Com respeito às fontes do direito inglês, oportuno observar que, elaborado historicamente pelos Tribunais de Westminster (*common law*) e pelo Tribunal da Chancelaria (*equity*), trata-se de direito jurisprudencial. A lei ou *statute* desempenha função secundária, limitando-se a complementar a jurisprudência (DAVID, 2002, p. 415).

Porém, atualmente ela não pode mais ser considerada secundária. A sua função é igual à desempenhada no continente europeu. Mas, por razões de ordem histórica, sua função é exercida de modo diferente: “a estrutura do direito inglês opõe-se a que se veja na obra do legislador o equivalente aos códigos e leis do continente europeu. Comparadas à jurisprudência e à lei, as outras fontes desempenham no direito inglês de hoje uma função secundária.” (DAVID, 2002, p. 415-416).

Assim, a ideologia da *common law* favorecia a que, cada vez mais, os operadores do direito invocassem os precedentes judiciais e, apesar das transformações e adaptações sofridas ao longo dos séculos, o *common law* manteve intacto seu ponto central, que consiste na utilização de casos concretos como fonte de direito.

Maurício Ramires (2010, p. 63), dispõe que “na *common law* a obrigação é a de respeitar as regras estabelecidas pelos juízes em decisões passadas.”

Ocorre que, a certeza e a segurança jurídicas, trazidas pela regra do precedente, só foram sentidas e rigorosamente estabelecidas após a primeira metade do século XIX, momento em que foi imposto aos juízes ingleses o recurso às regras criadas pelos seus antecessores. (DAVID, 2002, p. 428).

“É conveniente sublinhar que os únicos precedentes obrigatórios são constituídos pelas decisões emanadas dos tribunais superiores, isto é, do *Supreme Court of Judicature* e da Câmara dos Lordes.” (DAVID, 2002, p. 429).

René David aponta alguns mitos sobre a *common law* e os precedentes importantes de serem esclarecidos. Primeiramente, ele observa que a ideia de que o direito inglês é um direito consuetudinário deve ser abandonada, pois, contrariamente, a *common law* fez desaparecer o direito consuetudinário da Inglaterra, existente nos costumes locais. Em segundo lugar, deve-se abandonar a ideia de que a legislação no direito inglês é secundária, pois, apesar de na Inglaterra não existir códigos, o direito escrito é quase tão importante quanto no continente europeu, e está bem desenvolvido. Em terceiro lugar, não procede a ideia de que uma regra de precedente é aplicada com automatismo e paralisa a evolução do direito. (2002, p. 441-443).

### **1.2.2 A *common law* no direito norte-americano**

Os primeiros núcleos de população inglesa no território dos Estados Unidos datam do século XVII. Em 1722 treze colônias estavam constituídas no território. Segundo o princípio do *Calvin's case*, as colônias estavam submetidas ao *common law* inglês. Contudo, havia uma restrição: a *common law* inglesa só era aplicável nas colônias na medida em que as suas regras eram apropriadas às condições de vida prevalentes nelas, pois as regras da *common law* inglesa eram pouco apropriadas à maneira de viver dos colonos. De fato, as regras da *common law* foram elaboradas por e para uma sociedade feudal, que não existia nas instituições americanas. (DAVID, 2002, p. 449-450).

Os problemas que se apresentam aos colonos são problemas novos, aos quais a *common law* não dá respostas satisfatórias. Além disso, a *common law* não agrada muito aos colonos; em muitos casos eles foram obrigados a emigrar porque eram perseguidos, e estão pouco preparados para ver nesta *common law*, como os juristas ingleses, o baluarte das liberdades do indivíduo. Não se conhece na América a *common law*. (DAVID, 2002, p. 450).

Assim, aplica-se na América um direito bastante primitivo, em certas colônias baseado na Bíblia, reduzindo-se, geralmente, ao poder arbitrário dos magistrados. Como reação contra o arbítrio destes, inicia-se em diversas colônias a “codificação do direito”. (DAVID, 2002, p. 450).

A partir do século XVIII, com a melhoria das condições de vida dos colonos e a evolução da sua economia e das suas concepções, surge a necessidade de um direito mais evoluído, sendo que a *common law* passa a ser considerada de outra maneira, podendo ser utilizada como proteção das liberdades públicas contra o absolutismo real, além de ser considerada como um elo entre tudo o que é inglês na América. (DAVID, 2002, p. 451).

Os tribunais americanos passam a aplicar diversas leis inglesas, como o *Statute of Frauds* (1677), e os *Comentários* sobre a *common law*, de Blackstone, são impressos na Filadélfia a partir de 1771-1772. (DAVID, 2002, p. 451).

Com a independência política recentemente adquirida era necessário difundir a ideia de autonomia do direito americano, pensando-se na codificação deste. Contudo, os Estados Unidos mantiveram-se no sistema da *common law*, exceto o território de New Orleans que, em 1812 se tornou o Estado da Louisiana. (DAVID, 2002, p. 452-453).

A língua inglesa e o povoamento originariamente inglês dos Estados Unidos mantiveram este país na família da *common law*. As obras magistrais de certos juristas, entre os quais convém citar em primeiro lugar Kent, com os seus *Comentários* (1826-1830), e Story, asseguraram a adesão dos Estados Unidos a este sistema. Devemos acrescentar ainda a influência das escolas de direito, que apenas conheceram uma verdadeira expansão depois da Guerra de Secessão (1861-1865), mas que, desde o início da independência, vêm contribuindo para a formação de especialistas, mediante um ensino fundado sobre a *common law*. (DAVID, 2002, p. 453).

Porém, muitas das regras da *common law* nunca chegaram a ser introduzidas nos Estados Unidos, sejam porque não se adaptavam às condições da América, sejam porque as leis que eram votadas pelo Parlamento de *Westminster* só se aplicariam fora da Inglaterra se o Parlamento o tivesse especialmente decretado. O mais importante a notar é que o

desenvolvimento que se produziu na *common law* na Inglaterra, depois da soberania americana em 1776, nunca foi considerado como regra a ser seguida também nos Estados Unidos. (DAVID, 2002, p. 454).

Oportuno anotar que, durante muito tempo a Inglaterra foi um modelo para os juristas americanos, pois, as reformas de estrutura que foram realizadas no direito inglês durante o século XIX tiveram o seu equivalente nos Estados Unidos:

Em diversos Estados, como na Inglaterra, abandonaram-se as antigas formas de ação para adotar um processo muito menos formalista, de modo a que a atenção dos juristas pudesse estar voltada, mais do que no passado, para a substância do direito, e não para a administração da justiça. As relações entre *common law* e *equity* foram igualmente revistas, tendo por consequência, na maior parte dos Estados, a abolição da dualidade de jurisdições de *common law* e *equity*. Finalmente, manifestou-se nos diversos Estados uma tendência a favor de uma certa racionalização; tal como na Inglaterra, procurou-se libertar o direito de soluções arcaicas, revogando leis antiquadas; procurou-se sobretudo simplificar o conhecimento do direito, apresentando as regras, em múltiplos domínios, sob uma forma sistemática, por meio de uma obra de consolidação. (DAVID, 2002, p. 455-456).

O século XX também foi marcado, em ambos os países, por uma nova tendência para organizar e reformar a sociedade por intermédio do direito, que deixa de ser visto como um simples meio de resolver os litígios e aparece como um instrumento adequado para criar uma sociedade nova. Todavia, os direitos de ambos os países nunca chegaram a fundir-se. (DAVID, 2002, p. 456).

A estrutura do direito dos Estados Unidos é análoga à da *common law*, porém, há diversas diferenças de estrutura entre o direito americano e o direito inglês, sendo que uma diferença fundamental é a distinção que se fez nos Estados Unidos entre direito federal e direito dos Estados:

A Inglaterra ignora a noção de direito federal. Os Estados Unidos são, pelo contrário, um Estado federal, no qual se apresenta inevitavelmente, desde o início, uma questão primordial: a das atribuições respectivas das autoridades federais e dos Estados. [...] A competência legislativa dos Estados é a regra; a competência das autoridades federais é a exceção, e esta exceção deve sempre fundar-se sobre um dado texto da Constituição. (DAVID, 2002, p. 460-461).

Importante observar que a competência dos Estados não é excluída, ainda que seja nas matérias em que o Congresso possa legislar, pois, nestas matérias as autoridades dos

Estados possuem uma competência residual. Porém, este princípio da competência residual dos Estados têm alguns limites, não podendo legislarem contra o espírito da Constituição e nem provocarem entraves ao comércio interestadual. (DAVID, 2002, p. 462-463).

Com relação à *common law*, o princípio vigente nos Estados Unidos é o da competência de cada um dos Estados e não das autoridades federais. A organização judiciária e a organização administrativa são diferentes de Estado para Estado, assim como o processo civil e o criminal. Porém, ainda que existam várias divergências entre os direitos dos diversos Estados, é interessante anotar que há uma fundamental unidade no direito dos Estados Unidos, que reside, principalmente, no estado de espírito que reina no povo e nos juristas americanos. (DAVID, 2002, p. 469).

Em suma, pode-se dizer que nos Estados Unidos não há *common law* federal, mas é necessário corrigir esta afirmação dizendo que os cinquenta direitos judiciários que se encontram nos cinquenta Estados, embora sejam em teoria distintos, são considerados como sendo ou devendo ser idênticos uns aos outros. (DAVID, 2002, p. 472).

Além disso, assim como o direito inglês, o direito dos Estados Unidos é essencialmente jurisprudencial. Entretanto, o recente desenvolvimento das tendências dirigistas, tanto nos Estados Unidos como na Inglaterra, levam a uma maior importância da lei, sendo que a evolução do direito é comandada pela legislação. Este fato ocorreu nos Estados Unidos após a independência americana, momento em que a lei escrita ganhou destaque. (DAVID, 2002, p. 477).

David (2002, p. 477) destaca que “o mais importante deles é a existência de uma Constituição Federal, dotada de uma Declaração dos Direitos (*Bill of Rights*), que é a própria base das instituições americanas e o fundamento das liberdades públicas (*civil rights*) nos Estados Unidos.”

Com relação à técnica jurídica dos Estados Unidos, os Supremos Tribunais não estão vinculados pelos seus próprios precedentes. Cada Estado tem uma organização judiciária própria, pois a população e as tradições são muito variadas. A hierarquia comporta um supremo tribunal, um tribunal de recurso e uma jurisdição de primeira instância. Porém, em mais de um terço dos Estados não existe tribunal de recurso intermediário.

A regra do precedente no direito americano é semelhante à existente na Inglaterra, que desde o século XIX impõe aos juízes, em dadas condições, seguirem as regras de direito decorrentes de julgamentos precedentes de outros juízes. Porém, o *stare decisis* nos Estados Unidos não funciona nas mesmas condições e com o mesmo rigor da regra inglesa do

precedente. O *stare decisis* nos Estados Unidos comporta uma importante limitação: o Supremo Tribunal e os Supremos Tribunais dos Estados não estão vinculados às suas próprias decisões. (DAVID, 2002, p. 489-490).

### 1.2.3 A teoria do *stare decisis*

O termo *stare decisis* tem sua origem na expressão latina “*stare decisis et non quieta movere*”, que pode ser traduzido como “mantenha aquilo que já foi decidido e não altere aquilo que já foi estabelecido”.

Tal expressão revela a importância do respeito aos precedentes e é utilizada para dar nome a teoria do *stare decisis*, segundo a qual os juízes estão vinculados às decisões anteriores de casos análogos.

Desse modo, a teoria do *stare decisis* vincula o Judiciário a casos futuros, sem previsão normativa expressa acerca desse efeito vinculante (*binding effect*).

A doutrina do *stare decisis* se desenvolveu a partir de um hábito das Cortes do reino inglês, que se reuniam para debater os casos mais complexos, que se tornavam referência para julgamentos posteriores. (CROCETTI; DRUMMOND, 2010, p. 24).

Importante anotar que o *stare decisis* não pode ser confundido com o *common law*, pois este foi formado pelos costumes gerais e existiu por vários séculos sem o *stare decisis* e *rule of precedent*. Assim, o *stare decisis* é apenas um elemento presente dentro do modelo jurídico baseado na *common law*. (MARINONI, 2013, p. 31).

Como escreve Simpson, qualquer identificação entre o sistema do *common law* e a doutrina dos precedentes, qualquer tentativa de explicar a natureza da *common law* em termos de *stare decisis*, certamente será insatisfatória, uma vez que a elaboração de regras e princípios regulando o uso dos precedentes e a determinação e aceitação da sua autoridade são relativamente recentes, para não se falar da noção de precedentes vinculantes (*binding precedents*), que é mais recente ainda. Além de o *common law* ter nascido séculos antes de alguém se preocupar com tais questões, ele funcionou muito bem como sistema de direito sem os fundamentos e conceitos próprios da teoria dos precedentes, como, por exemplo, o conceito de *ratio decidendi*. (MARINONI, 2013, p. 31).

Ellen Gracie Northfeet, tradutora do artigo “Stare Decisis”, do Professor americano Edward D. Re, em nota, discorre sobre a importância da doutrina do *stare decisis* na aplicação dos precedentes e no ideal de segurança jurídica, bem como seu efeito vinculativo. Vejamos:

Pedra angular do sistema do *Common Law*, o poder vinculante dos precedentes Judiciais ou *stare decisis*, como é usualmente referido, tem sido objeto de constante curiosidade entre nós. A aplicação da doutrina nas jurisdições anglo-americanas demonstra vantagens que podem ser resumidas em três aspectos. Ela permite que o juiz se beneficie da experiência de seus predecessores; uniformiza a aplicação do direito e, sobretudo, torna esse direito mais previsível, acrescentando ao ideal de segurança jurídica. Mas, pode, também, em contrapartida, introduzir um indesejável elemento de rigidez no ordenamento jurídico e propiciar o estabelecimento de cerebrinas e diáfanas distinções entre decisões semelhantes. A doutrina do *stare decisis* evoluiu e continua a evoluir através de uma intrincada rede de decisões vinculativas e não vinculativas. As últimas, embora sem força de precedente, podem ter efeito persuasivo sobre as futuras manifestações jurisdicionais. O peso específico das decisões (a hierarquia da corte de que promanam) bem como o peso relativo desses julgados (qualificação de seus prolores, bem como o fato de derivarem de manifestações unânimes ou apenas, eventualmente majoritárias), faz do sistema um sutil jogo comparativo. (RE, 1994, p. 7).

Nos Estados Unidos o *stare decisis* foi recebido como parte da tradição do *common law*, permitindo o desenvolvimento de um direito consistente e coerente, além da estabilidade, da preservação da continuidade, respeito ao passado e garantia de igualdade no tratamento dos litigantes em idêntica situação. (RE, 1994, p. 7).

Já na Inglaterra o *stare decisis*, ou o sistema de precedentes vinculantes, era aplicado em sua versão mais rígida, ou seja, com o intuito de conservar as *rationes decidendi* de casos anteriores. Para os ingleses os precedentes devem ser seguidos se não houver razão séria para serem abandonados, mesmo que o juiz não concorde com a regra constante nele, com o intuito de preservar a igualdade. Porém, tal rigidez não existe em todos os países de *common law*. O *overruling* é muito mais comum nos Estados Unidos do que na Inglaterra. (WAMBIER, 2009).

“Até 1966, o sistema de precedentes na Inglaterra era tão rígido que a *House of Lords*, órgão máximo do Judiciário no Reino Unido, não podia modificar seus próprios precedentes.” (WAMBIER, 2009).

O *stare decisis* pode ser dividido em vertical e horizontal. *Stare decisis* vertical ocorre quando os órgãos do Judiciário estão em planos hierarquicamente distintos, de modo que um precedente da Suprema Corte é vinculante para as cortes inferiores, sendo que o contrário não ocorre, ou seja, os precedentes das cortes inferiores não vinculam a Suprema Corte. No plano horizontal, ocorre a força vinculante dos precedentes de uma corte para ela mesma, levando-se em consideração que a corte deve ser consistente em suas decisões, com o

intuito de permitir que os cidadãos possam prever que a Corte não vai alterar frequentemente seus precedentes. (NOGUEIRA, 2013, p. 182).

#### 1.2.4 *Ratio decidendi*

Os ingleses denominam a parte efetivamente vinculante de uma decisão de *ratio decidendi*, que pode ser considerada o núcleo do precedente, ou seja, a regra.

A *ratio decidendi* são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão. É a tese jurídica adotada pelo julgador na solução do caso concreto.

No conteúdo da fundamentação é preciso distinguir o que é a *ratio decidendi* e o que é *obiter dictum*.

Luiz Guilherme Marinoni (2013, p. 219) observa que, no *common law*, as razões de decidir são importantes porque a decisão, tida como precedente, não diz respeito apenas às partes, mas sim aos juízes, cuja função é dar coerência à aplicação do direito, e aos jurisdicionados, que precisam de segurança jurídica e previsibilidade. Prossegue: “o melhor lugar para se buscar o significado de um precedente está na sua fundamentação, ou melhor, nas razões pelas quais se decidiu de certa maneira ou nas razões que levaram à fixação do dispositivo.”

Com relação à *ratio decidendi* no processo civil brasileiro, Luiz Guilherme Marinoni (2013, p. 220) dispõe que:

É preciso sublinhar que a *ratio decidendi* não tem correspondente no processo civil adotado no Brasil, pois não se confunde com a fundamentação e com o dispositivo. A *ratio decidendi*, no *common law*, é extraída ou elaborada a partir dos elementos da decisão, isto é, da fundamentação, do dispositivo e do relatório.

É oportuno anotar que, no *common law*, a *ratio decidendi* é a porção do precedente que tem efeito vinculante, ou seja, obriga os juízes a respeitá-lo nos julgamentos posteriores. (MARINONI, 2013, p. 220).

Para CRUZ e TUCCI (2004, p. 175), a *ratio decidendi* constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto.

Para a correta inferência da *ratio decidendi*, propõe-se uma operação mental, mediante a qual, invertendo-se o teor do núcleo decisório, se indaga se a conclusão permaneceria a mesma, se o juiz tivesse acolhido a regra



invertida. Se a decisão ficar mantida, então a tese originária não pode ser considerada *ratio decidendi*; caso contrário, a resposta será positiva. (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 177).

Para a identificação da *ratio decidendi*, há dois métodos utilizados, quais sejam: o teste de Wambaugh e o método de Goodhart.

Para Wambaugh a *ratio decidendi* é uma regra geral e, caso ela venha a faltar o caso é decidido de outra forma. Ou seja, a *ratio decidendi* deve ser uma regra geral, sem a qual o caso tem de ser decidido de outra maneira:

Diante do teste de Wambaugh, invertendo-se o sentido da proposição tomada em conta pelo tribunal, a sua decisão não pode ser a mesma para que a proposição constitua *ratio decidendi*. A proposição com sentido invertido – portanto, outra proposição – faria com que o caso fosse decidido de outra maneira. Se a nova proposição gera igual decisão, a proposição original, em vez de constituir *ratio decidendi*, representa *obiter dictum*. (MARINONI, 2013, p. 222).

O método de Goodhart dá maior ênfase aos fatos e propõe que a *ratio* seja determinada através da verificação dos fatos tratados como fundamentais ou materiais pelo juiz. (MARINONI, 2013, p. 223).

Ou seja:

Para Goodhart é necessário determinar todos os fatos do caso como vistos pelo juiz e, após, identificar quais destes fatos o juiz admitiu como materiais ou fundamentais para decidir. Mas, para a *ratio*, além dos fatos que o juiz considerou materiais, também seria importante a decisão que neles se fundou. (MARINONI, 2013, p. 224).

É necessário descobrir quais fatos foram tratados como materiais e quais foram tratados como imateriais, o que muitas vezes é difícil, pois a determinação dos fatos imateriais pode não estar implícita no raciocínio judicial, nem ter sido expressamente realizada pelo juiz. É o que ocorre quando a corte, depois de ter definido todos os fatos do caso, identifica um pequeno número de fatos para fundamentar a sua decisão. Os fatos omitidos presumivelmente são imateriais (MARINONI, 2013, p. 225).

No momento do julgamento é necessário visualizar adequadamente a *ratio decidendi* dos precedentes anteriores. Porém, nem sempre é fácil definir os contornos da *ratio decidendi*.

Por isso, no *common law*, Rupert Cross oferece exemplo do tratamento de *Barwick v. The English Joint Stock Bank* em *Lloyd v. Grade, Smith & Co*, em que se discutiu a respeito

da questão da responsabilidade do empregador pelos atos praticados pelo seu empregado durante o serviço, mais precisamente sobre a responsabilidade do banco por ato fraudulento do seu agente, que prejudicou alguém que obteve uma garantia insuficiente. Na Corte, após a decisão do juiz de primeiro grau em favor do empregador, o Juiz Willes J. declarou que a regra geral é a de que o empregador é responsável por toda fala do empregado praticado no curso do serviço e para o benefício do empregador. (CROSS, 2012, p. 43).

O caso Barwick, além de essencial para a compreensão da importância da definição exata da *ratio decidendi*, permite que se valorize a relevância dos casos posteriores para a identificação do significado das declarações contidas nos precedentes.

Por fim, Luiz Guilherme Marinoni (2013, p. 228-229) aponta o problema de se saber quem define a *ratio decidendi*, se o órgão que institui o precedente ou aquele que analisa se o precedente deve ser aplicado ao caso que está para julgamento: “Não há dúvida que, mesmo que a *ratio decidendi* seja instituída pelo órgão que elaborou o precedente, isso não isentará os juízes de, no futuro, compreendê-la diante dos novos casos sob julgamento.”

As demais razões alheias à *ratio decidendi* interessam ao caso em litígio, mas não à formação do precedente, sendo apenas considerações periféricas. É o que se chama de *obiter dictum*.

### 1.2.5 *Obiter dictum*

Pode-se definir o *obiter dictum* como sendo as proposições da decisão que não fazem parte da *ratio decidendi*. Desempenha papel persuasivo e argumentativo fundamental, podendo ser relevante o seu uso para fundamentação de situações similares.

O *obiter dictum*, ou *obiter dicta*, no plural, consiste nos argumentos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão, consubstanciando juízos acessórios, secundários ou qualquer outro elemento que não seja imprescindível para a solução do caso concreto.

Nas palavras de Edward Re:

Consequentemente, os precedentes não se devem aplicar de forma automática. O precedente deve ser analisado cuidadosamente para determinar se existem similaridades de fato e de direito para estabelecer a posição atual da Corte com relação ao caso anterior. Estuda-se o precedente para determinar se o princípio nele deduzido constitui a fundamentação da decisão ou tão somente um *dictum*. Apenas os fundamentos da decisão

merecem reconhecimento e acatamento com força vinculativa. Um *dictum* é apenas uma observação ou opinião e, como tal, goza tão somente de força persuasiva. (RE, 1994, p. 7).

É relevante mencionar que os efeitos do precedente judicial são extraídos da razão de decidir, e não de eventual *obiter dictum*, sendo, por isso, relevante a distinção entre a *ratio decidendi* e o *obiter dictum* de uma decisão.

Não basta constatar que os fundamentos não discutidos constituem *obiter dicta*. Antes, é preciso verificar se o fundamento podia ser discutido e se a decisão tomada exigia a sua discussão.

O Superior Tribunal de Justiça, no REsp 954.859, traz interessante exemplo de *obiter dicta*, ao tratar da interpretação do artigo 475-J do Código de Processo Civil de 1973, mais precisamente a respeito da necessidade de intimação do condenado para a incidência da multa de 10% diante do não pagamento no prazo de quinze dias.

No julgado decidiu-se que a multa incidiria independentemente de intimação pessoal do condenado. O relator, Ministro Humberto Gomes de Barros, argumentou:

Alguns doutrinadores enxergam a exigência de intimação pessoal. Louvam-se no argumento de que não se pode presumir que a sentença publicada no Diário tenha chegado ao conhecimento da parte que deverá cumpri-la, pois quem acompanha as publicações é o advogado. O argumento não convence. Primeiro, porque não há previsão legal para tal intimação, o que já deveria bastar. Os arts. 236 e 237 do CPC são suficientemente claros neste sentido. Depois, porque o advogado não é, obviamente, um estranho a quem o constituiu. Cabe a ele comunicar seu cliente de que houve a condenação. Em verdade, o bom patrono deve adiantar-se à intimação formal, prevenindo seu constituinte para que se prepare e fique em condições de cumprir a condenação. Se o causídico, por desleixo, omite-se em informar seu constituinte e o expõe à multa, ele deve responder por tal prejuízo. (STJ, 3.<sup>a</sup> Turma, REsp 954.959, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 27.08.2007).

Neste caso o Tribunal não estava julgando a responsabilidade do advogado, mas analisando a necessidade de intimação pessoal do condenado para a incidência da multa. A observação do ministro relator sobre a conduta e responsabilidade do advogado em informar seu constituinte sobre a condenação é *obiter dictum*, configurando-se mero argumento lateral, à margem da questão que estava sendo discutida (a necessidade de intimação pessoal do condenado), de solução desnecessária para se chegar à decisão do recurso.

Logo, além da exigência constitucional e processual de a decisão judicial ser devidamente motivada, é preciso que o órgão jurisdicional tenha bastante cuidado na fundamentação dos seus julgados, pois, prevalecendo determinada *ratio decidendi* é possível extrair, a partir dela, uma regra geral a ser observada em outros casos concretos.

### **1.2.6 Distinguishing e overruling**

Apesar das alegações dos críticos aos precedentes de que os mesmos levam ao engessamento do ordenamento jurídico, a perspectiva moderna da teoria dos precedentes não admite que existam decisões que não possam ser superadas ou modificadas.

A tradição inglesa por muito tempo defendeu que os precedentes não poderiam ser modificados, por respeito aos valores da certeza, estabilidade e previsibilidade. (CRUZ e TUCCI, 2004, p. 160). Porém, a moderna teoria dos precedentes traz uma flexibilização do *stare decisis*, sobretudo no que diz respeito à sua perspectiva horizontal, tendo em vista que uma Corte pode superar e modificar seus próprios precedentes.

O modo para decidir com base nos precedentes pode ser assim explicado: o julgador examina o caso, considerando os fatos e sua qualificação jurídica, bem como o direito pleiteado pelas partes; em seguida o julgador verifica a existência de semelhanças relevantes entre o caso que deve ser decidido e os precedentes existentes sobre o tema, tanto aqueles invocados pelas partes quanto os que já são do seu conhecimento; o julgador extrai a *ratio decidendi* do precedente e, posteriormente decide se aplica ou não aplica o precedente, sempre de forma fundamentada. E é neste ponto que se verifica a possibilidade de utilização das técnicas de distinção (*distinguishing*) ou de superação (*overruling*) do precedente.

A técnica do *distinguishing* é utilizada para fundamentar a decisão de aplicar ou não o precedente. Em uma decisão, o julgador verifica que o precedente seria aplicável para solucionar o caso. Porém, a existência de alguma peculiaridade existente no caso que não existia no caso que gerou o precedente, autoriza o julgador a excepcionar a aplicação do precedente, que permanecerá válido, mas terá seu sentido reduzido para se adaptar ao caso concreto.

A dificuldade de se aplicar a técnica de distinção dos precedentes reside na comparação entre os casos e na correta definição do que deve ser considerado necessário na verificação da semelhança entre os casos. Os critérios precisam ser claros e definidos.

Também é preciso compreender o que integra o núcleo do precedente e o que é irrelevante para a tese jurídica ali empregada.

Assim, “se existirem particularidades fático-jurídicas não presentes e, por isso, não consideradas no precedente, então é caso de distinguir o caso do precedente, recusando-lhe aplicação.” (MITIDIERO, 2012).

A técnica do *overruling* é um instrumento que permite uma resposta judicial ao desgaste da dupla coerência do precedente, que consiste em congruência social e consistência sistêmica. Assim, quando o precedente carecer da dupla coerência, ele estará violando os princípios básicos que sustentam a regra do *stare decisis*, quais sejam, a segurança jurídica e a igualdade, deixando de autorizar a sua aplicação. Nesse cenário, o precedente deverá ser superado. Ao teste de dupla coerência dá-se o nome de norma básica para superação de precedente (*basic overruling principle*). (MITIRIERO, 2012).

Importante anotar que a técnica do *overruling* é exceção, pois a regra é que os precedentes sejam respeitados e aplicados sempre que os casos sejam semelhantes e permitam o seu emprego na decisão do caso.

Assim, levando-se em consideração as técnicas, pode-se concluir que a adoção dos precedentes não conduz de forma imediata a um engessamento das decisões. A técnica do *overruling* traz a possibilidade de superação do precedente que não se encontra mais em relação de coerência com o ordenamento.

Porém, a fundamentação da decisão que supera um precedente deve ser mais detalhada do que a decisão que aplica o precedente, pois precisa demonstrar que, de fato, o precedente que seria aplicável ao caso não deve mais permanecer vigendo no sistema.

### **1.2.7 Precedentes judiciais na *common law***

O objetivo da previsibilidade e da segurança jurídica é atingido no *common law* através da obediência aos precedentes.

Neste sistema há respeito obrigatório aos precedentes. Para Gustavo Santana Nogueira, o *common law* pode ser definido como o sistema jurídico baseado nos precedentes judiciais:

Originária das leis não escritas da Inglaterra, a *common law* é derivada mais de princípios do que de regras (*rules*), e não consiste em regras absolutas, rígidas e inflexíveis, mas sim em amplos e abrangentes princípios baseados

na justiça, na razão e no senso comum, que foram determinados pelas necessidades sociais da comunidade e que mudaram com a modificação dessas necessidades. (NOGUEIRA, 2013, p. 34-35).

O direito apresentado como costumeiro relacionado com a doutrina clássica do sistema da *common law*, atualmente é o direito dos precedentes, que são respeitados pelas Cortes, tanto do direito inglês quanto do norte-americano, de forma que a partir da sua criação devem ser respeitados nos casos similares:

A relevância dos precedentes para o estabelecimento e a edificação do costume é notória no *common law*. Os costumes gerais observados entre os *Englishmen* foram incorporados em decisões judiciais sob a forma de precedentes, que constituem a única importante fonte da versão moderna desta tradição, diversa da lei ou do *statute law*. (MARINONI, 2013, p. 104-105).

A estrutura dos precedentes no sistema da *common law* é pautada por princípios e regras seculares, verificados na história dos países que adotam esse sistema, conforme abordado nos itens anteriores deste capítulo.

As Cortes Supremas do sistema da *common law* buscam o sentido para a solução dos casos a partir das razões determinantes para o deslinde do resultado, ou seja, a *ratio decidendi*, dando uma atenção especial aos votos do julgamento, de forma que podem decidir um caso sem que este seja necessariamente um possível precedente.

Um precedente requer a análise dos principais argumentos pertinentes à questão de direito, além de poder necessitar de inúmeras decisões para ser definitivamente delineado. (MARINONI, 2013, p. 214).

Assim, pode-se dizer que o precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica, ou seja, é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina.

Portanto, os motivos para a adoção do sistema de precedentes e a utilização de seus mecanismos são a previsibilidade e a segurança jurídica que proporcionam.

Para Fernandes e Farinelli (2016, p. 92), além da previsibilidade, o sistema de precedentes proporciona a estabilidade jurisdicional e restaura a confiança das pessoas no Judiciário:

O respeito aos precedentes viabiliza a congruência do sistema, sendo capaz de garantir a justiça, a imparcialidade, a isonomia e a celeridade processual. Isso porque o jurisdicionado tem margem de previsibilidade sob seus atos cotidianos e pode antever a consequência jurídica sobre cada um deles.

Certos de que a aplicação do Direito segue de forma coesa, tem-se a certeza de que não lhe será suprimido direito a que faz jus, nem mesmo conferida vantagem de que não goza, quando da apresentação do caso ao tribunal. Convicto da imparcialidade e da estabilidade jurisdicional, o cidadão passa a ter mais confiança no ordenamento e ajuíza agora apenas aqueles pleitos que consideram relevantes. [...] Restaurada a confiança no Poder Judiciário e conferida maior previsibilidade ao ordenamento, é possível tornar real grandes anseios do Estado Democrático de Direito, além de reduzir a carga de trabalho, garantir a duração razoável do processo e a maior qualidade da prestação jurisdicional.

Portanto, os precedentes no *common law* são considerados como fonte primária do direito, conferindo segurança e previsibilidade nas decisões.

Oportuno apontar que, com a aproximação dos dois sistemas jurídicos, através da constitucionalização do direito, tema que será abordado mais adiante, ambos os sistemas sofreram influências mútuas, sendo que o *common law* passou a valorizar a importância das leis para limitar e adequar os precedentes aos fatos sociais atuais.

Assim, a utilização dos precedentes judiciais é o melhor caminho na busca da segurança jurídica, da igualdade e da previsibilidade no sistema jurídico brasileiro, tão instável e desuniforme, conforme será tratado no capítulo seguinte.

### **1.3 O *civil law* e a busca da segurança jurídica**

Os dois principais sistemas jurídicos adotados para regulamentar a ordem jurídica de um Estado são o *civil law* e o *common law*.

A diferença entre ambos, desde a origem de cada um, é importante para a compreensão da segurança jurídica. Oportuno observar que, apesar das diferenças entre os sistemas, ambos sofreram influência do direito romano em sua formação. Contudo, reagiram de maneira distinta a esta influência.

Ademais, ambos os sistemas possuem como objetivo comum a segurança jurídica, porém, o *civil law* almeja a segurança através das leis, sendo que os juízes são impedidos de interpretá-las, enquanto que o *common law* a busca por meio de precedentes judiciais.

O conceito de *civil law* advém da influência que o Direito Romano exerceu sobre os países da Europa Continental e suas colônias, dando ensejo à elaboração de leis, códigos e constituições, e é também denominado de sistema romano-germânico. (VIEIRA, 2007, p. 270).

Deste modo, a seguir será verificada a origem do *civil law*, sua influência no Direito moderno e a sua relação com o princípio da segurança jurídica.

### 1.3.1 Origem da *civil law* – a família romano-germânica

A família romano-germânica é a primeira família de direitos existente no mundo contemporâneo, ligada ao direito da antiga Roma. Porém uma evolução milenar afastou desta família a concepção que se tinha do direito e das regras do direito, as quais eram admitidas no tempo de Augusto ou Justiniano. (DAVID, 2002, p. 33).

“Os direitos da família romano-germânica são continuadores do direito romano, cuja evolução concluíram; não são de modo algum a cópia deles, tanto mais que muitos dos seus elementos derivam de fontes diversas do direito romano.” (DAVID, 2002, p. 33).

O sistema de direito romano-germânico formou-se na Europa continental no século XIII, com o renascimento dos estudos de direito romano nas universidades.

Porém, antes do século XIII, o direito europeu possuía caráter consuetudinário.

O Império Romano conheceu uma civilização brilhante, e o gênio romano construiu um sistema jurídico sem precedentes no mundo; mas o Império Romano deixou de existir há séculos no Ocidente. As invasões de diversos povos, germanos em particular, levaram à sua queda no século V; em seguida a estas invasões, as populações romanizadas por um lado, os bárbaros por outro, passaram a viver lado a lado, seguindo, uns e outros, a sua própria lei. (DAVID, 2002, p. 37).

Com o passar do tempo houve uma miscigenação entre os povos, e os costumes territoriais, com o feudalismo nascente, voltou a vigorar.

Este sistema tem suas origens no século XII e XIII, no período do Renascimento da Europa Ocidental, em que as cidades e o comércio ganharam nova organização, pois houve a separação entre o direito e a religião. Neste momento também se fortaleceu o ideal de que “somente o direito pode assegurar a ordem e a segurança necessárias ao progresso.” (DAVID, 2002, p. 39).

A ideia de que a sociedade deve ser regida pelo direito não é uma ideia nova. Fora admitida, pelo menos no que respeita as relações entre particulares, pelos romanos. Mas o regresso a esta ideia, no século XII, é uma revolução. Filósofos e juristas exigem que as relações sociais se baseiem no direito e que se ponha termo ao regime de anarquia e de arbítrio que reina há séculos. (DAVID, 2002, p. 40).



O desabrochar do sistema romano-germânico não é oriundo de um poder político ou da centralização operada por uma autoridade soberana e por isso diferencia-se do direito inglês, em que o desenvolvimento da *common law* está ligado ao progresso do poder real e a existência de tribunais reais centralizados. (DAVID, 2002, p. 40).

A partir deste Renascimento e com início na Itália, as universidades ganharam destaque no estudo do direito, especialmente na Universidade de Bolonha. (DAVID, 2002, p. 43-44).

O direito que existe nos países de *civil law*, no entanto, é fruto de dois momentos históricos cujas consequências são nitidamente perceptíveis hoje. O primeiro deles foi quando, no século XI, descobriram-se textos jurídicos romanos, que haviam sido conservados durante a Idade Média, e começaram a ser reestudados no norte da Itália, principalmente em Bologna. Considerados essencialmente superiores ao direito então predominante (fundamentalmente, os costumes feudais) estes textos foram estudados e profundamente analisados, com o objetivo de que se pudesse enxergar, no precioso material encontrado, um todo coerente. O curioso é que esta grande coleção de textos romanos, elaborados sob Justiniano no século VI, não consistia num código. Havia textos de leis, comentários de juristas e, naturalmente, inexistia absoluta harmonia. Este foi o trabalho dos estudiosos: compreender e imprimir harmonia a textos que tinham sido produzidos em função de *casos*. Assim, como se sabe, decidia o juiz romano: caso a caso, procurando resolver do mesmo modo, casos iguais. (WAMBIER, 2010).

O *jus commune*, do sistema romano-germânico, é um monumento que, ao fornecer aos juristas modelos, um vocabulário e métodos, visa orientá-los na procura de soluções de justiça. Nas suas escolas de direito procura descobrir, com o auxílio de textos romanos, regras mais justas conforme uma ordem bem concebida numa sociedade cuja existência é exigida pela própria natureza das coisas. Por isso, é algo diferente da *common law*. (DAVID, 2002, p. 45-46).

Sistematizado pelos juristas, adaptado por eles às necessidades da sociedade moderna, o direito ensinado nas universidades desde a época dos pós-glosadores afastou-se cada vez mais do direito de Justiniano, para se tornar um direito sistemático, fundado sobre a razão, tendo por isto vocação para ser aplicado de modo universal. (DAVID, 2002, p. 46).

Desde o século XII, quando o *Corpus Iuris Civilis* foi encontrado e os textos romanos passaram a ser estudados nas universidades, não apenas o conteúdo conceitual e terminológico passou a ser estudado, como também a técnica própria de raciocínio jurídico

para a formação das soluções jurídicas, tornando o direito o fruto de um intenso trabalho intelectual, distanciando-se do homem comum. (BARREIRO; PARICIO, 2010, p. 185-186).

Com a recomposição do Digesto pelos estudos da Universidade de Bolonha nasceu a primeira literatura jurídica em forma de anotações explicativas ao texto romano, denominadas glosas, atribuindo aos juristas o nome de glosadores. (BARREIRO; PARICIO, 2010, p. 189-190).

Porém, a Revolução Francesa foi o grande marco histórico responsável pela consolidação de um novo modelo jurídico. Ela procurou criar um direito novo, capaz de eliminar o passado e as tradições até então herdadas de outros povos, com a negação da autoridade do *ius commune* (MARINONI, 2009, p. 46).

Antes da Revolução Francesa, os cargos judiciais eram comprados e herdados, sendo usufruídos como uma propriedade particular, capaz de render frutos pessoais. Os magistrados daquela época se negavam a aplicar a lei que era contrária aos interesses dos seus protegidos e interpretavam as leis de modo a manter o “status quo” e a não permitir que as intenções progressistas fossem atingidas. (MARINONI, 2013, p. 50-51).

A necessidade de desenvolver um novo direito e uma nova sociedade acarretou na admissão dos argumentos de Montesquieu sobre a separação dos poderes, impondo-se uma clara distinção entre as funções do legislativo e do judiciário. “Tornou-se imprescindível limitar a atividade do judiciário, subordinando-o de forma rígida ao Parlamento, cujos habitantes deveriam representar os anseios do povo.” (MARINONI, 2013, p. 51).

Assim, com a queda da monarquia absolutista e ascensão da burguesia e do parlamentarismo ao poder, houve o surgimento de um novo direito, contrário às antigas concepções da monarquia. Neste contexto surgiu a necessidade de controlar a atuação judicial, limitando o trabalho dos juízes apenas à aplicação exata do texto legal, acabando com os privilégios e com a manipulação do direito. Este era o propósito revolucionário, e não podia ser frustrado.

Para a Revolução Francesa, a lei seria indispensável para a realização da liberdade e da igualdade. Por este motivo, entendeu-se que a certeza jurídica seria indispensável diante das decisões judiciais, uma vez que, caso os juízes pudessem produzir decisões destoantes da lei, os propósitos revolucionários estariam perdidos ou seriam inalcançáveis. A certeza do direito estaria na impossibilidade de o juiz interpretar a lei, ou, melhor dizendo, na própria lei. Lembre-se que, com a Revolução Francesa, o poder foi transferido ao Parlamento, que não podia confiar no judiciário. O ponto tem enorme relevância. O *civil law* não apenas imaginou, utopicamente, que o juiz

apenas atuaria a vontade da lei, como ainda supôs que, em virtude da certeza jurídica que daí decorreria, o cidadão teria segurança e previsibilidade no trato das relações sociais. (MARINONI, 2009, p. 46).

Com isso, a segurança e a previsibilidade estariam na vontade da lei, que passou a ter papel fundamental na representação da vontade do povo, impossibilitando qualquer forma de interpretação, devendo o magistrado restringir sua decisão ao texto legal (WAMBIER, 2010, p. 33).

A teoria de Montesquieu, no sentido de que o poder não deveria estar todo na mão de um só homem, somada à visão de Rousseau, no sentido de que a lei é capaz de expressar a vontade geral de uma Nação, resultaram num sistema fortemente alicerçado em bases racionais lógico-sistemáticas, cujo objetivo era conter abusos.

Assim, a lei passou a ser vista como expressão legítima da vontade do povo e o juiz devia decidir com base nos textos do direito positivo e nada mais. Não se falava em interpretação. Esta palavra devia ser, como se dizia, "*effacé de nos dictionnaires*". (WAMBIER, 2010).

Assim, os juízes passaram a ser meros espectadores do direito, sendo considerados *bouche de la loi* (boca da lei), para justificar a ideia de que seus poderes decorrem da lei, as decisões dele sempre subordinadas a algo “maior”, ou seja, a lei. Para Motesquieu o julgamento deveria ser apenas “um texto exato da lei”. (MARINONI, 2013, p. 52).

A ideia de que o poder central era justificado ou legitimado pela vontade do povo, foi uma das principais concepções que inspirou a Revolução Francesa. Consequentemente, os juízes tinham de obedecer à lei, tinham de decidir os casos precisamente de acordo com a lei, sendo, suas decisões sempre fundamentadas, devendo ser feita expressa referência à lei em que se baseavam as decisões. Juízes eram vistos como seres inanimados, agindo como se fossem ‘a boca da lei’. As teorias dedutivas eram capazes de explicar as decisões judiciais com se elas fossem o resultado de um raciocínio absolutamente lógico: Lei + fatos = decisão. (WAMBIER, 2009, p. 121).

Porém, para que se pudesse limitar o poder do juiz à letra expressa da lei, esta deveria ser clara e capaz de dar regulação a todas as situações conflitivas. Os Códigos deveriam ser claros, coerentes e completos. (MARINONI, 2013, p. 52).

Os juízes estavam presos à lei porque ela é que dizia como o julgador deveria proceder. O *Codex* devia ser concebido em primeiro lugar e qualquer excesso doutrinário devia ser evitado. A interpretação doutrinária, a jurisprudência e o costume encontravam-se subordinados à autoridade do estatuto. (NOGUEIRA, 2013, p. 42).

Entendia-se que o juiz não podia interpretar a lei, devendo limitar-se a aplicá-la aos casos, evitando assim, a distorção dos textos legais. Tais fatos eram indispensáveis à concretização da liberdade, igualdade e certeza jurídica da época.

Assim, com a limitação dos poderes do juiz à letra da lei, buscou-se a segurança jurídica. Porém, é importante anotar que, como a Revolução Francesa teve grande influência da burguesia, pode-se concluir que a lei protegia muito mais esta classe em ascensão do que a população como um todo. Os ideais revolucionários eram tendenciosos aos interesses comerciais dos burgueses da época.

O princípio da igualdade no sistema *civil law* estava associado à aplicação da letra da lei, o que ocasionou a codificação do direito: “havia forte conexão entre a lei escrita e a igualdade, pois passou a entender-se que quando a lei impera a igualdade é garantida. Ao contrário, quando o que impera é a vontade do homem, a arbitrariedade é favorecida.” (WAMBIER, 2009).

Diante da instabilidade que havia no período da Revolução, e da necessidade de segurança jurídica, foi criada a *Cour de Cassation* (Corte de Cassação Francesa), com o objetivo único de cassar a interpretação incorreta dos Códigos, e não para estabelecer a interpretação incorreta ou para decidir em substituição à decisão prolatada pelo juiz ordinário. Embora chamado Corte, esse órgão não fazia parte do Poder Judiciário. Era instrumento destinado a proteger a supremacia da lei. (MARIONI, 2013, p. 58-59).

Ainda mais interessante, para o nosso propósito, é a história da Corte de Cassação francesa. Este tribunal também foi instituído em 1790, com o nítido objetivo de limitar o poder judicial mediante a cassação das decisões que destoassem do direito criado pelo parlamento. É possível dizer que a *Cassation* foi instituída como uma válvula de escape contra a aplicação incorreta da lei e a não apresentação do caso à interpretação autorizada do legislativo. Porém, talvez já se vislumbrasse a dificuldade prática em se exigir dos juízes a exposição das suas dúvidas ao legislativo, bem como o trabalho excessivo e praticamente inviável que seria submetido aos legisladores caso todas as dificuldades interpretativas lhes fossem anunciadas. (MARINONI, 2013, p. 58).

Neste contexto surge, então, a figura de Napoleão Bonaparte, que assume o poder com o Golpe do 18 de Brumário, e colabora com a codificação das leis, ao elaborar um Código Civil em 1804 (NOGUEIRA, 2013, p. 45).

Para René David, o processo de codificação foi o responsável pela expansão do direito romano-germânico na Europa e fora dela, contribuindo para a unidade do sistema: “a

codificação constitui a realização natural da concepção mantida e de toda obra empreendida desde há séculos nas universidades.” (DAVID, 2002, p. 65).

De acordo com Danilo Rinaldi dos Santos Junior e Luís Henrique Barbante Franzé, “no *civil law* as regras jurídicas sempre foram procuradas em um corpo de normas preestabelecidas: a) antigamente, o *Corpus Juris Civilis* de Justiniano; b) depois, os códigos; c) hoje, as constituições e todo o conjunto de normas infraconstitucionais”. (SANTOS JR.; FRANZÉ, 2014, p. 11).

Os Códigos deveriam ser claros e precisos, com o objetivo de abranger o maior número possível de situações que pudessem surgir, proporcionando, assim, a segurança jurídica.

Porém, a proibição de interpretação da norma pelos magistrados acabou afastando a ideia original de segurança jurídica, pois o positivismo não permitia julgar de forma contrária a lei.

Além disso, diante das novas tendências do século XIX, houve o envelhecimento dos códigos, sob a influência do marxismo. O envelhecimento dos códigos atenuou, ou até mesmo eliminou a atitude de positivismo legislativo dominante no século XIX, dando espaço à função essencial da doutrina e da jurisprudência na formação e na evolução do direito.

Conforme observa David (2013, p. 70), “... nenhum jurista pensa mais que apenas os textos legislativos sejam importantes para conhecer o direito.”

Porém, apesar do *civil law* buscar a segurança jurídica nos textos da lei, com a sua estrita observância, verifica-se, com o passar dos anos e com a evolução da sociedade, que essa forma de busca de certeza e segurança jurídicas acabou por gerar insegurança jurídica no Judiciário, diante da falta de flexibilidade do juiz em adaptar o direito às novas ocorrências:

Somente na metade do século XX, em decorrência da Revolução dos Direitos Humanos e da Judicialização Política e, principalmente, da supremacia dos direitos humanos repercutindo na abertura das normas, é que houve uma maior flexibilização na interpretação do direito com a busca, exatamente nas fontes estudadas do direito romano, da melhor forma de aplicação da lei. (DALLEFI, 2016, p. 48).

Entretanto, a codificação não é o ponto central da distinção entre o *common law* e o *civil law*. O que os diferencia é o significado que se atribui aos Códigos e à função exercida pelos juízes ao aplicá-los.

No *common law* a lei não tem a pretensão de limitar o pensamento do juiz e, portanto, não tem o condão de ter todas as regras capazes de solucionar os casos concretos. (MARINONI, 2013, p. 53-54).

As histórias do poder no *common law* e no *civil law* foram as responsáveis pelas diferentes funções atribuídas aos juízes desses sistemas jurídicos. Entretanto, há necessidade de sinalizar para a circunstância de que a dessemelhança entre as funções dos juízes do *common law* e do *civil law* restaram, em boa medida, no papel e na intenção dos inspiradores do Estado legislativo francês. A Revolução Francesa, como toda revolução, ressentiu-se de forte dose de ilusões românticas e utopias, gerando dogmas como o da proibição de o juiz interpretar a lei. (MARINONI, 2013, p. 56).

Assim, no *civil law* a decisão é formada com base em um raciocínio voltado à formação da convicção, em conjunto com o enquadramento dos fatos nos moldes delineados pela norma jurídica. O juiz é obrigado a narrar os fatos e os fundamentos jurídicos, o conteúdo da defesa e as provas requeridas e produzidas. (MARINONI, 2013, p. 217).

### **1.3.2 Codificações do sistema da *civil law* como garantia da segurança jurídica**

O papel da legislação era considerado secundário, pois, segundo as ideias que predominavam na Idade Média, o direito existia independentemente dos comandos da autoridade. O soberano não estava apto a criar e nem modificar o direito. Sua função era meramente administrativa:

É unicamente com o fim de organizar e facilitar a administração da justiça que ele pode intervir para auxiliar a formulação do direito que ele não criou. Pelas ordenanças, pelos éditos, pelas práticas administrativas, tais como as cartas de rescisão, o soberano pode corrigir certos erros da justiça, do mesmo modo que é competente para organizar os tribunais de justiça e para lhes regular o processo; o soberano, propriamente falando, não faz leis. (DAVID, 2002, p. 62).

As ordenanças publicadas na Europa desempenharam um papel muito importante na organização da administração dos diversos países da região, especialmente no direito público. Já no direito privado o papel do legislador foi menor, pois as autoridades não procuraram modificar os costumes da época. Pelo contrário, os reis, principalmente da França, preocuparam-se em redigi-los, com o intuito de assegurar a sua manutenção. (DAVID, 2002, p. 62-63).

É falso acreditar que os soberanos tenham desempenhado um papel ativo em favor do direito romano, considerado como favorável ao estabelecimento ou à justificação do seu poder absoluto. Se o direito privado foi modificado, o foi essencialmente por meio do processo. (DAVID, 2002, p. 63).

No século XVIII a escola do direito natural rompe com a concepção tradicional de compilações e se recusa a reconhecer a onipotência do soberano em atribuir a qualidade de leis aos seus comandos arbitrários. Assim, os países do continente europeu passam a seguir uma nova fórmula de codificação: “a nova fórmula de codificação conduz-nos ao período moderno da história dos direitos da família romano-germânica: aquela em que a descoberta e o desenvolvimento do direito vão ser entregues, principalmente, ao legislador.” (DAVID, 2002, p. 64).

A escola de direito natural obteve dois êxitos: elaborar um direito público, correspondente ao já existente tradicional direito privado; e a codificação, que constituiu a realização natural da concepção mantida e de toda a obra empreendida há séculos nas universidades, onde ensinavam um direito que elas apresentavam como um modelo de justiça. (DAVID, 2002, p. 65).

A codificação surgiu, então, para expor, de modo metódico, o direito que convém à sociedade moderna e que deve ser aplicado pelos tribunais, longe do caos das compilações de Justiniano. (DAVID, 2002, p. 66).

A codificação liquidará os arcaísmos que muito frequentemente se perpetuaram; ao mesmo tempo, ela porá fim à fragmentação do direito e à multiplicidade dos costumes, que são muitas vezes um obstáculo na prática, e para os quais se tornou impossível, na época, fornecer uma justificação. (DAVID, 2002, p. 66).

Assim, a codificação foi estabelecida na França, no alvorecer da Revolução, associada ao prestígio das ideias de 1789 e da expansão napoleônica. A codificação foi apontada como a causa de uma fragmentação do direito europeu e como a origem de uma ruptura da comunidade jurídica europeia e da família de direito romano-germânica. Porém, o direito ensinado antes do século XIX nas universidades não era o direito aplicado na prática. Deste modo, a codificação não rompeu a unidade do direito europeu. Pelo contrário, a unidade foi reforçada com a expansão do Código de Napoleão. Além disso, a codificação foi um instrumento para a expansão do sistema do direito romano-germânico, dentro e fora da Europa. (DAVID, 2002, p. 67).

A codificação teve por finalidade enunciar os princípios de um *jus commune* rejuvenescido, adaptado às condições e necessidades dos homens do século XIX. Por algum tempo o declínio do espírito universitário e o nacionalismo do século XIX fizeram da codificação algo diferente, pois os códigos eram tratados como uma nova edição de um “costume particular”, elevado a nível nacional. (DAVID, 2002, p. 68-69).

Em vez de se ver neles a nova expressão do direito comum renovado, tal como haviam concebido os seus promotores, viu-se o instrumento de uma “nacionalização do direito”, depois da qual a própria ideia de direito comum quase desapareceu na Europa. (DAVID, 2002, p. 69).

O direito passou a ser confundido com a ordem do soberano ao invés da justiça. O envelhecimento dos códigos atenuou, ou até mesmo eliminou a atitude de positivismo legislativo que dominou o século XIX. Passa-se a reconhecer cada vez mais a função essencial da doutrina e da jurisprudência na formação e evolução do direito e os juristas deixaram de pensar que os textos legislativos eram importantes para conhecer o direito e, conseqüentemente, a segurança jurídica.

### **1.3.3 Alguns países com influência da tradição da *civil law***

A família romano-germânica dispersou-se pelo mundo inteiro, ultrapassando as fronteiras do antigo Império Romano e conquistando toda a América Latina, uma grande parte da África, os países do Oriente Próximo, o Japão e a Indonésia. Esta expansão é consequência, não só da colonização, mas também das facilidades que, para uma recepção, foram dadas pela técnica jurídica da codificação, geralmente adotada pelos direitos românicos no século XIX. (DAVID, 2002, p. 33-34).

A colonização de vastos territórios de além-mar originou a expansão da família de direito romano-germânica fora da Europa. A fórmula da codificação, adotada nos séculos XIX e XX, favoreceu, por outro lado, esta expansão em numerosos outros países. (DAVID, 2002, p. 77).

As colônias espanholas, portuguesas, francesas e holandesas da América aceitaram naturalmente as concepções jurídicas da tradição romano-germânica. Igualmente, na África negra e em Madagáscar há certa expansão da família. Os países que fazem parte da União Sul-Africana pertenceram, antes da sua anexação pela Inglaterra, ao sistema romano-



germânico. A África do Norte também mantém elos estreitos com a família romano-germânica. Nos dois extremos da Ásia a família romano-germânica também ganhou adeptos, como a Turquia.

Também adotado no Brasil, o sistema romano-germânico define que a lei por si só é suficiente e plenamente aplicável, limitando qualquer interpretação do juiz no seu processo de aplicação aos casos concretos. Não se trata apenas de uma constatação histórica, mas, principalmente, de uma leitura da Constituição Federal que, no inciso II do seu artigo 5.º, estabeleceu que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. (RAMIRES, 2010, p. 61).

### **1.3.4 O impacto do constitucionalismo na *civil law***

Com os acontecimentos históricos e a evolução da sociedade, a noção de lei geral, abstrata, coerente e fruto da vontade do parlamento, advindas da Revolução Francesa, não sobreviveram, ainda mais porque a lei podia ser criada de modo contrário aos interesses da população e aos princípios de justiça. Assim para resgatar a substância da lei e encontrar instrumentos capazes de conformá-la aos princípios de justiça, fortaleceu-se a Constituição, dotada de plena eficácia normativa. A lei, então, perde o seu posto de supremacia, passando a ser subordinada à Constituição. (MARINONI, 2013, p. 65).

BARROSO (2006, p. 2), ao cuidar da trajetória percorrida pelo direito constitucional nas últimas décadas, na Europa e no Brasil, levou em conta três marcos fundamentais: o histórico, o teórico e o filosófico.

O marco histórico do novo direito constitucional na Europa continental foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. A Constituição de 1988 foi capaz de promover, de maneira satisfatória, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e violento, para um Estado democrático de direito. (BARROSO, 2006, p. 3).

O marco filosófico é o pós-positivismo. A sua caracterização situa-se na junção de duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos ao Direito, quais sejam o jusnaturalismo e o positivismo. (BARROSO, 2006, p. 4).

Segundo Barroso (2006, p. 4), o jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, foi fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos e

aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do Direito. O jusnaturalismo foi o grande incentivador das revoluções liberais, e chegou ao seu auge com as constituições escritas e as codificações.

Porém, no final do século XIX, o direito natural, considerado metafísico e anti-científico, foi marginalizado pela ascensão do positivismo jurídico que, em busca de objetividade científica, equiparou o Direito à lei, afastando-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça, dominando o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. (BARROSO, 2006, p. 4).

A decadência do positivismo jurídico está associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Ao final da Segunda Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito. (BARROSO, 2006, p. 4).

Tais fatos históricos abriram caminho para um conjunto amplo e ainda em desenvolvimento de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação, que se denomina pós-positivismo.

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia. (BARROSO, 2006, p. 4-5).

Por fim, o marco teórico abordado por BARROSO (2006, p. 5), abrange o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Com a atribuição à norma constitucional de status de norma jurídica, ocorrida ao longo do século XX, superou-se o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político.

O debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil, de maneira consistente, ao longo da década de 80, tendo enfrentado as resistências previsíveis. [...] Coube à Constituição de 1988, bem como à

doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada. (BARROSO, 2006, p. 5).

A partir do final da década de 40 a onda constitucional trouxe para a Europa um novo modelo, inspirado na experiência americana, qual seja, a supremacia da Constituição, que envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, cuja proteção cabia ao Poder Judiciário. Neste sentido, inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais. (BARROSO, 2006, p. 6).

No Brasil, o controle de constitucionalidade existe, em modelo incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1891. A ação direta constitucional, destinada aos controles abstrato e concentrado, foi introduzida pela Emenda Constitucional n.º 16, de 1965.

Porém, a jurisdição constitucional expandiu-se a partir da Constituição de 1988, sendo causa determinante a ampliação do direito de propositura (artigo 103, CF), somando-se a ela a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade, introduzida pela Emenda Constitucional n.º 3, de 1993, e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental pela Lei n.º 9.882/1999.

Deste modo, o neoconstitucionalismo identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, que resultaram em um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.

O processo de evolução do direito constitucional passa pelos marcos acima expostos e conduz o direito à constitucionalização. A aproximação entre constitucionalismo e democracia, a força normativa da Constituição e a difusão da jurisdição constitucional foram os ritos de passagem para o modelo atual:

O ambiente filosófico em que floresceu foi o do pós-positivismo, tendo como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional. (BARROSO, 2006, p. 29).

Neste sentido, a constitucionalização do direito está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e valorativo se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico, repercutindo sobre a atuação dos três Poderes, nas

relações com os particulares, sendo que os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional e, sobretudo, a possibilidade de interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que irá conformar-lhes o sentido e o alcance. (BARROSO, 2006, p. 11 e 30).

Assim, no que diz respeito ao sistema adotado pelo Brasil, o *civil law*, este passou por um processo de transformação das concepções de direito e de jurisdição com a constitucionalização do direito: “Na verdade, a subordinação da lei à Constituição não pode ser compreendida como mera ‘continuação’ dos princípios do Estado legislativo, pois significa uma ‘transformação’ que afeta as próprias concepções de direito e de jurisdição.” (MARINONI, 2013, p. 66).

Se o direito não está mais na lei, mas sim na Constituição, a função dos juízes não mais se destina a declarar a vontade da lei, mas sim a conformar a lei aos direitos e princípios contidos na Constituição.

Deste modo, evidencia-se que o juiz do *civil law* começou a exercer papel tão criativo quanto o do juiz do *common law*, pois passou a controlar a constitucionalidade da lei, não mais se submetendo a ela, negando a supremacia do legislativo, fato este inconcebível diante dos princípios clássicos do *civil law*: “o juiz que controla a constitucionalidade da lei obviamente não é submetido à lei. O seu papel, como é evidente, nega a ideia de supremacia do legislativo.” (MARINONI, 2013, p. 67).

Ou seja, o juiz, mediante as técnicas da interpretação conforme a Constituição confere à lei sentido distinto do que lhe deu o legislativo. E, ao suprir a omissão do legislador diante dos direitos fundamentais, atua criativamente, nos moldes que se concebeu no *common law* e contrários aos princípios e da tradição do *civil law*.

Contudo, há no *civil law* a preocupação em negar o papel que o neoconstitucionalismo trouxe à atividade jurisdicional:

Há completo descaso pelo significado da nova função judicial. Inexiste qualquer empenho em ressaltar que o juiz, no Estado constitucional, deixou de ser um mero servo do legislativo. Há apenas cuidado em demonstrar que o princípio da separação dos poderes mantém-se intacto, como se importante fosse apenas a manutenção dos princípios. (MARINONI, 2013, p. 69).

Porém, é oportuno esclarecer que as regras e princípios devem adaptar-se à nova realidade, e não o contrário.

Marinoni (2013, p. 70), aponta que, atualmente, a dificuldade do *civil law* em ver o papel do juiz sob o manto do neoconstitucionalismo tem impedido que se note que a tarefa do juiz se aproximou, e muito, da exercida pelo juiz do *common law*, não permitindo enxergar a relevância de um sistema de precedentes no *civil law* com a aproximação dos dois sistemas, assunto que será abordado mais adiante.

No *common law*, afirma-se que o juiz, na falta de lei, cria o direito. Porém, esta ideia não serve para separar os sistemas contemporâneos compreendidos nas duas tradições, nem muito menos para justificar a inexistência de um sistema de precedentes no direito brasileiro. Pelo contrário. A evolução do *civil law*, decorrente do impacto do neoconstitucionalismo, aproximou sensivelmente o que antes poderia ser visto como criação judicial do direito e interpretação judicial. (MARINONI, 2013, p. 86-88).

É certo que o juiz não detém o mesmo poder do legislador. Porém, o juiz não mais é limitado a afirmar a letra da lei, pois deve resposta à Constituição e, nessa perspectiva, a sua decisão se insere em um quadro bem mais amplo, dimensionado pela tutela aos direitos fundamentais.

## **CAPÍTULO II – A INSEGURANÇA JURÍDICA NAS DECISÕES JUDICIAIS E A TEORIA DOS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO**

### **2.1 A desuniformização no Brasil e a consequente insegurança jurídica**

No sistema jurídico brasileiro atual há crises diversas, dentre as quais aquela decorrente do excessivo número de demandas processuais e que dão origem a enorme quantidade de recursos para os tribunais superiores, com resoluções judiciais distintas para casos até muito assemelhados. Há, desse modo, uma situação de imprecisão a causar incerteza, imprevisibilidade e insegurança do direito.

Numa visão panorâmica dessa realidade instável, foram frustradas as tentativas de prever o futuro por meio da visualização de imagens a gerar cenários alternativos, com o propósito de enquadrar a um resultado que se imagina possa acontecer.

Quando os princípios constitucionais sofrem abalos, quando se institui norma interpretativa que colide com a jurisprudência que vem sendo praticada ou um Poder usurpa as atribuições de outro, tem-se as condições ideais para construir um cenário de insegurança jurídica no País.

A quantidade de leis que são editadas contribui sensivelmente para a insegurança jurídica no país. A norma legal, sendo clara no processo de sua elaboração e também no procedimento de sua aplicação, traz à sociedade a certeza de sua efetividade e pode antever o resultado das decisões judiciais, aumentando o seu grau de previsibilidade. Assim, o país consegue preservar sua segurança jurídica, permitindo uma redução dos conflitos, contribuindo para a celeridade da justiça.

O entendimento divergente das cortes também contribui para que a instabilidade e a insegurança jurídica se instalem.

Atualmente, a realidade vivenciada no direito brasileiro demonstra que o grau de imprevisibilidade das decisões judiciais tem aumentado bruscamente e, ao lado da morosidade na solução dos processos, causam grandes prejuízos à estabilidade da ordem do país, tanto jurídica quanto econômica, pois, a possibilidade de cada tribunal decidir de forma isolada gera insegurança jurídica.

Seria no mínimo razoável que um juiz não julgasse uma mesma questão jurídica, presente uma mesma situação de fato, de forma diversa da que julga o tribunal superior, ainda

que entenda ser injusta a orientação do tribunal ou que a lei seja injusta. Contudo, não é o que ocorre no direito brasileiro.

A acentuada imprevisibilidade das decisões judiciais fortalece os males provocados pela insegurança jurídica, contribuindo para enfraquecer o regime democrático. A desuniformização das decisões judiciais ofende, de modo fundamental, aos princípios do regime democrático, do respeito à dignidade humana, da valorização da cidadania e da estabilidade das instituições.

Neste sentido, Santi e Carvalho (2000, p. 77), discorre sobre insegurança jurídica que permeia o ordenamento jurídico brasileiro:

A segurança jurídica é um valor fundamental que o ordenamento jurídico persegue. O direito em si não apresenta esse segurança, se apresentasse esse cânone seria desnecessário. Muito pelo contrário, o direito convive com o risco, com a insegurança: todas as normas jurídicas infraconstitucionais e constitucionais são, com exceção das chamadas cláusulas pétreas e das normas individuais e concretas que recebem o efeito de coisa julgada, susceptíveis de alteração, seja mediante controle jurisdicional, seja mediante exercício das competência legislativa, judicial e administrativa. Por isso, a determinação do direito só é aferível no horizonte do presente. A segurança jurídica do futuro é garantir a estabilidade jurídica ao presente, que se torna passado.

As decisões dos tribunais, quando adequadamente proferidas, contribuem para consagrar a força da segurança jurídica e instalar, com a solução dos conflitos de modo uniforme, confiabilidade nos processos jurídicos, em face da previsibilidade de regras conhecidas e estáveis que os regulam.

Quando o Poder Judiciário, ao cuidar de fatos iguais que lhes são submetidos, impõe o seu entendimento numa mesma linha de decidir, solucionando os casos semelhantes de forma idêntica, traz a certeza do direito que o jurisdicionado busca ao ingressar com um processo, fazendo-lhe sentir protegido pelo princípio da segurança jurídica.

Ao discorrer sobre a certeza e a segurança jurídica, José Afonso da Silva (2009, p. 17) aponta que:

As ideias de segurança, ordem e certeza forma os valores do direito positivo. Mas é o valor do justo que deve merecer a primazia, porque o direito, especialmente o direito constitucional, há de ser o meio de sua realização. A segurança, a ordem e a certeza há de ser sempre valores instrumentais da efetivação da justiça na sua feição social. Sem essa ideia de justiça e

segurança, a ordem e a certeza podem derivar para o arbítrio. Onde a justiça reina, a convivência democrática estará salvaguardada.

Nesta linha, o precedente judicial surge como ferramenta capaz de garantir a segurança jurídica almejada pelo sistema jurídico brasileiro.

Por isso, mostra-se proveitoso compreender o significado do precedente judicial no direito brasileiro, bem assim entender as técnicas de julgamento baseadas na aplicação dos precedentes, as quais estão expressamente previstas no ordenamento jurídico e constitucional. Tais pontos serão abordados na sequência deste trabalho.

## **2.2 Precedente judicial e uniformização da jurisprudência**

No ordenamento jurídico brasileiro os precedentes judiciais não podem ser comparados aos precedentes oriundos do sistema da *common law*. Porém, eles têm se mostrado importantes para orientar as futuras decisões.

Neste sentido, o sistema *civil law*, adotado pelo direito brasileiro, vem apresentando cada vez mais características do sistema da *common law*, devido à aproximação dos dois sistemas, tema este que será abordado no capítulo seguinte. Por conta disso, o sistema brasileiro está se tornando híbrido:

Alguns institutos utilizados no sistema jurídico brasileiro atual possuem eficácia obrigatória (vinculante) como é o caso, por exemplo, da decisão do STF proferida no controle difuso de constitucionalidade, da questão da repercussão geral no recurso extraordinário, das súmulas vinculantes, entre outros. Tal fato demonstra que os sistemas não são mais puros e que estão se tornando híbridos, de forma que o *civil law* tem adotado institutos com características do *common law* e vice-versa. (RAMOS, 2013).

Porém, os dois sistemas permanecem sendo modelos muito distintos. O papel que os precedentes possuem na *common law* é fruto de seculares tradições.

O problema que ocorre no Brasil é que, muitas vezes os juízes e tribunais não se julgam obrigados a respeitar os precedentes dos Tribunais Superiores (eficácia vertical), e também não respeitam as suas próprias decisões (eficácia horizontal), ocasionando dessa forma, o tratamento desigual a casos similares.

Assim, se o magistrado se utilizar do precedente dará um tratamento igualitário para casos iguais e garantirá a previsibilidade e segurança jurídica. Além disso, ocorrerá a



agilidade na prestação jurisdicional, o que ocasionará na confiança do trabalho dos magistrados por parte do jurisdicionado.

Insta salientar que não respeitar precedentes importa na multiplicação de processos e de recursos, trazendo ao jurisdicionado insegurança jurídica. Nos dizeres de Eduardo Cambi (2001, p. 111):

As litigâncias repetitivas e os inúmeros casos de decisões díspares proferidas para casos semelhantes levaram à necessidade de se adaptar as regras processuais a essa realidade e adotar mecanismos eficientes a fim de combater a “jurisprudência lotérica”.

Por esta razão, o Estado tem o dever de tutelar os direitos fundamentais, especialmente o direito à segurança jurídica e à estabilidade das decisões judiciais, através de normas e posturas que garantam aos cidadãos a efetivação dos seus direitos, pois depositam sua confiança nas leis e nas decisões judiciais.

Neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni (2013, p. 492) assevera que a sociedade espera do Estado um direito coerente, pois as decisões dos juízes, quando fragmentadas, podem ocasionar a insegurança jurídica e ser impedimento ao desenvolvimento do homem na sociedade. E continua:

Coerência do direito e segurança jurídica, assim, são aspectos que se completam. Porém, a coerência do direito e a segurança jurídica não convivem num sistema em que o Estado pode produzir normas jurídicas desiguais para situações iguais.

Decisões conflitantes a respeito de casos semelhantes, na verdade, não só expressam uma ordem jurídica destituída de coerência, mas também, mais especificamente, negação da previsibilidade e da confiança justificada depositada nos atos do Poder Público. É neste contexto que, hoje, a ideia de uniformização da interpretação da lei federal deve ser vista.

Deste modo, o Judiciário deve uniformizar a interpretação da lei federal para que não haja produção de normas jurídicas distintas para casos iguais, cabendo ao STJ esta função. As decisões do STJ, quando pacificadas, constituem precedentes obrigatórios.

A este respeito Marinoni (2013, p. 492) afirma que é inadmissível que os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais apliquem as leis federais de modo diferente da interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça: “Tal possibilidade constituiria agressão à coerência do direito e à segurança jurídica, impossibilitando a previsibilidade e a racionalização do acesso à justiça.”

Neste sentido, o STJ deve ser visto como uma Corte de interpretação e de precedentes obrigatórios, voltada ao desenvolvimento do direito.

Quanto ao julgamento dos recursos repetitivos, o Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 543-C, trazia técnica capaz de permitir a resolução desta questão.

Em sua obra, Luiz Guilherme Marinoni (2013, p. 497-499) demonstra contrariedade à solução dada pelo Código de Processo Civil de 1973 à questão de recursos repetitivos, assim como dar a um tribunal, aleatoriamente, o poder de eleger recursos e sobrestar o andamento dos demais, pois em seu entendimento, o sobrestamento de processos à espera de precedente obstaculiza o exercício do direito de ação, que compreende o direito de recorrer e argumentar para obter a tutela jurisdicional:

A técnica do julgamento por amostragem e do sobrestamento dos recursos repetitivos constitui um paliativo ao grave problema da insubordinação à autoridade dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça – espoliado, pela prática forense, de sua missão constitucional de uniformizar a interpretação da lei federal. Ora, não são apenas os precedentes elaborados em “causas repetitivas” que devem ser respeitados pelos tribunais inferiores. E aqui surge outro sério problema: ao se criar fórmula para impor o respeito às decisões proferidas em “causas repetitivas”, corre-se o risco de se estar abrindo mão da autoridade natural de um tribunal superior em nome da agilização dos processos de massa – como se a razão de se fazer respeitar um precedente estivesse aí. A celeridade na resolução das causas de massa é uma consequência do respeito ao Superior Tribunal de Justiça e à segurança jurídica. (MARINONI, 2013, p. 497-499).

O Código de Processo Civil atual, em seu artigo 1036, manteve a eleição de recursos e o sobrestamento dos demais feitos:

Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

§ 1º O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso. (BRASIL, 2015).

Assim sendo, a segurança jurídica é um ponto muito importante quando se fala na aplicação dos precedentes, pois se ela for ofendida, ou mesmo se houver risco de ser, pode ser

instaurado incidente de demandas repetitivas.

Para proteger o princípio da segurança jurídica, o Código de Processo Civil traz a possibilidade de se ingressar com a Reclamação e prevê expressamente que um dos motivos do cabimento é garantir a observância de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos.

O novo diploma legal traz isso em seus artigos 976, I e II; 985, § 1º; e 988, IV:

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Art. 985. § 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação.

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

IV - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência. (BRASIL, 2015).

Os recentes estudos realizados por juristas e mestres, como Luiz Guilherme Marinoni, Fredie Didier Jr., Gustavo Santana Nogueira, Cruz e Tucci, dentre outros, sobre os precedentes no Novo Código de Processo Civil, asseguram que, pelo menos a princípio, a aplicação dos precedentes funcionará de forma verticalizada, devendo uniformizar os julgados dos Tribunais Superiores e serem seguidos pelos outros órgãos de julgamento e pelos juristas em geral. Tanto que no § 5º do artigo 927 a nova lei estabelece que os Tribunais “darão publicidade a seus precedentes”.

Ademais, ao se fazer com que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça passem pelas “lentes do interesse público”, a conclusão acerca de sua função como Corte de precedentes é inafastável.

Neste sentido, oportuno analisar o instituto dos precedentes nos Tribunais Superiores, seus efeitos e consequências, conforme explanação adiante.

### **2.2.1 Precedentes no Superior Tribunal de Justiça**

Com a valorização dos direitos fundamentais e a consequente afirmação do dever estatal de tutela desses direitos, fez-se claro que o direito fundamental à segurança jurídica, já abordado no primeiro capítulo deste trabalho, também deve ser tutelado pelo Estado.

Neste sentido, o Legislativo e Judiciário possuem o dever de tutelar a segurança jurídica, seja mediante normas, seja através de posturas que assegurem aos cidadãos a legítima expectativa de confiança que depositam nas leis e nas decisões judiciais. Há a necessidade de reguardar a confiança dos cidadãos nas normas e na coerência da ordem jurídica.

As normas infraconstitucionais assim são imprescindíveis à realização dos direitos fundamentais e um direito coerente: “deixe-se claro que, por direito coerente, entende-se também e principalmente direito judicial coerente. É absurdo desejar legislação clara, coerente e não prestar atenção ao local em que a coerência é mais importante.” (MARINONI, 2013, p. 491).

Assim, a coerência do direito e a segurança jurídica se completam e não podem conviver num sistema em que o Estado pode produzir normas jurídicas desiguais para situações iguais. Isso gera insegurança jurídica e impede o desenvolvimento do homem na sociedade.

Decisões conflitantes a respeito de casos semelhantes, na verdade, não só expressam uma ordem jurídica destituída de coerência, mas também, mais especificamente, negação da previsibilidade e da confiança justificada depositada nos atos do Poder Público. É neste contexto que, hoje, a ideia de uniformização da interpretação da lei federal deve ser vista. É preciso deixar de concebê-la como expediente capaz de garantir o respeito dos juízes ao legislador, o qual, embora deite raízes no Estado legislativo do século XIX, perdurou no interior da praxe forense até poucos dias atrás. (MARINONI, 2013, p. 492).

Neste contexto está a importância da uniformização da interpretação da lei federal, pois, não basta apenas um discurso único da lei, mas sim a não produção de normas jurídicas distintas para casos iguais e a consequente violação da segurança jurídica.

Deste modo, incumbe ao Superior Tribunal de Justiça uniformizar a interpretação da lei federal, decidindo de modo a obstar decisões discrepantes sobre uma mesma questão, constituindo precedentes obrigatórios quando pacificadas.

É completamente absurdo imaginar que, tendo o Superior Tribunal de Justiça o dever de uniformizar a interpretação da lei federal, possam os Tribunais de Justiça e Regionais Federais aplicá-la de modo diferente. Tal possibilidade constituiria agressão à coerência do direito e à segurança jurídica, impossibilitando a previsibilidade e a racionalização do acesso à justiça. (MARINONI, 2013, p. 492).

Logo, se o requisito de admissibilidade do julgamento do Superior Tribunal de Justiça é a divergência de interpretação, o único sentido da norma constitucional é o de que após a decisão da Corte afirmando a interpretação cabível, todos os tribunais inferiores estão a ela vinculados. Não há como atribuir outro sentido à norma constitucional. (MARINONI, 2013, p. 493).

Portanto, o Superior Tribunal de Justiça, enquanto Corte Suprema preocupada com o direito federal infraconstitucional, tem como missão definir o sentido mais adequado do texto da lei, de acordo com os fatos e valores sociais, para expressar o significado de um texto legislativo.

Assim o Superior Tribunal de Justiça é uma Corte de interpretação voltada ao desenvolvimento do direito, não lhe cabendo a função de correção das decisões judiciais que violam a lei ou contrariam o seu sentido exato. Também não lhe cabe analisar todo e qualquer recurso que afirme que uma decisão está em desacordo com a lei, pois deve ter meios para selecionar os recursos aptos a lhe permitir a análise cuidadosa dos casos.

Por este motivo, a “corte de interpretação requer filtros recursais de maior calibre, nos moldes da ‘repercussão geral’.” (MARINONI, 2013, p. 494).

Neste sentido, os fundamentos determinantes da decisão é que possuem relevância, não a sua parte dispositiva, pois são neles que se expressam as razões que definem o sentido atribuível à lei diante dos fatos do caso concreto e são eles que podem orientar as pessoas e conduzir o raciocínio dos tribunais inferiores.

Corroborando esta assertiva, tem-se o entendimento de Marinoni (2013, p. 495):

De modo que a eficácia obrigatória dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, enquanto Corte de interpretação, é algo natural e lógico. [...] A intenção é orientar os cidadãos e evitar decisões desiguais para casos iguais. Retenha-se o ponto: a função de uma Corte de interpretação não é garantir a unidade do direito objetivo, mas propiciar a igualdade perante o direito judicial.

Para Marinoni (2013, p. 495), atualmente, levando-se em consideração a Constituição Federal e a sua força normativa, a necessidade de coerência do direito, de estabilidade da ordem jurídica, da previsibilidade, da igualdade e da segurança jurídica, não há como deixar de enxergar as decisões do Superior Tribunal de Justiça como precedentes obrigatórios.

Desta forma, os precedentes das Turmas possuem eficácia vertical obrigatória ou vinculante, porém não possuem a mesma eficácia no sentido horizontal, visto que uma Turma não está obrigada a respeitar precedente firmado pela outra, sejam elas de uma mesma Seção ou de Seções diferentes.

No ano de 2008, alteração no Código de Processo Civil fez surgir técnica capaz de permitir a resolução de questão de direito, discutida em vários recursos, com o fim de evitar a sua multiplicação no Superior Tribunal de Justiça. Trata-se de norma que, em outras palavras, deu origem ao julgamento do que se chamou de “recursos repetitivos”.

O Código de Processo Civil de 2015 manteve o julgamento dos chamados “recursos repetitivos” em seu artigo 1036.

Para Marinoni (2013, p. 497), a técnica do julgamento por amostragem e do sobrestamento dos recursos repetitivos constitui um paliativo ao grave problema da insubordinação à autoridade dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, pois tal fórmula prejudica a autoridade natural de um tribunal superior em nome da agilidade de resolução dos processos de massa:

Ora, não são apenas os precedentes elaborados em “causas repetitivas” que devem ser respeitados pelos tribunais inferiores. E aqui surge outro sério problema: ao se criar fórmula para impor o respeito às decisões proferidas em “causas repetitivas”, corre-se o risco de se estar abrindo mão da autoridade natural de um tribunal superior em nome da agilização dos processos de massa – como se a razão de se fazer respeitar um precedente estivesse aí. A celeridade na resolução das causas de massa é uma consequência do respeito ao Superior Tribunal de Justiça e à segurança jurídica.

Assim, o sobrestamento dos recursos é a suspensão dos processos individuais repetitivos, que ficam à espera da eficácia do precedente fixado no recurso selecionado, constituindo, tal sobrestamento numa paralisação forçada do exercício do direito de ação.

Quando o processo está em normal desenvolvimento pode-se impor um precedente a ele, não sendo necessário seu sobrestamento e, neste caso, o exercício do direito de ação não é obstaculizado, podendo a parte recorrer e argumentar para obter a tutela jurisdicional do direito. Ou seja, quando já existe precedente a parte pode argumentar que o mesmo não se aplica ao seu caso, ou pode demonstrar que o precedente deve ser revogado. Eis a diferença entre o sobrestamento do feito e a utilização de precedente.

A técnica dos recursos repetitivos pode não ser a forma mais adequada, mas ela impõe a obrigatoriedade dos precedentes fixados para as causas idênticas.

Como alguns tribunais de justiça estaduais e federais, apesar da técnica dos recursos repetitivos, mantiveram a divergência diante dos precedentes editados e deixaram de fundamentar as suas decisões, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em decisão unânime, em questão de ordem levantada pelo Ministro Aldir Passarinho Jr., determinou que as decisões dos tribunais de justiça e dos tribunais regionais federais que não adotarem o entendimento definido pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento lastreado na Lei dos Recursos Repetitivos (Lei 11.672/2008), terão de ser fundamentadas. (MARINONI, 2013, p. 501).

O tribunal de origem pode deixar de se retratar apenas quando puder demonstrar que o precedente firmado não se aplica ao caso que deu origem ao acórdão recorrido, ou seja, quando realizar o *distinguishing* do caso.

Com relação à admissão da reclamação para a tutela da autoridade dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, ainda que excepcional, evidencia a força obrigatória dos precedentes e a necessidade de se fazer respeitá-los em nome da coerência do direito e da segurança jurídica.

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento favorável à admissibilidade de reclamação ao Superior Tribunal de Justiça em caso em que o órgão do Juizado Especial Estadual decidiu de forma contrária a entendimento pacificado em seu âmbito, conforme EDcl no RE 571.572. Trata-se de decisão de grande relevância para a demonstração da eficácia obrigatória dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

Marinoni (2013, p. 503), ao analisar tal decisão, expôs os seus principais pontos:

- i) Os precedentes do Superior Tribunal de Justiça devem ser observados pelos tribunais inferiores; ii) a não observância dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça gera insegurança jurídica; iii) o recurso especial, além de ensejar a uniformização da interpretação da lei federal, presta-se a permitir a cassação de decisão discrepante proferida por tribunal inferior; iv) há necessidade de existir mecanismo capaz de permitir a cassação de decisão que diverge da orientação do Superior Tribunal de Justiça; v) a inexistência deste mecanismo faz surgir a oportunidade de utilização da reclamação.

Ou seja, os precedentes do Superior Tribunal de Justiça são de grande importância e devem ser respeitados pelos tribunais inferiores, pois a sua não observância causa insegurança jurídica no sistema jurídico brasileiro.

## 2.2.2 Precedentes no Supremo Tribunal Federal

Diante da evolução do direito e do impacto do constitucionalismo no sistema jurídico brasileiro, admite-se que o Judiciário não tem apenas a tarefa de concretizar as cláusulas gerais e de controlar a legitimidade da lei perante a Constituição, mas também a tarefa de atribuir sentido ao direito e desenvolvê-lo de acordo com as necessidades da evolução da sociedade.

Neste sentido, a função da Corte Suprema é a de definir o sentido do direito, e os precedentes constitucionais sempre devem ter eficácia obrigatória.

No controle objetivo a ideia de atingir a todos é absolutamente natural diante da decisão que declara a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de uma norma. Não foi por outra razão que se elaborou a fórmula da coisa julgada *erga omnes* para emprestar-lhe a devida autoridade.

O controle difuso exige que os precedentes da Corte que dá a última palavra acerca da questão constitucional sejam obrigatórios.

Com relação à eficácia vinculante, Marinoni (2013, p. 459) diz que é instituto que sucede da necessidade de dar força obrigatória aos fundamentos determinantes da decisão, e, assim, da circunstância de as decisões do Supremo Tribunal Federal terem passado a ser vistas como precedentes constitucionais. Ele prossegue dizendo:

Não se atribui eficácia vinculante às decisões tomadas em recurso extraordinário em razão de se supor que, como ocorre na ação direta, se está tratando do controle objetivo das normas, mas da percepção de que os motivos determinantes das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado ou em controle difuso, devem ser observados pelos demais órgãos judiciários, sob pena de a função do Supremo Tribunal Federal restar comprometida. (MARINONI, 2013, p. 459).

Importante anotar que muitas definições do que seriam precedentes vinculantes parecem dotá-los de força normativa incontornável, de caráter absoluto.

Sobre esta questão Oscar Vieira (1994, p. 89-90) dispôs, a título exemplificativo, que a decisão dotada de efeito vinculante na Ação Direta de Constitucionalidade visa, em última instância, tornar a norma declarada constitucional imune às impugnações por parte dos cidadãos pelo Judiciário, que estará impossibilitado de verificar a legitimidade da norma no caso concreto, bem como considerá-la inconstitucional pelo controle difuso, pois ficam obrigados à decisão do STF.



Porém a prática do precedente vinculante no Brasil aponta para uma conclusão diferente da definição de vinculação absoluta, pois os precedentes parecem exercer uma variada gradação de sua força normativa, que independe das circunstâncias relativas à imposição de uma vinculação formal legal ou constitucional. Como exemplo pode-se citar a repercussão geral, que será analisada adiante. (MAGALHÃES; SILVA, 2012, p. 78).

Em se tratando de interpretação da Constituição, a eficácia da decisão deve ir além do caso particular, devendo os seus fundamentos determinantes serem observados por todos os tribunais e juízos nos futuros casos, sendo que a não observância das decisões do Supremo Tribunal Federal debilita a força normativa da Constituição e compromete a estabilidade das decisões desta Corte.

As decisões que se limitam a definir a orientação constitucionalmente adequada têm razão para ter eficácia vinculante exatamente porque a questão da constitucionalidade também é enfrentada incidentalmente, e assim, além de não ser tocada pela coisa julgada material, é elucidada na *ratio decidendi* ou nos motivos determinantes da decisão. (MARINONI, 2013, p. 460).

Importante observar que a eficácia vinculante só tem sentido quando ligada aos motivos determinantes da decisão.

Neste sentido:

A percepção de que as decisões do Supremo Tribunal Federal constituem precedentes constitucionais, que obrigatoriamente devem ser respeitados pelos demais tribunais, tornou imprescindível atribuir eficácia vinculante aos motivos determinantes das suas decisões, não importando se estas são proferidas em controle concentrado ou difuso. Paradoxalmente, ao contrário do que se poderia imaginar numa primeira análise, a eficácia vinculante tem maior importância para o controle difuso do que para o controle concentrado, já que, nesse último, ao menos a parte dispositiva da decisão possui eficácia geral. (MARINONI, 2013, p. 462).

A eficácia vinculante é indispensável a qualquer precedente constitucional. Deixa-se claro que não são apenas os motivos determinantes da decisão tomada em controle difuso que importam para a racionalidade do controle da constitucionalidade. Embora a decisão proferida em sede de controle abstrato produza coisa julgada *erga omnes*, a sua *ratio decidendi* também tem relevância para que o Supremo Tribunal Federal possa dar efetiva tutela à Constituição.

Da eficácia vinculante dos motivos determinantes da decisão proferida no controle abstrato de normas dependem a autoridade do Supremo Tribunal Federal e a adequada tutela

jurisdicional da Constituição. E a partir do momento em que se admite a eficácia vinculante é que a decisão passa a ter qualidade de precedente constitucional.

Marinoni discorre que a atribuição de eficácia vinculante aos motivos determinantes da decisão proferida em controle concentrado facilita a incidência da reclamação, que passa a abranger a não observância dos motivos determinantes ou essenciais da decisão, deixando de se limitar à sua parte dispositiva. (2013, p. 468).

Desta feita, discutiu-se, na Rcl 1.987, se os motivos determinantes da decisão proferida na ADIn 1.662 teriam efeitos vinculantes, sendo que o Supremo Tribunal Federal decidiu que os motivos determinantes ou a *ratio decidendi* da decisão tomada em ação direta de inconstitucionalidade obrigam os demais tribunais.

Partindo-se da premissa de que a eficácia vinculante incide sobre os motivos determinantes da decisão proferida em sede de controle abstrato, deixa de importar apenas a coisa julgada material e passa a ter relevância o delineamento da *ratio decidendi* ou dos motivos determinantes para a segura definição dos limites em que os demais tribunais estão obrigados perante o precedente constitucional, o que significa que tal decisão indisfarçavelmente assume novo significado ou qualidade. (MARINONI, 2013, p. 469).

Magalhães; Silva (2012, p. 92), ao analisarem a ADI 1.232/DF, concluíram que, em sede de reclamação, o Supremo Tribunal Federal, mesmo diante da força normativa vinculante do precedente, acolheu o que os juízes e tribunais inferiores haviam interpretado acerca do mesmo dispositivo constitucional, ao julgar improcedentes as reclamações que consideraram insuficiente a interpretação feita pelo STF, no que concerne ao requisito objetivo para aferir o grau de miserabilidade do requerente do benefício previdenciário, o que demonstra que a força vinculante não impede que os demais órgãos do judiciário reinterpretem o mesmo dispositivo legal declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse caso específico o Supremo está a caminho da revogação do precedente (*overruling*).

Com relação à repercussão geral e a eficácia vinculante, a EC 45/2004 trouxe importante mudança no perfil do recurso extraordinário, fixando que, para a sua admissibilidade, é indispensável a alegação e a demonstração da “repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso” (art. 102, § 3.º, CF).

A repercussão geral tem como função essencial permitir a seleção dos recursos que devem ser conhecidos pelo Supremo Tribunal Federal, permitindo-lhe assim, o desempenho da missão de outorga de unidade ao direito mediante a compreensão da Constituição.

A decisão que enfrenta questão constitucional com repercussão geral tem maior relevância se comparada às decisões que o Supremo Tribunal Federal proferia antigamente, pois a repercussão geral tem maior importância à sociedade e ao Estado, contendo a ideia de precedente constitucional obrigatório ou vinculante.

A repercussão geral deu nova ênfase à importância do Supremo Tribunal Federal para garantir a unidade do direito e às suas decisões dotadas de eficácia vinculante, tidas como precedentes constitucionais.

Como exemplo cita-se recente caso de repercussão geral julgado pelo Supremo Tribunal Federal, na análise do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964246, que decidiu e confirmou por maioria de votos, a possibilidade de prisão após condenação em segunda instância, sob o argumento de que a prisão depois do julgamento na segunda instância é importante para combater a morosidade da Justiça, a sensação de impunidade e impedir que um volume grande de recursos seja utilizado para protelar o início do cumprimento da pena.

Em sua manifestação, o relator do recurso, ministro Teori Zavascki, se pronunciou pelo reconhecimento da repercussão geral da matéria. “É evidente que a questão em debate transcende o interesse subjetivo das partes, possuindo relevância social e jurídica”, afirmou.

O ministro lembrou o julgamento do Habeas Corpus (HC) 126292, também da sua relatoria, em que o Supremo, por maioria, alterou o entendimento até então dominante e retomou a jurisprudência que vigorou na Casa até 2009, no sentido de que a presunção de inocência não impede prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirma sentença penal condenatória. Destacou ainda que a matéria voltou a ser apreciada pelo Plenário no mês de outubro e, na ocasião, ao indeferir medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44, os ministros, por maioria, reconheceram que o artigo 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância.

Segue trecho da notícia veiculada no portal do Supremo Tribunal Federal<sup>1</sup>:

Segundo explicou o ministro: “Realmente, antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação, a presunção de inocência”, afirmou.

---

<sup>1</sup> Informação retirada do portal do Supremo Tribunal Federal, no link “Notícias STF”, de sexta-feira, 11 de novembro de 2016: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=329322>.

Mesmo a sentença condenatória, juízo de culpabilidade que decorre dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso de ação penal, fica sujeita à revisão por tribunal de hierarquia imediatamente superior, se houver recurso, destacou o relator. “É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo de origem. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas”.

Assim, enfatizou o ministro, com o julgamento da segunda instância se exaure a análise da matéria envolvendo os fatos da causa.

Nesse sentido, frisou o ministro Teori, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual.

O ministro citou estudo de direito comparado para mostrar que em nenhum país do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando eventual referendo de Tribunal Supremo. Listou, como exemplos, as legislações de Inglaterra, Estados Unidos da América, Canada, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina.

Com esses argumentos, o ministro Teori Zavascki se manifestou pela existência de repercussão geral na matéria e, no mérito, pelo desprovimento do recurso, com reafirmação da jurisprudência do Supremo, fixando a tese de que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal”.

No que diz respeito à multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada de acordo com o artigo 1036 do Código de Processo Civil.

Ou seja, havendo vários recursos acerca de idêntica controvérsia, o tribunal de origem deverá selecionar um ou alguns, capazes de espelhar a essência da discussão, e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Suprema Corte.

Marinoni (2013, p. 476) aponta que tal previsão não é adequada, já que seria melhor que o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal ficasse na dependência da ordem natural do desenvolvimento dos processos, pois a técnica da seleção de causas pode levar o Supremo Tribunal Federal a ter de considerar apenas os argumentos dos advogados e dos juízes de determinado Estado ou região da federação, de modo que seria muito mais adequado e natural

simplesmente admitir que a decisão proferida em face do primeiro recurso a chegar ao Supremo Tribunal Federal, por constituir precedente vinculante, incide sobre todos os casos ainda não julgados, desautorizando decisão distinta da tomada pela Corte Suprema.

Por fim, nas palavras de Magalhães; Silva (2012, p. 94), os direitos fundamentais desempenham papel determinante no grau de vinculação de um precedente, pois, aqueles que reconheceram, estenderam ou criaram direitos fundamentais possuem força vinculante muito maior do que aqueles precedentes que limitaram ou reduziram o campo de aplicação de direitos fundamentais.

### **2.2.3 Súmula vinculante e os precedentes**

No direito brasileiro as súmulas sempre foram conhecidas e, inicialmente serviram para identificar e precisar o entendimento de um tribunal acerca de questão jurídica. Não eram obrigatórias e por isso nunca tiveram eficácia prática. Não eram obrigatórias nem mesmo aos juízes do tribunal que as produzia.

A súmula decorre da frequência de jurisprudência em determinado assunto.

Sua característica primordial é ser enunciado do tribunal acerca das suas decisões, mas não de uma decisão que se qualifica como precedente. Ela apenas descreve as decisões, enuncia o que já faz parte da linguagem da decisão judicial. (MARINONI, 2013, p. 214-215).

A justificativa para a sua existência reside no fato de que era necessário “desafogar o Judiciário”, sem se preocupar com a coerência da ordem jurídica, a garantia da segurança jurídica, ou impedir que casos semelhantes fossem decididos de modo desigual.

As súmulas são compreendidas como mecanismos utilizados para facilitar a resolução de casos que se repetem, porém não garantem a coerência da ordem jurídica ou a igualdade e a previsibilidade. (MARINONI, 2013, p. 480).

Entretanto, as súmulas são calcadas em precedentes e, portanto, não podem fugir do contexto dos casos que por eles foram solucionados. Assim, para saber se a súmula é aplicável a outro caso, é necessário verificar o contexto fático dos casos que lhe deram origem, assim como as proposições sociais que fundamentaram os precedentes que os solucionaram.

O problema da súmula está no fato de que um enunciado acerca de decisões judiciais não tem as mesmas garantias de um precedente.

O precedente é fruto de uma adequada participação dos litigantes em contraditório, sendo resultado de um processo judicial, não bastando apenas um enunciado acerca de

questão jurídica. Já a súmula carece da mesma legitimidade de um precedente, pois na sua elaboração não estão presentes as partes que deram origem à formação da tese jurídica:

Para que exista precedente não basta apenas um enunciado acerca de questão jurídica, mas é imprescindível que este enunciado tenha sido elaborado em respeito à adequada participação em contraditório dos litigantes e, assim, tenha surgido como um resultado do processo judicial, ou melhor, como um verdadeiro resultado do debate entre as partes. É certo que se poderia dizer que o enunciado da súmula provém das decisões judiciais, fruto da participação em contraditório. Acontece que a súmula, só por isso, é diferente, carecendo de igual legitimidade, ao menos quando se pensa na sua observância obrigatória ou na sua incidência sobre a esfera jurídica de outros jurisdicionados. (MARINONI, 2013, p. 215).

Sem a análise do contexto fático do qual surgiu a súmula, não é possível tê-la como auxiliar do desenvolvimento do direito, pois não haverá critérios capazes de permitir a conclusão de que determinada súmula pode ter o seu alcance estendido ou restrito para permitir a solução de um caso sob julgamento. No procedimento de elaboração da súmula não estão presentes as partes que deram origem à formação da tese jurídica.

Neste sentido, reside a diferença entre súmula e precedente, trazida por MARINONI (2013, p. 481):

Assim, a distinção entre súmula e precedente não está em que a primeira é editada para permitir a resolução de casos futuros, enquanto o segundo apenas diz respeito a casos passados. Nem se diga que os precedentes, apenas eventualmente, influenciam a decisão dos casos futuros. Em verdade, os precedentes – quando obrigatórios – objetivam garantir a unidade da ordem jurídica, assim como a segurança jurídica e a igualdade, e, nesta dimensão, são vocacionados para o futuro. Ademais, as súmulas, quando vistas como enunciado gerais e abstratos destinados a regular casos futuros, fazem esquecer que a sua origem está nos casos concretos, ou melhor, nos precedentes, e que, por isso, devem ser analisadas dentro do contexto em que estes estão situados.

Além de não serem atreladas à coerência da ordem jurídica, à segurança jurídica e à igualdade das decisões, as súmulas foram vistas como normas gerais e abstratas, sem qualquer relação com os fatos relacionados com os precedentes que as inspiraram. Não se levou em consideração que as súmulas só têm sentido quando retratam a realidade do direito jurisprudencial de dado momento histórico, não podendo deixar de lado os precedentes que as fizeram nascer, bem como os fundamentos e os valores de certo ambiente político e social. (MARINONI, 2013, p. 482).

Marinoni pondera que no direito brasileiro, como as súmulas não foram visualizadas no amplo contexto dos precedentes, os tribunais não tiveram a oportunidade de confrontá-las com os casos que lhes eram submetidos. Assim, é difícil constatar se os precedentes que elegeram a súmula estão superados. “Se a súmula é compreendida como enunciado geral e abstrato, a sua leitura pode aproximá-la ou afastá-la, sem qualquer critério racionalmente adequado, do caso sob julgamento.” (2013, p. 482).

As súmulas não foram compreendidas como o retrato do direito jurisprudencial de um momento histórico nem como normas suscetíveis de transformação. Diante delas ignoraram-se não só o passado dos tribunais como também a potencialidade da sua aplicação, mediante o emprego do devido raciocínio judicial, aos casos judiciais emergentes. Como consequência, os tribunais quase não lhes deram importância, sendo que muitas súmulas simplesmente se tornaram obsoletas em virtude de o seu texto, visto sem qualquer ligação com os casos concretos, ter deixado de corresponder ao que, em abstrato, passou-se a entender como “certo”. (MARINONI, 2013, p. 482-483).

Assim as súmulas se transformaram em um guia de interpretação, sem qualquer correspondência com os casos de onde vieram e sem qualquer compromisso com o desenvolvimento do direito e realização da justiça nos casos concretos.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado de outro modo em relação às suas súmulas, utilizando, com frequência, técnicas como a do *distinguishing*.

Neste sentido, Marinoni (2013, p. 483), lembra da aplicação da Súmula 691 no Supremo Tribunal Federal, que tem suscitado importantes discussões na Corte. A súmula diz “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar.” No HC 85.185-1, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, decidiu-se que a Súmula 691 não se opõe ao conhecimento de *habeas corpus* quando há flagrante constrangimento ilegal.

No julgamento, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o direito fundamental à tutela jurisdicional justifica o conhecimento do *habeas corpus* e, portanto, a não aplicação da Súmula, fez-se, neste caso, um *distinguishing*, corrigindo-se, ainda que implicitamente, a sua *ratio decidendi*, ou o seu conteúdo, ampliando-o.

Segue transcrita parte do voto do Ministro Gilmar Mendes:

Neste caso, não há nenhuma dúvida de que se trata – para usar uma expressão do Ministro Sepúlveda Pertence – de uma chapada violação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. É um caso de manifesta

ilegalidade, quer dizer, não há nenhuma dúvida de que tanto o Tribunal, ao negar a liminar, quanto o Superior Tribunal de Justiça, ao negar a liminar, arrostou a claríssima jurisprudência do Supremo Tribunal Federal construída, inclusive, no voto de Vossa Excelência. Por isso que, neste caso, não me parece que haja nenhuma dúvida. Eu não gostaria, sei das lições claras, da doutrina do Supremo Tribunal Federal e das lições magníficas do eminente Victor Nunes Leal, que estão positivadas aqui no nosso Regimento Interno, quanto ao modelo sumular, especialmente quanto à possibilidade de que não se faz a interpretação da súmula ou de que, talvez – para usar a expressão americana –, não se devesse fazer um *distinguishing*, mas sabemos que, a partir da ideia mesmo do *stare decisis*, há duas formas de arrostar o entendimento, num problema como este: ou vamos para a posição radical que os americanos chamam de *overruling*, ou fazemos o *distinguishing*. (STF, Pleno, HC 85.185-1, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 01.09.2006).

Com relação à súmula vinculante, criada pela Emenda Constitucional 45/2004, pode-se dizer que ela também é um enunciado externo à decisão judicial, não havendo distinção, em essência, entre súmula e súmula vinculante.

Como as súmulas vinham sendo tratadas como enunciados gerais e abstratos, descompromissados com os casos e precedentes que lhes deram origem, além da dificuldade em sua aplicação adequada num sistema preocupado em tutelar a coerência da aplicação do direito e a segurança jurídica, surgiu a súmula vinculante.

Ora, um enunciado que não objetiva garantir a unidade do direito não tem razão para ser vinculante ou obrigatório. Portanto, a súmula passa a ter eficácia vinculante quando aflora a consciência de seu significado, ou seja, da sua função de espelho e síntese da realidade jurisprudencial e da sua imprescindibilidade para a garantia de tratamento igual a casos semelhantes. (MARINONI, 2013, p. 487).

A diferença entre as súmulas tradicionais e as súmulas vinculantes está no fato de apenas a súmula vinculante se dirigir contra a Administração Pública e abrir oportunidade à reclamação contra atos administrativos e decisões judiciais.

O §1.º do artigo 103-A, da Constituição Federal diz que “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.”

A súmula vinculante tem por objetivo superar controvérsia atual que possa gerar insegurança jurídica e multiplicação de processos idênticos.



O art. 103-A, §3.º, da CF afirma que, “do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

Assim, a súmula vinculante só poderá ser editada quando houver controvérsia atual, que se entende por discussão contemporânea acerca da *ratio decidendi* dos precedentes que dizem respeito a uma mesma questão constitucional. “Controvérsia, portanto, não é sinônimo de objeto sobre o qual se discute judicialmente, mas pertine à dúvida sobre a *ratio decidendi* dos precedentes respeitantes a tal objeto.” (MARINONI, 2013, p. 488-489).

Quando os precedentes possuem *ratio decidendi* claramente decifrável não há motivo para temer pela falta de segurança jurídica:

Quando os julgados não geram *ratio decidendi* clara ou objetivamente decifrável, é evidente que podem dar margem a grave insegurança jurídica, especialmente quando a questão constitucional puder dar origem a múltiplos processos. (MARINONI, 2013, p. 489).

Convém anotar que a súmula vinculante também pode ser revisada ou cancelada, pois a sociedade e o direito estão sempre em constante transformação, devendo as mesmas se adequar às necessidades existentes.

Neste sentido, MAGALHÃES; SILVA (2012, p. 92), dizem que:

As súmulas vinculantes são formuladas com base em uma linha de precedentes do STF, mas em função da formulação canônica de seus enunciados, redigidos de forma semelhante a regras positivadas, muitos autores e tribunais tendem a igualar a força vinculante da súmula vinculante com a lei. Entretanto, da análise do caso das súmulas vinculantes de nº. 9 e 12, pode-se concluir que o STF considerou, ainda na sessão administrativa, hipóteses que permitiriam várias situações de afastamento das súmulas diante de possíveis experiências recalcitrantes, demonstrando que a importância da formulação canônica não superou ou impossibilitou a utilização dos fundamentos ou justificativas ventiladas nas sessões administrativas que definiram a redação das súmulas, ou mesmo das justificativas que possam ser importantes para a interpretação da súmula.

É importante observar que não há razão para instituir súmula quando a *ratio decidendi* dos precedentes determina questão jurídica clara, não existindo sobre ela qualquer controvérsia atual.

Marinoni (2013, p. 490) aponta que a clareza da *ratio decidendi* é, por si só, apta a tutelar a segurança jurídica e a inibir a multiplicação de processos com questões idênticas, não sendo necessário o procedimento para a edição da súmula vinculante.

De qualquer modo, o fato é que o Código de Processo Civil de 2015 reconhece a natureza das súmulas vinculantes como precedentes, conforme está disposto no inciso II do artigo 927. Assim, as súmulas vinculantes também devem ser fundamentadas, sendo imperiosa a observância das suas razões de decidir e não apenas das suas ementas.

### **2.3 A *ratio decidendi* no direito brasileiro**

Como já abordado no capítulo anterior, a aplicação de um precedente depende da aproximação dos fatos do precedente com os fatos do caso sob julgamento. Para alguns doutrinadores a *ratio decidendi* é identificada a partir dos fatos do caso e não das razões utilizadas para justificar a decisão.

É preciso sublinhar que a *ratio decidendi* não tem correspondente no processo brasileiro, pois não se confunde com a fundamentação e com o dispositivo. No *common law* a *ratio decidendi* é extraída dos elementos da decisão, ou seja, da fundamentação, do dispositivo e do relatório.

Importante apontar que o método proposto por Goodhart para identificação da *ratio decidendi*, já exposto anteriormente, exige a determinação dos fatos do caso como vistos pelo juiz e, após a identificação de quais desses fatos o juiz admitiu como materiais ou fundamentais para decidir.

Rupert Cross (1991, p. 77) define a *ratio decidendi* na *common law* como: “a *ratio decidendi* de um caso é qualquer regra de direito expressa ou implicitamente tratada pelo juiz como passo necessário para alcançar a sua conclusão, tendo em vista a linha de raciocínio por ele adotada, ou uma parte de sua instrução para o júri”.

Na fundamentação da decisão estão presentes os seus motivos determinantes, sendo que, mediante a análise da fundamentação é possível isolar os motivos determinantes ou a *ratio decidendi*.

No direito brasileiro, que adota o *civil law*, nunca se deu maior importância aos fatos do caso, pois a tradição do *civil law* apostava que os casos sempre seriam solucionados com a lei. Restaria ao juiz, então, enquadrar os fatos na norma e decidir.

As características dos julgamentos no Brasil revelam certa dificuldade na busca da *ratio decidendi*, situação que é dificultada pela forma como ocorrem as deliberações no Brasil, pois há votos individuais dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que chegam a diferentes resultados a partir de diversos fundamentos.

Para Marinoni (2013, p. 253), resta claro que a suposição de que os fatos sempre estariam enquadrados na lei tem relação com a ideia de subordinar o Judiciário ao Legislativo e evitar que o juiz declarasse qualquer outra coisa que não a letra da lei, tradição do *civil law*. Porém, no atual direito dos Estados Unidos há grande número de leis e os precedentes passaram a interpretar normas e princípios.

Neste sentido, Dworkin (1999, p. 273), falando sobre a doutrina dos Estados Unidos, argumenta que a dignidade da decisão judicial não está na criação do direito pelo juiz, mas na possibilidade de este decidir a partir de princípios e fundamentos.

Sobre os precedentes no direito comparado, Marinoni aponta importante ensinamento de MacCormick, Bankowski, Morawski e Ruiz Miguel, que trata da repercussão das decisões da Corte Europeia de Justiça perante as Cortes dos Estados-membros, onde eles advertem que nas decisões que enfrentam questões constitucionais e aplicam cláusulas gerais, a prestação judicial constrói princípios e lhes confere efeitos concretos, tornando-se artificial, ou até mesmo fictício, tentar desenhar uma linha demarcatória entre os precedentes interpretativos e os de criação do direito. (MARINONI, 2013, p. 253-254).

Em virtude do constitucionalismo, que aproximou os sistemas do *civil law* e *common law*, conforme será abordado no próximo capítulo, há visível proximidade entre os precedentes nomeados como de criação com os interpretativos. Essa aproximação evidencia a importância dos precedentes no sistema judicial brasileiro.

É interessante perceber que a nova dimensão de poder atribuída ao juiz de *civil law*, em razão do constitucionalismo e da técnica legislativa das cláusulas gerais, tem repercussão sobre a dignidade dos fatos em nosso sistema. [...] A superação da ideia de que o juiz está subordinado à letra da lei permitiu a percepção da relevância dos fatos para a identificação da norma que lhes deve dar regulação, bem como da necessária interação entre os fatos e as normas jurídicas, fazendo frutificar uma nova hermenêutica, em tudo preocupada com tais circunstâncias. (MARINONI, 2013, p. 254).

Deste modo, embora os fatos tenham assumido papel relevante no *civil law* atual, o magistrado brasileiro não está na mesma posição do magistrado do *common law*, não tendo a

mesma dificuldade em identificar os fatos, pois os mesmos são previamente selecionados e determinados ao se aplicar ao caso as regras jurídicas.

Assim, apesar do precedente, no direito brasileiro, ter natureza interpretativa isso não lhe retira a importância operacional e nem a sua relevância em face da igualdade, da segurança jurídica, da previsibilidade e da otimização da administração da justiça. (MARINONI, 2013, p. 255).

Conforme narra Mitidiero (2012, p. 61):

A decisão judicial abre espaço, de outro lado, para promoção da unidade do direito a partir do trabalho desenvolvido pelos juízes e tribunais. Para que a unidade do direito seja promovida e para que o sistema jurídico se mantenha e desenvolva-se com observância da segurança jurídica, da igualdade e da coerência, é essencial que a doutrina organize um discurso jurídico a partir da decisão judicial capaz de assegurar correta identificação e aplicação dos precedentes judiciais. A decisão judicial dá lugar à construção de uma linguagem específica visando à obtenção da unidade do direito. O seu endereço é institucional e direcionado à sociedade em geral. Tem vocação necessariamente *erga omnes*. A decisão judicial é compreendida aí como um fato institucional – ou, como prefere a doutrina, como um ‘ato-fato’.

Assim, a partir do momento que os precedentes, através de suas razões de decidir, assumem a função de dar unidade ao direito, os jurisdicionados poderão agir conforme os posicionamentos adotados, pois haverá maior previsibilidade de como serão julgados os casos futuros.

Importante anotar o posicionamento do Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 926, ao impor aos Tribunais a uniformização da jurisprudência, bem como o artigo 927, inciso I, que dispõe que “Os juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade.”

Neste sentido, os precedentes que se formam nas decisões em recursos especial e extraordinário e no controle concentrado de constitucionalidade no sistema do *civil law*, possui particularidades, pois limitam-se a interpretar questões relativas à lei federal e à Constituição.

A natureza de ‘precedente interpretativo’ das decisões tomadas nestes recursos ficou ainda mais evidente com a introdução do instituto da repercussão geral e do mecanismo do recurso repetitivo. [...] assim como a recepção da ideia de *ratio decidendi*, do *common law*. (MARINONI, 2013, p. 255).

Nestas decisões só há sentido falar em *ratio decidendi* ou em precedente obrigatório quando se almeja alcançar casos similares e não os casos já julgados, pois estes já estão protegidos pela coisa julgada material. O valor do precedente, independente do seu tipo, está nas razões apresentadas para justificar a decisão, e não em sua parte dispositiva.

No direito brasileiro, o que se espera de um precedente é a estabilização da compreensão de questão jurídica e a garantia da segurança jurídica, da previsibilidade e da igualdade, não podendo constituir privilégio das soluções definitivas dadas a cada um dos casos, diferentemente da *ratio decidendi* do *common law*, que é vista como passo imprescindível para a específica solução de um caso.

Quanto à possibilidade de revogação de um precedente, o Supremo Tribunal Federal pode, diante da alteração da realidade social, da transformação da compreensão do direito, entender que os fundamentos das suas decisões perderam consistência e que os seus precedentes podem ser revogados, mediante demonstração de que as razões que levaram à elaboração do precedente não são mais sustentáveis em virtude de novos motivos:

Não há dúvida de que o Supremo Tribunal Federal pode revogar os seus precedentes. Pode revogar, note-se bem, as *rationes decidendi* das suas decisões. Para tanto, contudo, tem de se desincumbir de pesado ônus argumentativo, demonstrando que as razões que levaram à elaboração do precedente que se quer revogar não são mais sustentáveis em virtude de motivos novos, que devem ser mostrados presentes. Tais motivos novos, é evidente, estão muito longe de novos entendimentos pessoais acerca da questão já debatida. (MARINONI, 2013, p. 277).

Desta feita, para a efetivação do princípio de que casos semelhantes devem ser decididos da mesma maneira, máxima da teoria dos precedentes, faz-se necessário atribuir eficácia vinculante aos motivos determinantes da decisão, ou seja, a sua *ratio decidendi*.

Assim, a eficácia vinculante, além de enfatizar a obrigatoriedade do respeito aos precedentes, garante aos jurisdicionados a coerência da ordem jurídica, a previsibilidade e a igualdade.

Portanto, no Código de Processo Civil de 2015, a *ratio decidendi* toma relevância especialmente pelo fato de se impor a devida fundamentação em qualquer decisão prolatada pelos juízes, conforme texto do artigo 489, que será abordado com maior ênfase no próximo capítulo.

## CAPÍTULO III – A SEGURANÇA JURÍDICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

### 3.1 Aproximação dos sistemas *civil law* e *common law* e o respeito aos precedentes no direito brasileiro

Na análise e solução de casos concretos, uma relevante diferenciação entre os dois sistemas é o fato de que, na *civil law* parte-se do geral para o particular, ou seja, a premissa maior é a lei, a premissa menor é o caso concreto e a conclusão é a solução almejada. A este fator dá-se o nome de método dedutivo. Já na *common law*, parte-se do particular para o geral, ou seja, há a interpretação de um caso concreto e a extração da regra jurídica a ser aplicada, sendo que a decisão será voltada para julgados de casos semelhantes ou análogos – método indutivo.

No Brasil, com sua tradição romano-germânica, sempre vigorou o sistema do *civil law*, já que a lei sempre foi a fonte primária do direito, com fundamento no positivismo jurídico, conforme expressamente disposto no artigo 5.º, inciso II, da Constituição Federal “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. A partir de tais influências construiu-se um sistema todo escrito.

Ocorre que nos países que empregam o *common law* (Inglaterra e Estados Unidos) foi desenvolvida a doutrina dos precedentes judiciais, que, em regra, possuem força vinculante (*binding authority*). É o *judge-made law*, que se funda no princípio do *stare decisis*. Ou seja, no *stare decisis* há a atribuição de força vinculante das decisões proferidas pelos tribunais superiores aos tribunais inferiores quando se tratar de casos análogos, como já abordados.

No sistema *civil law*, o precedente judicial, em geral, tem cunho persuasivo, de valor moral (*persuasive authority*). Neste sistema a jurisprudência possui apenas a função de orientar e direcionar a interpretação da lei pelos magistrados, sem, contudo, ser obrigatória.

O *common law* costuma ser visto, em boa parte dos países de *civil law*, como um sistema jurídico diferente, complexo e, sobretudo, completamente desinteressante para os juristas, especialmente para os processualistas. Há, inclusive, no Brasil, certo preconceito em relação a esse sistema, numa tentativa frustrada de colocar a lei e o positivismo jurídico acima de qualquer precedente jurídico ou instituto semelhante, tentando-se negar a importância dos institutos de *common law*.

Com o passar do tempo, a tradição do *civil law*, com raízes na Revolução Francesa, passou por transformações. O juiz, que antes era proibido de interpretar a lei, passou a interpretá-la.

Com o advento da Constituição de 1988, a lei perdeu o seu posto de supremacia, passando a ser subordinada a ela:

A lei passa a encontrar limite e contorno nos princípios constitucionais, o que significa que deixa de ter apenas legitimação formal, restando substancialmente amarrada aos direitos positivados na Constituição. A lei não vale mais por si, porém depende da sua adequação aos direitos fundamentais. (MARINONI, 2013, p. 65).

Assim, a aproximação dos dois sistemas no Brasil ocorreu devido à constitucionalização do Direito. A partir de então a teoria dos precedentes ganhou importância para a garantia da segurança jurídica, da previsibilidade e da isonomia.

Nota-se, portanto, que a jurisdição do *civil law* teve a sua natureza transformada, tendo o pós-positivismo (ou neoconstitucionalismo) inegavelmente aproximado o sistema do *civil law* ao do *common law*.

De acordo com Rodolfo de Camargo Mancuso (1999, p. 165-166), os sistemas jurídicos que iniciaram em diferentes pontos na história do direito, agora caminham na mesma direção, com objetivos compartilhados.

O doutrinador italiano Michele Taruffo (2003, p. 153-154 e 554) chama a atenção para o que ele chama de “consequências jurídicas da globalização”, que se trata de um fator da evolução dos modelos jurídicos e abrange diversas áreas do direito, em especial o processo civil, assumindo crescente relevância para os juristas em todo o mundo, que não guardam vínculo com a tradição nacional e contribuem para a desconstituição dos modelos tradicionais gerais.

Para Marinoni (2013, p. 98), com o passar do tempo a tradição do *civil law*, que era fundada nas razões da Revolução Francesa, perdeu suas características, pois, o juiz, que antes era proibido de interpretar a lei passou a interpretá-la, caindo em desuso as comissões legislativas, instituídas para resolver as dúvidas de interpretação, e a primeira feição da Cassação, órgão de natureza não jurisdicional para cassar as interpretações judiciais incorretas. Marinoni prossegue dizendo que “A evolução do *civil law* é a história da superação de uma ideia instituída para viabilizar a realização de um desejo revolucionário, e que, portanto, nasceu com a marca da utopia.”

Não há dúvida que o papel do atual juiz do *civil law* e especialmente do juiz brasileiro, a quem é deferido o dever-poder de controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto, muito se aproxima da função exercida pelo juiz do *common law*, especialmente a realizada pelo juiz americano. Acontece que, apesar da aproximação dos papéis dos magistrados de ambos os sistemas, apenas o *common law* devota respeito aos precedentes. (MARINONI, 2013, p. 98).

A ausência de respeito aos precedentes, própria do *civil law*, está fundada na falsa ideia de que a lei seria suficiente para garantir a certeza e a segurança jurídicas almeçadas em uma decisão. Porém, a segurança jurídica do *civil law* está a exigir o sistema de precedentes do *common law*, em que a possibilidade de decisões diferentes para casos iguais nunca foi desconsiderada, uma vez que, de acordo com o *stare decisis*, casos similares devem ser tratados do mesmo modo. (MARINONI, 2013, p. 99).

O fato é que os países de origem *civil law* estão empregando aos poucos e de diversas maneiras o sistema dos precedentes judiciais em suas jurisdições. Assim, com essa aproximação, o precedente tornou-se uma realidade inerente a qualquer sistema jurídico, seja do *civil law* ou do *common law*, variando, somente, o grau de eficácia que possui.

Com a aproximação do sistema *civil law* ao sistema *common law* houve a valorização da jurisprudência como fonte do direito. Assim, o judiciário brasileiro passou a usar, ainda que de maneira tímida, a figura de precedentes, que são decisões judiciais tomadas à luz de um caso concreto, cuja essência pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos.

A lei e sua visão codificada perdeu sua posição central como fonte do direito e passou a ser subordinada à Constituição, não valendo, por si só, mas somente se conformada com a Constituição e, especialmente, se adequada aos direitos fundamentais e aos direitos humanos.

A função dos juízes também passou por transformações, deixando de apenas declarar a vontade concreta da lei, para atuar ativamente ante as interpretações normativas e as situações omissas da lei.

Deve-se deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto, exercendo a verdadeira arte do direito, consolidando sua verdadeira finalidade.

Assim, constrói-se, por meio de uma atividade criativa, a decisão de acordo com o convencimento do magistrado, procurando no legislativo, fundamentos para ela. Em outras palavras, inicialmente o magistrado decide o caso e, em seguida, busca no sistema amparo



para motivar sua decisão. A adoção do sistema de precedentes auxilia na construção do ordenamento jurídico.

Oportuno ressaltar que o sistema brasileiro já adota o precedente vinculante desde 1993, quando fora inserido o § 2.º ao artigo 102 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional n.º 3, de 1993 (posteriormente alterado pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004).

A Lei n.º 13.105/15 – novo Código de Processo Civil – traz institutos que valorizam os precedentes no nosso sistema jurídico brasileiro. Por conta desses instrumentos há expectativa de que se consiga alcançar o primado constitucional do acesso à justiça.

### **3.2 Os precedentes no Código de Processo Civil de 2015**

Como dito anteriormente, o judiciário brasileiro usa, ainda que de maneira tímida, a figura dos precedentes. Durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, predominaram no Direito Brasileiro os precedentes com eficácia persuasiva. Eles eram invocados na argumentação das partes, com o intuito de convencerem os magistrados e a fundamentar as decisões judiciais. Porém, não tinham de ser obrigatoriamente seguidos em juízo, exceto as decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade e as súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Na atual conjuntura brasileira há o problema da desigualdade nas decisões judiciais, visto que uma mesma questão jurídica pode ser julgada de várias maneiras diferentes.

Continuar com este sistema marcado por tratamentos diferenciados em situações iguais vai contra os princípios e garantias constitucionais da segurança jurídica, da igualdade, da legalidade.

Neste sentido, importante se faz o respeito aos precedentes no Brasil, com o intuito de garantir a segurança jurídica nas decisões judiciais.

Contudo, antes de se fazer qualquer abordagem sobre os precedentes e a segurança jurídica, é importante discorrer sobre a expressão “precedente judicial”. Até há pouco tempo falava-se em precedente referindo-se a um pronunciamento judicial proferido no passado e identificado, em um momento posterior, como sendo um subsídio relevante ou decisivo para a resolução de novos casos em que se discutisse questão análoga. Assim, a decisão era desde logo qualificada como um precedente quando invocada, interpretada e utilizada como subsídio ou baliza para uma nova decisão. (TALAMINI, 2016).

Recentemente, por uma figura de linguagem, passou-se a usar o termo “precedente” para indicar, de modo mais amplo, pronunciamentos judiciais que, quando são emitidos, nascem com a declarada finalidade de servir de parâmetro, de vincular, em maior ou menor grau, decisões judiciais posteriores que versem sobre uma mesma questão jurídica. Este fato já existia no ordenamento brasileiro desde o ano de 1960, com os pronunciamentos do STF em controle direto de constitucionalidade. Apenas não era chamado de precedente.

Nos últimos anos, multiplicaram-se os mecanismos com tal finalidade. Ampliaram-se os instrumentos de controle direto de inconstitucionalidade e surgiram outros – alguns dos quais alheios à jurisdição constitucional. A essa tendência ampliativa correspondeu o alargamento do significado do termo “precedente”. As decisões resultantes desses vários mecanismos, com frequência, passaram a ser chamadas de “precedentes vinculantes” ou “obrigatórios”. (TALAMINI, 2016).

Com a aproximação entre os sistemas da *civil law* e da *common law* é cada vez maior a relevância que a jurisprudência assume na *civil law*, e são cada vez mais frequentes as normas jurídicas, na *common law*, que advêm de textos legais positivados.

Porém, ambos os sistemas permanecem muito distintos. O papel que os precedentes exercem na *common law* não deriva de uma simples atribuição de eficácia a eles. Trata-se de tradição antiga, advinda de costumes, decisões judiciais, manifestações doutrinárias.

Na *civil law*, tradição utilizada pelo Brasil, o primado é da lei positivada. Contudo, isso não significa que as decisões judiciais limitam-se a declarar ou descobrir o sentido da lei, pois o seu texto escrito pouco representa, visto que o seu significado não é simplesmente extraído, mas construído, definido, não apenas a partir da letra da lei, mas também dos valores sociais, políticos, econômicos e culturais predominantes na sociedade:

Esse fenômeno, sempre presente no direito da *civil law*, intensificou-se a partir da Segunda Guerra Mundial – até mesmo como uma reação ao fato de que um ordenamento positivado tenha se prestado a legitimar atrocidades como as praticadas pelo regime nazista. Estabeleceram-se sistemas de Constituições rígidas e se multiplicaram as normas com caráter principiológico e (ou) que empregam conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, de modo que, cada vez mais, a definição do sentido e alcance do comando normativo depende da consideração particularizada dos valores reinantes na sociedade. Nesse contexto, as decisões jurisdicionais assumem especial importância – seja para definir soluções para o caso concreto, seja para produzir diretrizes jurisprudenciais que contribuem para a própria conformação do ordenamento jurídico como um todo. (TALAMINI, 2016).

Tereza Arruda Alvim Wambier (1997, p. 150), defende a aplicação dos precedentes no Brasil, devido à sua importância para a garantia da segurança jurídica: “Trata-se de uma conquista dos povos civilizados, que gera segurança, previsibilidade e se constitui numa defesa do sistema contra a arbitrariedade”.

Diante desse momento que o país atravessa, a busca pela uniformização da jurisprudência se torna uma realidade incontestável e o Código de Processo Civil de 2015 veio para firmar este entendimento, na tentativa de uniformizar e estabilizar as decisões judiciais.

Assim, o Código de Processo Civil não inaugura um novo modelo de fontes do direito. Ele é o reflexo de paradigmas que foram gradativamente se alterando nos últimos cinquenta ou sessenta anos. (TALAMINI, 2016).

Neste sentido, a segurança jurídica e a celeridade nos julgamentos dos processos estão entre os objetivos a serem alcançados pelo novo diploma legal. O texto busca dar uniformidade às decisões de processos semelhantes e cria instrumentos que facilitam a resolução de demandas repetitivas, conforme será explanado adiante, os quais permitem o reconhecimento dos precedentes judiciais.

Convém anotar que, apesar de terem sido retirados do texto da nova lei os artigos que tratavam especificamente sobre o uso dos precedentes, o instituto se acha presente de forma esparsa no novo Código, e será aplicado em nosso sistema.

O artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015 traz um rol de decisões e institutos a serem observados pelos juízes e tribunais:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

- I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- II – os enunciados de súmula vinculante;
- III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. (BRASIL, 2015).

Porém, ainda não há uma teoria consolidada sobre o uso dos precedentes, o que deve acontecer com o tempo e sua utilização, principalmente para a uniformização das decisões.

Enquanto a cultura do precedente foi sendo inserida contínua e progressivamente no direito americano, o direito brasileiro possui bases romano-germânicas e é extremamente legalista, sendo necessária previsão legal sobre os precedentes.

Na elaboração do Código de Processo Civil de 2015 o legislador instituiu um sistema de precedentes inspirado no *stare decisis* dos Estados Unidos, respeitando as características próprias do sistema brasileiro.

Assim, é importante compreender o conceito de precedente judicial e as formas de reconhecimento dos precedentes previstas no direito brasileiro, bem como atentar para a necessidade de aperfeiçoamento dos institutos existentes e vinculação aos precedentes dos Tribunais Superiores, visando à necessidade de decisões judiciais mais uniformes e estáveis.

Tal uniformização trará maior segurança jurídica e previsibilidade nas decisões, fazendo com que um dos grandes problemas do judiciário nacional seja sanado, qual seja, o excesso de demandas.

A preocupação do legislador é a de desafogar os tribunais, e a uniformização de entendimentos tem sido visada, mas somente na medida em que contribua para o descongestionamento da carga de trabalho dos tribunais.

Porém, a preocupação primordial deve ser a isonomia e a segurança jurídica, as quais só serão atingidas a partir da efetiva uniformização da jurisprudência e a efetivação dos precedentes.

O Brasil, que sempre sofreu influência do direito romano, nunca ignorou a importância dos precedentes, os quais sempre estiveram em voga entre os juristas.

As influências dos sistemas *civil law* e *common law* no direito brasileiro demonstram que há a necessidade de reflexão sobre o tema e desconstrução de paradigmas.

Por isso, o aperfeiçoamento dos institutos já existentes e a vinculação aos precedentes judiciais é uma urgência do Poder Judiciário, com o intuito de minimizar a crise no sistema jurídico brasileiro.

Portanto, a partir do Código de Processo Civil de 2015, surge o desafio para o sistema jurídico brasileiro de desenvolver os novos institutos necessários a operar um sistema de precedentes judiciais que garanta a efetividade do princípio da segurança jurídica no cenário nacional.

A inserção do precedente no ordenamento jurídico brasileiro faz parte de todo um contexto social que busca uma justiça mais igualitária, segura, célere e eficaz, ante a crescente multiplicação das demandas repetitivas.

Neste sentido, faz-se necessária a abordagem de alguns institutos necessários à operacionalização do sistema de precedentes e a diminuição das demandas repetitivas, conforme se verá mais adiante.

### 3.2.1 Precedentes vinculantes

O artigo 102, §2.º, da Constituição Federal dispõe sobre o efeito vinculante das decisões de mérito do Supremo Tribunal Federal em controle direto de constitucionalidade. De acordo com o artigo essas decisões vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta das esferas federal, estadual e municipal.

O chamado efeito vinculante foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro com o artigo 9.º da Emenda Constitucional n.º 7 de 1977. Posteriormente, foi tratado pelo artigo 187 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e abolido pela Constituição Federal de 1988, retornando ao ordenamento por meio da Emenda Constitucional n.º 3 de 1993. Atualmente, apresenta redação dada pela Emenda Constitucional n.º 45/2004.

Segundo Roger Stiefelmann Leal (2006, p. 179-181), o efeito vinculante foi instituído e expandido no direito brasileiro com o intuito de diminuir o volume processual em trâmite. Porém, o efeito vinculante não apresentou um efeito minimizador relevante após 2004, havendo aumento do número de reclamações.

O objetivo do efeito vinculante é eliminar divergências hermenêuticas, em nome dos princípios da segurança jurídica, da igualdade e da unidade da Constituição. (LEAL, 2006, p. 114). A vinculação implicou num fortalecimento dos efeitos de algumas decisões judiciais, com impacto direto sobre a ascensão institucional do Poder Judiciário em diversas dimensões.

O efeito vinculante pode ser entendido no sentido de precedente judicial obrigatório, se aproximando da doutrina do *stare decisis*, pois, o efeito vinculante é o que faz de uma decisão um precedente vinculante.

Eduardo Talamini (2011, p. 144-147), elaborou uma classificação do efeito vinculante: vinculação fraca, média ou forte. A vinculação fraca corresponde à mera persuasão, em que uma decisão é utilizada como argumento de autoridade ou de convencimento. Trata-se da eficácia tradicional da jurisprudência na *civil law*.

A vinculação média se refere aos casos em que, em face da existência de precedentes ou de uma orientação jurisprudencial consolidada, a lei autoriza os órgãos judiciais ou da

Administração Pública a adotar providências de simplificação do procedimento e consequente abreviação da duração do processo. (TALAMINI, 2011, p. 92).

Por fim, Eduardo Talamini (2011, p. 147), dispõe que a vinculação forte é o efeito vinculante propriamente dito, ensejando o cabimento de reclamação para preservação da autoridade do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, caso haja afronta à autoridade do tribunal emissor daquela decisão.

Didier Jr, Oliveira e Braga (2009, p. 443-444), diferenciam o efeito vinculante do precedente e o efeito vinculante da coisa julgada *erga omnes*, pois, enquanto o efeito vinculante dos precedentes advém de sua *ratio decidendi* e está presente na fundamentação, o efeito vinculante da coisa julgada incide sobre o dispositivo da decisão, que contém a norma individualizada do caso:

A percepção de que o magistrado, ao apreciar uma demanda, (re) constrói duas normas jurídicas é fundamental para que se possa entender, em primeiro lugar, a diferença entre o efeito vinculante do precedente – na verdade, da *ratio decidendi* contida num precedente – sobre o qual se falará mais adiante, e o efeito vinculante da coisa julgada *erga omnes*, presente em determinadas situações.

[...]

A sentença contém dois atos jurídicos distintos: a fundamentação, na qual se expõe a *ratio decidendi*, e o dispositivo, no qual se determina a norma individualizada. A falta de fundamentação torna difícil ou impossível identificar a *ratio decidendi* e, por isso, permite a invalidação do dispositivo, outro ato jurídico, cuja validade depende da existência do primeiro.

Eduardo Talamini (2011, p. 143), dispõe que o efeito vinculante não é explicado pela coisa julgada e independe dela, embora possam andar juntos. Como exemplo cita-se decisões liminares do Supremo Tribunal Federal em controle direto de constitucionalidade possuem efeito vinculante, apesar da ausência de trânsito em julgado. Roger Stiefelmann Leal tem o mesmo posicionamento (2006, p. 186).

No controle direito de constitucionalidade julgado pelo Supremo Tribunal Federal, o comando efetivamente vinculante é se determinada lei, objeto da ação, é constitucional ou não.

Assim, o efeito vinculante é a base do sistema de precedentes no direito brasileiro, que torna determinadas decisões, escolhidas pelo legislador constituinte, vinculantes e obrigatórias para os demais órgãos do Poder Judiciário e pela administração pública.

As decisões do Supremo Tribunal Federal em controle direto de constitucionalidade forma verdadeiros precedentes no Brasil, mesmo que não seja costume identificar sua *ratio decidendi* e atribuir a ela efeito vinculante. Os precedentes vinculantes são as decisões judiciais dotadas de efeito vinculante, conforme dispõe o artigo 927, incisos I, III e V do Código de Processo Civil de 2015.

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, consideram-se precedentes as decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade, em recursos repetitivos, em incidente de resolução de demandas repetitivas, em assunção de competência, em incidente de arguição de inconstitucionalidade, pelo pleno ou órgão especial dos tribunais.

Esses precedentes vinculam todos os órgãos jurisdicionais submetidos ao tribunal que os proferiu, inclusive o próprio tribunal, que deverá fundamentar adequadamente a superação ou inaplicabilidade do precedente.

Portanto, o efeito vinculante no controle direto de constitucionalidade, assim como os precedentes, visa assegurar e proteger a segurança jurídica e a isonomia.

### **3.2.2 Distinguishing e overruling no direito brasileiro**

O Código de Processo Civil de 2015 dispôs expressamente em seu artigo 489, §1.º, incisos V e VI, a exigência de distinção e superação de precedentes como requisitos de validade das decisões judiciais. Esses elementos impedem, em tese, o engessamento do direito e possibilitam solução igual para casos semelhantes. Caso o precedente não seja aplicado, superado ou distinguido, a decisão pode ser nula por ausência de fundamentação.

Nesse sentido, a distinção advém da diferença entre os fatos do precedente e do caso sob julgamento, ou seja, sendo diferentes os casos concretos, o precedente não se aplica:

O conteúdo jurídico do direito subjetivo ao distinguishing contempla a imposição de deveres ao magistrado, dentre eles podendo-se destacar: a) o dever de consulta às partes antes de se definir o precedente a ser utilizado em um dado caso concreto, possibilitando-lhes, à semelhança com o tratamento atualmente dado à fixação dos pontos controvertidos no processo civil pátrio, a discussão quanto aos fatos relevantes ao julgamento da causa e ao precedente escolhido; b) a necessidade de fundamentação quanto à escolha do precedente e à sua aplicação ao caso concreto; c) a necessidade de fundamentação quanto à exclusão da aplicação do precedente no caso concreto. (BARREIROS, 2015, p. 207).

Assim, a realização da distinção entre casos concretos com a finalidade de aplicação de um precedente está relacionada ao dever de fundamentação da decisão judicial, prevista no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal e no artigo 489, § 1.º, do Código de Processo Civil.

Quanto à superação do precedente, consiste em sua inaplicabilidade, pois deixou de apresentar a solução mais correta para um dado caso concreto.

Apesar de terem sido alterados os artigos do projeto do Novo Código de Processo Civil que tratavam dos fundamentos determinantes, da distinção e da superação dos precedentes, o Código de Processo Civil manteve algumas previsões em seu artigo 927, parágrafos 2.º a 4.º, mencionando a revogação de enunciado de súmula e de tese firmada em julgamento de casos repetitivos:

Artigo 927.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. (BRASIL, 2015).

Por outro lado, o Código de Processo Civil não prevê os motivos específicos que justifiquem a superação ou a mudança de entendimento das Cortes.

Assim, o Enunciado n.º 321 do Fórum Permanente de Processualistas Civis prevê que a superação de precedentes dependerá de fundamentação específica dos motivos que levaram à mudança de entendimento:

Enunciado 321 (art. 927, § 4º). A modificação do entendimento sedimentado poderá ser realizada nos termos da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, quando se tratar de enunciado de súmula vinculante; do regimento interno dos tribunais, quando se tratar de enunciado de súmula ou jurisprudência dominante; e, incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou causa de competência originária do tribunal. (Grupo: Precedentes). (2015, p. 45).



Ademais, o precedente também poderá ser superado pela superveniência de legislação contrária a ele, devendo tal superação ser fundamentada. Nesse sentido, tem-se o Enunciado n.º 324 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis:

Enunciado 324. (art. 927). Lei nova, incompatível com o precedente judicial, é fato que acarreta a não aplicação do precedente por qualquer juiz ou tribunal, ressalvado o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, a realização de interpretação conforme ou a pronúncia de nulidade sem redução de texto. (Grupo: Precedentes). (2015, p. 45).

Portanto, o que vincula em um precedente são os seus fundamentos determinantes, que são obtidos a partir da interpretação conjunta do relatório, dos fundamentos e do dispositivo da decisão. Se o caso analisado diferir substancialmente do precedente, o juiz deverá realizar a distinção entre eles e poderá deixar de aplicar o precedente.

Assim, o precedente pode ser superado em razão de mudanças sociais, políticas, históricas ou jurídicas de alta relevância.

Logo, o juiz de primeira instância possui papel de relevância, visto que tem maior contato com os fatos e as provas e, a partir disso, aplica ou não os precedentes existentes, realizando a distinção entre os casos concretos.

### **3.2.3 Fundamentação das decisões judiciais**

A Constituição Federal de 1988 trouxe à baila a importância do respeito aos princípios constitucionais em uma relação processual, bem como a devida fundamentação das decisões.

A garantia da fundamentação das decisões judiciais possui natureza de direito fundamental, visto que, em seu artigo 93, inciso IX, a Constituição Federal estabelece que toda decisão judicial deve ser motivada, sob pena de nulidade.

Na concepção tradicional do *civil law* a fundamentação está relacionada com a necessidade de o juiz apresentar as razões que lhe permitiram chegar à decisão, que deve ter, em sua estrutura, as suas razões ou os seus fundamentos. Ou seja, o magistrado deve demonstrar as razões do seu convencimento.

A fundamentação permite ao vencido entender os motivos da decisão desfavorável ao seu pedido e, se for o caso, interpor recurso e demonstrar os equívocos da decisão. Permite

também, ao tribunal, entender os motivos que levaram o juiz de primeiro grau a decidir. Ou seja, a fundamentação é essencial à legitimação da decisão.

Apesar disso, nossos Tribunais e a maioria da doutrina ainda insistiam em manter as normas antigas.

Em virtude do contexto atual de grandes contradições entre os julgados, inclusive dos Tribunais Superiores, e da falta de mecanismos capazes de resguardar a uniformidade das decisões judiciais no sistema brasileiro, o Código de Processo Civil de 2015 traz institutos e técnicas para manter a jurisprudência e os precedentes mais estáveis.

Nesse sentido, o Novo Código de Processo Civil também dispôs sobre o dever de fundamentação, trazendo requisitos para o exercício do dever de fundamentação e inserindo-o nos artigos 10, 489, §§ 1.º a 3.º, 926, § 2.º, 927, §§ 1.º e 4.º.

Além disso, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe importantes modificações nas formas de interpretação e aplicação de decisões por parte dos magistrados, impondo-lhes maiores cuidados e especificidades na solução de um conflito jurisdicional, mensurando de forma expressa os questionamentos das partes processuais, sem generalizar ou deixar de especificar a decisão de maneira embasada.

Pode-se dizer que o Novo Código de Processo Civil trouxe várias contribuições valorosas para o sistema processual brasileiro, dentre elas a preocupação com uma base constitucional sólida e a preocupação com os princípios, concentrados, fundamentalmente nos 15 primeiros artigos e espalhados ao longo dos demais artigos.

Merece destaque os artigos 9º e 10 do Novo Código de Processo Civil, pois possibilitam a manifestação das partes em caso de decisão a ser proferida contra uma das partes, ou no caso de legalidade de decisão *ex officio*, aplicando-se o princípio do contraditório e da ampla defesa, justamente para possibilitar uma justa decisão a ser proferida pelo julgador, oportunizando às partes envolvidas no processo da apresentação de argumentos e fatos que deverão ser analisados concomitantemente com os demais documentos existentes nos autos.

Importante observar que, o disposto no referido artigo 10 implica diretamente no dever de fundamentação. O contraditório engloba o direito de efetivamente influir no convencimento do magistrado, e a prova do exercício dessa influência consiste no acolhimento ou afastamento das razões por meio da fundamentação. (ROSA, 2016, p. 218).

Em consonância com o artigo 93, IX, da Constituição Federal, o artigo 11 do Novo Código de Processo Civil dispõe sobre a necessidade de um julgamento público e a

fundamentação das decisões judiciais, impelindo ao julgador o enfrentamento de todas as razões, teses e provas dispostas pelas partes, justificando satisfatoriamente sua decisão.

Ao buscar o Poder Judiciário para solucionar um conflito, as partes litigantes apresentam fatos e provas possíveis de convencimento do julgador, para que este seja capaz de aferir a verdade, decidindo de forma justa, aplicando o direito através das normas e fazendo justiça a quem for direito. A possibilidade de satisfação processual de maneira justa e correta apenas se mostra possível se as partes forem ouvidas, oportunizando-as a manifestação no processo com a apresentação de suas teses e fundamentos, fazendo chegar ao julgador todo o necessário para sanar qualquer dúvida implantada no processo.

Assim, em conformidade com o Código de Processo Civil, a decisão do juiz ou do tribunal deve respeitar o disposto também no artigo 489, que em sua estrutura não se diferencia de forma substancial ao disposto no Código de Processo Civil de 1973 quanto aos elementos essenciais para prolação de sentença, descritos no relatório, na fundamentação e no dispositivo.

A alteração disposta no parágrafo primeiro do artigo 489 do Novo Código de Processo Civil concatena-se com os princípios constitucionais, trazendo aos autos decisões mais humanitárias e satisfatórias às partes vencíveis, abrangendo em sua totalidade as justificativas das questões relacionadas em juízo, não mais aceitando apenas decisões justificadas por meio de citações de razões e fatos relativos ao processo, mas sim devendo ser as mesmas expressas e fundamentadas em doutrinas e jurisprudência interligadas a cada caso concreto.

O Novo Código de Processo Civil realça de forma expressa e precisa a obrigatoriedade da fundamentação adequada nas decisões judiciais proferidas por juízes e tribunais, em respeito aos princípios processuais constitucionais, ao contrário de que se vinha aplicando até o momento, no sentido de buscar a produção em números de satisfação processual, sem se importar com o fundamento oportuno das decisões. Consequentemente não havia preocupação acirrada com as partes envolvidas no processo.

O artigo 489, § 1.º traça parâmetros acerca da fundamentação das decisões judiciais, e o faz por exclusão, ou seja, enumera, de maneira exemplificativa, o que não se considera decisão fundamentada para o sistema jurídico:

Artigo 489.

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

- I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
- II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
- III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
- IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
- V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
- VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (BRASIL, 2015).

Os três primeiros incisos desse parágrafo tratam da violação da garantia constitucional da fundamentação das decisões judiciais quando nelas apenas são mencionados os atos normativos, sem explicar a sua relação com a causa, em que são empregados conceitos jurídicos indeterminados, sem declinar o motivo concreto de sua incidência, ou, ainda, a mera invocação de motivos que se prestariam a justificar qualquer decisão.

Para DIDIER JR, BRAGA e OLIVEIRA (2009, p. 330), os conceitos jurídicos indeterminados são “compostos por termos vagos, de acepção aberta, que, por isso mesmo, exigem um cuidado maior do intérprete/aplicador quando do preenchimento do seu sentido.”

Para ROSA (2016, p. 220), ao inserir na legislação esses termos vagos, o legislador conferiu maior liberdade e responsabilidade ao juiz, que deverá definir tais termos e explicar como e porquê podem ou devem ser aplicados em um caso específico.

Os demais incisos abordam a questão da formação do precedente. O inciso IV não considera fundamentada a decisão que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo órgão julgador. O julgador tem o dever de trazer à sua fundamentação todos os argumentos de fato e de direito. Esse inciso traz um dever de completude à fundamentação, exigindo que ela aborde todos os argumentos relevantes que foram levantados no processo e que poderiam modificar a decisão. Ele afasta a possibilidade de aplicação da tese do Superior Tribunal de Justiça de que o julgador não precisa manifestar-se sobre todas as alegações das partes, desde que fundamente devidamente a sua decisão. (ROSA, 2016, p. 222).

O inciso V trata da técnica de aplicação dos precedentes, imputando o dever ao magistrado de não apenas se limitar a invocar o precedente ou enunciado de súmula, mas a efetivamente demonstrar que o caso em julgamento se ajusta à tese jurídica trazida aos autos,

identificando os seus fundamentos determinantes. Também exige-se a contraposição entre os fatos do processo que ensejou o precedente e a súmula e os fatos do processo sob julgamento.

ROSA (2016, p. 223) traz o seguinte exemplo:

Para justificar a concessão de indenização por danos morais com base em um precedente, o juiz precisa explicar que ambos – tanto o precedente quanto o caso *sub judice* – envolvem o atraso de um ano, por parte da construtora, na entrega de um apartamento comprado na planta por um casal recém-casado que o havia adquirido para moradia. Afinal, se a demanda sob julgamento envolvesse o atraso de uma obra a ser entregue a um investidor, talvez não houvessem danos morais envolvidos, mas apenas danos materiais.

O inciso VI também aborda que decisões que se distanciam de súmula, jurisprudência ou enunciado invocado pela parte, sem demonstrar distinção ou superação do entendimento, violam a garantia constitucional da fundamentação. Trata-se da previsão legal do *distinguishing* e *overruling*. (CARVALHO, 2015, p. 422).

Neste contexto da fundamentação das decisões também devem estar inseridas as técnicas de distinção e superação dos precedentes, conforme já abordado.

Além dos artigos 10 e 489, § 1.º, do Código de Processo Civil de 2015, o legislador também tratou do dever de fundamentação no § 2.º do referido artigo, ao afirmar que “no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”. Ou seja, o juiz deve explicar os fatos e fundamentos de direito que o levaram a concluir pela adoção de uma das regras colidentes.

O parágrafo terceiro do artigo 489 do Código de Processo Civil dispõe que “a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé”, ou seja, a decisão judicial deve ser analisada por meio de uma leitura conjunta de relatório, fundamentos e dispositivo, não contrariando a boa-fé.

A importância da fundamentação também está estampada no artigo 926, § 2.º, do Código de Processo Civil, que diz: “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”. Este dispositivo é uma crítica doutrinária e um óbice ao modo equivocado como os enunciados de súmula vêm sendo aplicados pelos operadores do direito.

O artigo 927, § 1.º, do referido diploma legal dispõe que os juízes, ao observarem o rol de precedentes descrito em seus incisos, devem se ater às regras de fundamentação

contidas nos artigos 10 e 489, § 1.º. Ou seja, a atividade de aplicar ou não precedentes ou súmulas deve sempre vir acompanhada de uma fundamentação completa e adequada:

Isso demonstra o relevante papel que a fundamentação apresenta no sistema de precedentes brasileiro: o de possibilitar a operacionalização racional e justa (em observância de princípios constitucionais-processuais) dos precedentes e das súmulas. (ROSA, 2016, p. 225).

Importante anotar que a fundamentação da decisão deve ser meio para que se possam justificar as escolhas feitas pelo julgador, que deverá expressar de forma clara e transparente suas valorações e decisões sobre a interpretação e aplicação do direito ao caso concreto, permitindo, com isso, o controle da sua racionalidade.

Assim, o dever de fundamentação se torna um exercício mais complexo ao julgador, pois exige deste um ônus argumentativo maior no julgamento. “Este dever exige a demonstração do trabalho intelectual para o alcance da decisão judicial, exposta de forma crítica, coerente, permeada por reflexões de fato e de direito, expostas nas razões de decidir.” (CARVALHO, 2015, p. 421).

Logo, o Novo Código de Processo Civil valoriza a garantia constitucional de fundamentação. Trata-se de um dever argumentativo maior a ser exigido para a validade das decisões judiciais. As novas regras da nova legislação demonstram a correlação direta entre os precedentes e a fundamentação das decisões judiciais.

Na decisão baseada em precedentes o julgador examina o caso considerando os fatos e sua qualificação jurídica, bem como o direito pleiteado pelas partes. Em seguida, verifica a existência de semelhanças relevantes entre o caso que deve ser decidido e os precedentes existentes e, então, extrai a *ratio decidendi* do precedente para, finalmente, decidir se irá aplicar ou não o precedente, estando autorizado a furtar-se da aplicação do precedente somente nos casos de distinção ou superação do entendimento.

Desta feita, a formação do precedente judicial está ligada diretamente à fundamentação da decisão, de forma que se extraia das razões de decidir uma norma geral, apta a ser universalizada. Neste sentido, “É nas razões que os juízes dão para justificar suas decisões que devem ser buscados os precedentes.” (MACCORMICK, 1987, p. 155 *apud* BUSTAMANTE, 2012, p. 270).

Porém, Marinoni entende que a fundamentação no sistema do *civil law* tem importância restrita, pois interessa quase que exclusivamente às partes, para dar legitimidade ao poder desempenhado pelos juízes. Neste sentido,

No entanto, como os precedentes não fazem parte da tradição de *civil law*, no sistema jurídico brasileiro não se pensa na fundamentação como material que pode revelar uma *ratio decidendi*. Exatamente por isso, enquanto a fundamentação, na *common law*, importa diretamente a todos os jurisdicionados, dando-lhes previsibilidade e garantia de sucesso na adoção de determinado comportamento, além de outorgar estabilidade e coerência à ordem jurídica e real possibilidade de a jurisdição tratar casos similares da mesma forma, no *civil law* a fundamentação tem importância muito mais restrita. Ela interessa quase que exclusivamente às partes e, especialmente em termos retóricos, para dar legitimidade ao poder desempenhado pelos juízes. (MARINONI, 2013, p. 288-289).

Assim, no sistema de precedentes, a fundamentação deve ultrapassar o caso concreto para regulamentar o patrimônio jurídico de outros litigantes, ou mesmo do próprio cidadão, já que o escopo é que tais decisões ganhem uma dimensão extraprocessual, tornando-se paradigmas e, em consequência, pautas de conduta à sociedade, a fim de garantir a tão almejada segurança jurídica.

Somente desta forma é possível a obtenção de um precedente que respeite seu objetivo, que é a uniformização da jurisprudência através dos princípios constitucionais.

Este é o desafio que o Código de Processo Civil traz ao sistema jurídico brasileiro: garantir decisões fundamentadas, justas, que proporcionem segurança jurídica e estabilidade aos jurisdicionados e ao direito brasileiro como um todo.

Por isso, o aperfeiçoamento dos institutos já existentes e a vinculação aos precedentes judiciais é uma urgência do Poder Judiciário, com o intuito de minimizar a crise no sistema jurídico brasileiro.

Portanto, é necessário compreender que a fundamentação pautada nos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal não se trata apenas de mera motivação da decisão, mas sim que esta seja resultado direto do enfrentamento pelo julgador de todas as razões, teses e provas trazidas por ambas as partes ao processo, capaz de trazer maior segurança jurídica ao sistema jurídico brasileiro.

### 3.2.4 Operacionalização do sistema de precedentes no Brasil

Algumas questões devem ser levantadas sobre a operacionalização dos institutos que perfazem o sistema de precedentes brasileiro após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015.

Os precedentes adotados pelo Código de Processo Civil de 2015, já mencionados acima, vinculam todos os órgãos jurisdicionais submetidos ao tribunal que os proferiu. Logo, a formulação de precedentes exige uma fundamentação aprofundada, de acordo com o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal e com o artigo 489, § 1.º, do Código de Processo Civil, conforme já abordados anteriormente.

Além disso, os precedentes devem respeitar os princípios e valores que pautam o processo civil brasileiro, como o contraditório e a ampla defesa.

Quando um precedente é formado pelos tribunais hierarquicamente superiores, o juiz estará formalmente vinculado a essa decisão, que sempre deve ser analisada em conjunto com o caso concreto que a formou.

O exame da constitucionalidade de uma lei pelo juiz pode estar vinculado a um precedente, pois, assim como a lei é fonte do direito, decisões judiciais também podem ser. E as decisões de instâncias superiores pressupõem maior enfrentamento das questões, envolvendo outros membros do Judiciário, o que denota que uma decisão tomada com maior ponderação e por órgãos colegiados deve sobressair àquela decisão prolatada por um único indivíduo e sem a participação social, como ocorre em primeira instância. Tal situação é reforçada pelos dispositivos do Código de Processo Civil de 2015.

Nesse sentido, na atividade de aplicação de precedente, caso o juiz faça a distinção entre o caso concreto que está sendo julgado e o caso referente ao precedente, deve-se reconhecer que não há precedente aplicável ao caso sob julgamento. Ou seja, se não há similaridade entre os quadros fáticos dos casos, não há precedente.

Para que haja a distinção, é imprescindível que o julgador fundamente adequadamente todos os aspectos da decisão, conforme dispõe o artigo 489, § 1.º, inciso VI, do Código de Processo Civil de 2015.

Assim, a possibilidade de *overruling* faz cair por terra o argumento de que os precedentes engessam o direito, visto que a mudança de entendimento da Corte é reflexo de verdadeira alteração dos fatores sociais, políticos e econômicos que permeiam a ordem jurídico-constitucional.



Oportuno anotar que, a bem da verdade, um sistema de precedentes não apresenta apenas benefícios, mas também riscos e custos.

Nesta esteira, algumas questões importantes devem ser apontadas sobre o sistema de precedentes brasileiro.

Quando a lei é julgada inconstitucional em ação direta de inconstitucionalidade, ela é retirada do ordenamento jurídico, de modo que a decisão que formou esse precedente não poderá ser superada por nenhum órgão do Judiciário posteriormente, a não ser que o Poder Legislativo supere esse precedente, elaborando lei idêntica ou semelhante posteriormente à declaração de inconstitucionalidade, fato este que é negado por alguns autores, que alegam a impossibilidade de elaboração de nova lei idêntica pelo Legislativo, como se posiciona Alexandre de Mores (2009, p. 762).

Porém, apesar da negativa de alguns autores sobre essa possibilidade, o fato é que nos casos em que uma lei é declarada inconstitucional, o único modo de superar esse precedente em controle direto de constitucionalidade é por meio da atuação legislativa e o consentimento do Judiciário quanto à nova lei.

Além disso, há um custo envolvido no estabelecimento do sistema de precedentes, que consiste no tempo e no esforço empreendido pelos intérpretes em comparar e analisar casos concretos, com o intuito de identificar e compreender um precedente. É uma atividade muito trabalhosa, que exige atenção, leitura detalhada dos casos para eventual distinção, identificação de semelhança entre eles e análise dos fundamentos e das conclusões obtidas, tudo para se chegar a um precedente que será utilizado em um novo julgamento.

Todo este esforço e tempo despendido podem ser vistos como prejudiciais a celeridade dos julgamentos, acarretando a diminuição da produtividade do magistrado e gerando, por consequência, um aumento no custo do Judiciário com mais funcionários, mais tecnologia, qualificação, entre outros.

Todavia, com o passar do tempo e com o desenvolvimento das decisões e das ferramentas dos precedentes, estes serão mais conhecidos e a atividade de identificá-los se tornará mais rápida, pois, conhecendo os precedentes, a atividade de distinção é facilitada.

Outra questão importante relaciona-se à instituição de um sistema de precedentes vinculantes nos moldes do direito brasileiro, que conta com muitos mecanismos que impossibilitam a subida de recursos, como a impossibilidade de formação e superação de precedentes pelas Cortes.

Devido aos inúmeros processos e recursos em trâmite na jurisdição brasileira, que prejudicam a celeridade e violam o princípio da duração razoável do processo, vários mecanismos com o objetivo de eliminar esses problemas foram instituídos, como julgamento liminar de improcedência, julgamento liminar do agravo de instrumento pelo relator, as hipóteses de não recebimento da apelação, dentre outros, além da elaboração de súmulas que impedem o reconhecimento de recursos extraordinários e especiais, como as Súmulas n.º 5, 7, 126 e 211 do Superior Tribunal de Justiça, e as Súmulas n.º 279, 283, 285, 288, 400 e 454 do Supremo Tribunal Federal, que prejudicam o sistema de precedentes, pois impedem a análise pelas Cortes de questões relevantes e a formulação e superação de precedentes.

Tais ferramentas implicam na paralisação e no engessamento do sistema de precedentes, impossibilitando que as Cortes reflitam sobre novas questões e mudem seus posicionamentos.

Neste sentido, WAMBIER (2009, p. 134) sustenta que a adequação da sentença com as súmulas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal não pode servir como requisito de admissibilidade da apelação, pois,

Embora a atitude de respeito aos precedentes deva ser definitivamente incorporada à nossa cultura, parece-nos que este dispositivo além de ser, de rigor, inconstitucional, se entendido literalmente, é uma norma “desajeitada”.

Uma questão que também é importante no sistema de precedentes, e que já foi abordada anteriormente, consiste na dificuldade de localização da *ratio decidendi*, especialmente no direito brasileiro, onde a dificuldade reside na individualização dos fundamentos determinantes das decisões judiciais, principalmente dos acórdãos proferidos por órgãos colegiados.

Por fim, é oportuno apontar que não há uma única forma de operacionalizar precedentes, pois o sistema apresenta um custo, na medida em que retira do juiz a possibilidade de dar solução ao caso concreto diversa daquela contida no precedente, pois não há como garantir que o conteúdo dessa decisão seja sempre mais adequado ou correto do que o precedente. (SCHAUER, 2015, p. 70).

Portanto, um sistema de precedentes legítimo implica na aplicação do precedente sempre que a distinção não for possível, mesmo que a opinião do julgador seja oposta ao entendimento adotado.

Contudo, o sistema de precedentes brasileiro não deve inviabilizar o poder-dever de interpretação dos juízes, de modo a causar um engessamento do direito. Para tanto, necessário se faz alterar a mentalidade dos juristas brasileiros a fim de criar uma cultura de precedentes diversa da que existe hoje, tendo em mente a ideia de que possuímos um sistema de precedentes que garante valores como a segurança jurídica, a previsibilidade, a isonomia, a coerência e a integridade.

Com as previsões do Código de Processo Civil de 2015 busca-se essa formação de mentalidade e criação de uma cultura de precedentes.

### **3.3 Precedentes e a Reclamação Constitucional**

As súmulas vinculantes, editadas pelo Supremo Tribunal Federal e que possuem eficácia vinculante, podem ser cassadas por meio da Reclamação.

Durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, predominaram no Direito brasileiro precedente com eficácia meramente persuasiva. Este era invocado na argumentação das partes e servia na busca do convencimento dos juízes, mas não tinham que ser obrigatoriamente seguidos. Excepcionavam essa regra as decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade e as súmulas vinculantes, que tinham que ser observadas pelas demais instâncias, sob pena de serem cassadas por meio da reclamação, que era ajuizada diretamente no Supremo Tribunal Federal, sem passar pelas demais instâncias, para fazer valer tais julgados e súmulas.

Assim, o cabimento da reclamação mostrou-se essencial para que os entendimentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal alcançassem eficácia obrigatória e assim produziam-se precedentes normativos, passíveis de imposição a todos, por meio da reclamação.

Com a vigência do Código de Processo Civil de 2015, a reclamação passa a ser cabível não apenas para impor às demais instâncias os entendimentos firmados pelo Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade e nas súmulas vinculantes, mas também, passa a ser aplicável para compelir os órgãos judiciais a respeitarem os julgados proferidos em casos repetitivos e em incidentes de assunção de competência, conforme dispõe o artigo 988 do Código, que traz as hipóteses de cabimento da medida, a saber:

- I – preservar a competência do tribunal;
- II – garantir a autoridade das decisões do tribunal;

- III – garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- IV – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência. (BRASIL, 2015).

A grande inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 sobre os precedentes diz respeito sobre a possibilidade de ajuizamento de reclamação para afirmação de autoridade de “precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência” (inciso IV) (XAVIER, 2015, p. 98).

Convém apenas anotar, desde já, que o Código não contemplou expressamente a possibilidade de reclamação para afirmação de autoridade de precedentes do Pleno do Supremo, de julgamento de recurso extraordinário sob o regime da repercussão geral (ainda que não “repetitivo”) e de precedentes dos plenários ou órgãos especiais dos tribunais estaduais no exercício de controle de constitucionalidade de leis estaduais e municipais contra a Constituição Estadual. (XAVIER, 2015, p. 98-99).

Com relação às partes de uma reclamação, as partes são o reclamante, que afirma judicialmente perante o Supremo Tribunal Federal a desobediência a anterior julgamento seu ou a usurpação de competência da Corte, e o reclamado, autoridade judicial ou administrativa a quem imputado o ato do qual se extrai o desrespeito à autoridade da decisão ou a usurpação de competência do STF.

A contraparte no processo judicial não é, segundo a disciplina constante da Lei 8.038/1990, necessariamente, parte na reclamação. Não precisa ser indicada na qualidade de reclamada. Contudo, caso intervenha na reclamação, por vontade própria, o faz na qualidade de assistente litisconsorcial, recebendo o feito no estado em que se encontra, devendo ser intimada de todos os atos processuais, sob pena de nulidade. Neste sentido é a jurisprudência histórica do STF:

RECLAMAÇÃO - POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO ESPONTÂNEA DO INTERESSADO - DESNECESSIDADE DO CHAMAMENTO JUDICIAL - AUSÊNCIA DE OFENSA À GARANTIA DO CONTRADITÓRIO - INTERVENÇÃO QUE SE DÁ NO ESTADO EM QUE SE ENCONTRA O PROCESSO - AGRAVO IMPROVIDO. - A Lei nº 8.038/90 estabelece que qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante (art. 15). O interessado - vale dizer, aquela pessoa que dispõe de interesse jurídico na causa - qualifica-se como sujeito meramente eventual da relação processual formada com o ajuizamento da reclamação. A intervenção do interessado no processo de reclamação é caracterizada pela

nota da simples facultatividade. Isso significa que não se impõe, para efeito de integração necessária e de válida composição da relação processual, o chamamento formal do interessado, pois este, para ingressar no processo de reclamação, deverá fazê-lo espontaneamente, recebendo a causa no estado em que se encontra. O interessado, uma vez admitido ao processo de reclamação - e observada a fase procedimental em que este se acha -, tem o direito de ser intimado dos atos e termos processuais, assistindo-lhes, ainda, a prerrogativa de fazer sustentação oral, quando do julgamento final da causa. Precedente. (Rcl 449 AgR, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 12.12.1996, DJ de 21-02-1997).

O contraditório, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, se estabelecia de forma direta entre a parte reclamante e a autoridade judicial. Porém, no atual Código surge a necessidade de citação do beneficiário da decisão judicial impugnada, para que ele apresente contestação ao pedido deduzido na reclamação, no prazo de 15 dias, conforme dispõe o artigo 989, inciso III.

Portanto, a partir do Código de Processo Civil de 2015 tem-se litisconsórcio unitário e necessário entre a contraparte no processo de origem e a autoridade judicial reclamada.

O artigo 990 do Novo Código reproduz o artigo 15 da Lei 8.038/1990, possibilitando a intervenção de qualquer interessado para impugnação do pedido do reclamante. Há que se compreender que o interesse objeto do artigo 990 é o jurídico, salvo se, na própria reclamação, travar-se discussão que possa conduzir ao desenvolvimento (e não à simples distinção quanto ao caso concreto) ou à superação do precedente, hipótese em que a participação deve ser mais ampla, ampliando-se, nessa perspectiva o conceito de terceiro interessado. (ARENHART, 2007, p. 424-438).

Com relação à causa de pedir, ela é restrita, pois, consiste exatamente na desobediência à decisão do Supremo ou na usurpação de competência da Corte, sendo que qualquer outra matéria não é passível de alegação em reclamação. (XAVIER, 2015, p. 79).

Quanto ao procedimento da reclamação é bastante simples, uma vez que não comporta incursão à fase instrutória. A esse respeito, o § 2º do artigo 988 esclarece que a reclamação “deverá ser instruída com prova documental, que seja dirigida ao presidente do tribunal.”

Na visão de Xavier (2015, p. 100),

Trata-se, evidentemente, de formalidade. Isso porque, como o § 1º do mesmo artigo 988 estabelece a competência interna do órgão que teve a competência usurpada ou decisão afrontada, será plenamente possível dirigir a reclamação diretamente ao presidente deste órgão interno. A adoção de tal

providência, ao que parece, de forma alguma pode prejudicar o conhecimento da medida.

A reclamação comporta tutela jurisdicional de urgência. O Código de 2015, contudo, trata expressamente apenas de espécie de provimento acautelatório, em seu artigo 989. Além da possibilidade de concessão de liminar, o inciso I trata da requisição de informações da autoridade reclamada, estabelecendo prazo de 10 (dez) dias para prestação, e da “citação do beneficiário da decisão impugnada”, fixando prazo de 15 (quinze) dias para apresentação de “contestação” (inciso III).

A citação descrita no inciso III ocorre apenas quando a reclamação é ajuizada contra decisão judicial, e não contra ato administrativo, exceto quando outro particular seja beneficiário do ato impugnado. Trata-se de inovação trazida pelo atual Código de Processo Civil, quanto ao entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

Deste modo, com a vigência do Novo Código de Processo Civil, a reclamação passa a ser cabível também contra decisões que desrespeitam os entendimentos produzidos pelos tribunais de segunda instância nos incidentes de resolução de demandas repetitivas, assunto que será abordado a seguir.

### **3.4 Precedentes e os incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência**

Diante da atual realidade da sociedade, em que há litigiosidade em massa, a legislação processual tem se dedicado às figuras dos recursos repetitivos, fato este que se repete no Código de Processo Civil de 2015, que trata em seu artigo 928, do julgamento de casos repetitivos como gênero do qual são espécies as decisões preferidas em incidente de resolução de demandas repetitivas e recursos especial e extraordinário repetitivos.

No Código anterior, os recursos especial e extraordinário repetitivos eram objetos de dispositivos diferentes – artigos 543-B e 543-C.

Além disso, criou-se uma nova figura, a do incidente de resolução de demandas repetitivas e também, o incidente de assunção de competência que, embora não tenha relação com os casos repetitivos, será abordado neste trabalho.

O parágrafo único do artigo 928 esclarece que o julgamento dos casos repetitivos pode versar tanto sobre questão de direito material quanto processual.

Assim, o Código de Processo Civil atual trouxe alteração à ideia de jurisprudência dos tribunais ordinários ao agregar força vinculante ao julgamento dos incidentes.

Neste contexto, os incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência ajustam-se sobre a compatibilização vertical que decorre do *stare decisis*, segundo o qual os juízes de primeiro grau devem obedecer às decisões dos tribunais de segundo grau a que estiverem vinculados, conforme artigo 927, inciso III, do Código de Processo Civil. (XAVIER, 2015, p. 94).

Importante anotar que a instauração desses incidentes em segundo grau de jurisdição não pode servir para contrariar entendimento do STJ e do STF, prevalecendo o critério hierárquico. Os precedentes proferidos pelas cortes superiores prevalecem.

Tratando-se especificamente dos incidentes, o que distingue um do outro é a “repetição, em múltiplos processos” de “relevante questão de direito”, conforme disposto no artigo 947 do Código de Processo Civil, tendo em vista que, se houver a efetiva repetição de processos será cabível o incidente de resolução de demandas repetitivas, cabível também quando houver risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Caso não haja repetição de processos, mas a questão de direito seja dotada de grande repercussão social, caberá o incidente de assunção de competência.

O incidente de assunção de competência ocorre na hipótese de julgamento de relevante questão de direito, com grande repercussão social, que não se repita em múltiplos processos. Nesta situação, o relator poderá propor que o feito seja julgado por órgão colegiado que o regimento interno do tribunal indicar, e a sua decisão vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, no âmbito da jurisdição do tribunal, conforme dispõe o artigo 103-A da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional n.º 45/2004.

O § 4.º do artigo 947 indica que é conveniente à utilização do incidente de assunção de competência para “a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal”, o que dá a entender que o incidente de assunção de competência, embora não pressuponha “repetição em múltiplos processos”, versará sobre questão que, ao menos, tenha algum potencial de repetição.

O § 3º estabelece a sujeição dos juízes e órgãos fracionários ao acórdão proferido em incidente de assunção de competência, exceto se houver revisão da tese. Essa sujeição é instrumentalizada por meio de reclamação.

Xavier (2015, p. 95) observa que a assunção de competência pressupõe alguma reiteração da questão de direito e que venha a ter pouca repercussão prática, devendo prevalecer o incidente de resolução de demandas repetitivas:

Aliás, como se viu que a própria assunção de competência, ao objetivar prevenir ou compor divergência entre órgãos fracionários de um tribunal, pressupõe alguma reiteração da questão de direito, é possível imaginar que, dado o conceito jurídico indeterminado (“repetição em múltiplos processos”) que a extrema do incidente de resolução de demandas repetitivas, a primeira (a assunção de competência) possivelmente venha a ter pouca repercussão prática. Vale dizer, na dúvida quanto à configuração da “repetição em múltiplos processos”, como se trata de critério subjetivo, possivelmente os tribunais optarão por entender presente a repetição e instaurar o segundo, e não o primeiro tipo de incidente.

O incidente de resolução de demandas repetitivas, disposto nos artigos 976 a 987 do Código de Processo Civil objetiva transferir a lógica que permeia o julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos ao segundo grau de jurisdição. Tanto é assim que o Código atual trata o julgamento dos casos repetitivos como gênero de que são espécies os recursos especial e extraordinário repetitivos e o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Assim, como na hipótese dos Recursos Especial e Extraordinário, em que compete ao presidente do tribunal *a quo* selecionar dois ou mais recursos-paradigma e encaminhá-los ao respectivo tribunal superior para julgamento, conforme já foi abordado no capítulo anterior, no incidente de resolução de demandas repetitivas, em segundo grau, o relator do feito selecionará dois ou mais casos representativos de controvérsia e os remeterá à apreciação do órgão colegiado do tribunal indicado pelo regimento interno como competente para este fim.

Nos casos de Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, a decisão proferida nos recursos representativos deverá ser replicada nas demandas semelhantes. Nestes casos a decisão dos casos-paradigmas vinculará os órgãos judiciais sujeitos ao tribunal vinculante e seu desrespeito ensejará o cabimento de reclamação perante o Supremo Tribunal Federal.

Os pressupostos para a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, de acordo com artigo 976, são: “I – efetiva repetição de processos que contenham



controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito”; e “II – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”. Trata-se de requisitos cumulativos, e não alternativos.

O julgamento do incidente, segundo o artigo 978, caberá ao órgão, indicado pelo regimento interno, dentre os responsáveis pela uniformização da jurisprudência no tribunal.

A exemplo da decisão de afetação dos recursos repetitivos, a admissão do incidente tem o condão de suspender todos os processos pendentes sob tramitação no território de competência do tribunal (artigo 982, I). Essa suspensão durará por 1 (um) ano (artigo 980, parágrafo único), somente podendo ser estendida por “decisão fundamentada do relator”.

É importante observar que o efeito suspensivo automático aos recursos excepcionais é medida ligada à preservação da segurança jurídica. Isso porque cabe ao STF e ao STJ dar a palavra final acerca das questões que são de sua competência. Assim, há que se aguardar que essas Cortes se manifestem acerca da questão, no recurso interposto contra a decisão do incidente, a fim de aplicar-se a tese, agora não apenas nos feitos sobrestados no âmbito do tribunal em que instaurado o incidente, mas ainda em todo o território nacional.

Nesse sentido é a previsão do § 3º do artigo 982, segundo a qual o STF ou o STJ, no âmbito de sua competência, podem determinar a suspensão de todos os processos que versem sobre a matéria em tramitação no território nacional, a fim de que seja aguardada a resolução do incidente e a eventual interposição de recurso especial ou extraordinário. Caso não interposto recurso da decisão do incidente, cessa tal suspensão (artigo 983, § 5º).

Portanto, com o Código de Processo Civil de 2015 passam a constituir precedentes normativos os precedentes produzidos em controle concentrado, as súmulas vinculantes, os julgados nos recursos extraordinário e especial repetitivos, os entendimentos proferidos no incidente de resolução de demandas repetitivas, em segunda instância e os entendimentos firmados em incidente de assunção de competência, ao se apreciar questão de direito com grande repercussão social.

### **3.5 O sistema de precedentes e a busca de segurança jurídica na resolução de conflitos no atual cenário jurídico do país**

As transformações sociais ocorridas na ordem jurídica nacional, como a valorização dos direitos fundamentais e a ampliação do acesso aos órgãos judiciários, geram crescente procura pelo exercício da jurisdição com demandas, que, muitas vezes, tratam de matéria sobre a qual já foi firmado entendimento sobre o tema.

O excesso de demandas na esfera judicial ocasionou a necessidade de serem repensadas as técnicas de solução desses conflitos.

O estudo do direito comparado deve atender às peculiaridades de cada região. Porém, com a globalização, há uma procura por auxílio no raciocínio desenvolvido por outros países, com o intuito de solucionar questões conflitantes no ordenamento jurídico pátrio.

O sistema *civil law*, de origem romano-germânica, adotado pelo direito brasileiro, por ter se aproximado ao sistema *common law*, de origem anglo-saxônica, numa revisão proativa, passou a reconhecer o intenso valor de que é dotada a jurisprudência como fonte do Direito.

Assim, é notória a presença de institutos típicos da *common law* em sistema de países da *civil law*, como o Brasil, assim como também há presença de institutos típicos da *civil law* nos países do sistema da *common law*. Neste sentido, houve um amadurecimento no direito brasileiro com relação à teoria dos precedentes judiciais.

Apesar de certa contrariedade existente, a utilização dos precedentes judiciais no Brasil tem crescido diariamente, não se podendo mais ignorar tal realidade.

Fundamentam a vinculação dos precedentes tanto à justiça como a igualdade, por permitirem que casos semelhantes sejam julgados de forma igual ou ao menos semelhante, com escopo de evitar a injustiça e a insegurança jurídica que permeiam muitas decisões judiciais.

Conforme já mencionado, o sistema jurídico brasileiro adota a lei como fonte primordial em decisões judiciais. Porém, em um ordenamento no qual a igualdade é direito fundamental, não deve ser admitido que o mesmo tribunal decida de maneira distinta casos iguais.

Assim, os precedentes, se bem empregados, podem solucionar o problema de decisões tão conflitantes em casos tão semelhantes, concretizando-se decisões mais céleres e justas, transformando a jurisdição em uma atividade criativa da norma jurídica do caso concreto.

Lenio Luiz Streck (2014, apud SANTOS JR.; FRANZÉ, 2014, p. 10-12) assinala que no Brasil não há precedentes como ensinado na *common law*, sendo equívoco pensar que as súmulas são como os precedentes:

Não basta a edição de uma súmula, por exemplo, para falar-se que o sistema nacional se aproxima do sistema *common law*, porque a parte vital daquele

sistema é que os tribunais não podem exarar regras gerais, em abstrato, mas apenas em função dos fatos da disputa que são trazidos a exame.

Para Danilo Rinaldi dos Santos Jr. e Luís Henrique Barbante Franzé (2014, p. 14), o Brasil não tem a tradição de respeitar os precedentes, tratando-se, portanto, de uma questão cultural, tendo em vista que o próprio ensino jurídico brasileiro não valoriza as decisões dos tribunais, preferindo as regras à aplicação do direito em casos concretos.

A jurisprudência tem funções importantes no ordenamento jurídico brasileiro, dentre as quais interpretar e delimitar o alcance da lei e adequá-la no tempo, de acordo com as necessidades da realidade social no momento de aplicação da lei.

Ela é reflexo do sistema romano-germânico adotado pelo Brasil e, por isso, tem caráter complementar ao direito vigente, diferente do que ocorre em países de tradição anglo-saxônica, onde as decisões são fontes do direito, formando precedentes vinculantes.

A uniformização da jurisprudência pode originar súmulas, que são utilizadas apenas como orientação de interpretação, sem qualquer ligação com os casos e julgamentos que as originaram. Atuam somente como mecanismo de definição e sentido das leis.

De acordo com Marinoni (2013, p. 215), as súmulas fazem parte de uma linguagem que descreve as decisões. Porém, não possuem as mesmas garantias de um precedente, tendo em vista que no procedimento de elaboração delas não estão presentes as partes que deram origem à formação da tese jurídica:

Para que exista precedente não basta apenas um enunciado acerca de questão jurídica, mas é imprescindível que este enunciado tenha sido elaborado em respeito à adequada participação em contraditório dos litigantes e, assim, tenha surgido como um resultado do processo judicial, ou melhor, como um verdadeiro resultado do debate entre as partes.

No atual direito brasileiro a coisa julgada material incide apenas sobre o dispositivo da sentença, não abrangendo os fundamentos. Este limite da coisa julgada material é uma característica do *civil law*, onde os fundamentos tem importância apenas para as partes, ao contrário do que ocorre no *common law*, em que os fundamentos têm importância para os demais jurisdicionados.

A Emenda Constitucional n.º 45 de 2004 criou as súmulas vinculantes, objetivando garantir a uniformidade da interpretação do texto constitucional ou legal e resolver a questão da insegurança jurídica.

É notório que a jurisprudência tem influenciado os operadores do direito e tem fundamentado sentenças dos magistrados brasileiros, consolidando posicionamentos e entendimentos.

Porém, ela não é uma manifestação da teoria dos precedentes vinculantes, e com eles não pode ser confundida, conforme dispõe o jurista Carlos Maximiliano (1980, p. 187): “Contribui como precedentes legislativos, para o Direito Consuetudinário; porém não se confunde com eles, nem com o uso.”

Quanto a esta diferença entre precedentes e jurisprudência, Michele Taruffo (2014) expressa que há uma distinção de caráter quantitativo:

Quando se fala do precedente, faz-se geralmente referência a uma decisão relativa a um caso particular, enquanto quando se fala da jurisprudência faz-se, normalmente, referência a uma pluralidade frequentemente muito ampla de decisões relativas a vários e diversos casos concretos. A diferença não é apenas do tipo semântico. O fato é que, nos sistemas fundados tradicional e tipicamente no precedente, geralmente, a decisão que se assume como precedente é uma só; no mais, poucas decisões sucessivas vêm citadas em apoio ao precedente. [...] nos sistemas – como o nosso – em que se evoca a jurisprudência, faz-se referência geralmente a muitas decisões: às vezes, são dezenas ou até mesmo centenas, embora nem todas venham expressamente citadas.

Frequentemente as súmulas e jurisprudências são utilizadas sem uma análise comparativa dos casos, causando confusão entre o real significado da aplicação da jurisprudência e dos precedentes judiciais. Os trechos de decisões usados fora de contexto, sem qualquer relação com a situação fática originária, demonstra a crise do sistema jurídico atual. Já o precedente judicial está relacionado aos fatos de um determinado caso, o que impossibilita a sua aplicação em casos posteriores a partir da simples verificação da ementa do julgamento, pois se trata de uma questão jurídica, inseparável do caso que lhe deu origem (RAMIRES, 2010, p. 68).

Assim, para que a decisão judicial seja fundamentada em um precedente deve-se analisar se existe analogia entre os casos.

A liberdade de interpretação dos juízes, calcada no princípio do livre convencimento motivado do juiz, não pode desestruturar a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais.

Neste sentido, Hans Kelsen (2006, p. 278) destacou a necessidade de respeito aos precedentes: “A decisão judicial de um caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos pelo fato de a norma individual que ela representa ser generalizada.”

A abordagem sobre o precedente judicial e sua influência no sistema jurídico é tema de grande relevância no direito processual, pois ele constitui uma das fontes do direito, ao lado da lei, do costume, da doutrina e dos princípios gerais.

Devido ao fato do ordenamento jurídico brasileiro ter raiz romano-germânica, por tradição, ser reconhecida às decisões judiciais eficácia meramente persuasiva.

E neste sentido, o Novo Código de Processo Civil trouxe uma grande evolução, pois, apesar de não conter capítulo expresso sobre os precedentes judiciais, eles se acham presente de forma esparsa no Código, que torna obrigatória a fundamentação das decisões judiciais e a uniformização da jurisprudência, conforme já abordado neste trabalho.

A uniformização almejada pelo Código de Processo Civil de 2015 trará maior segurança jurídica e previsibilidade nas decisões, fazendo com que um dos grandes problemas do judiciário nacional seja amenizado, qual seja o excesso de demandas.

Resta claro que o Código de Processo Civil demonstra preocupação com a estabilidade das decisões judiciais e com a segurança jurídica, tão almejada pelo nosso sistema jurídico e valorizada pela Constituição Federal.

Neste sentido, a teoria dos precedentes judiciais se mostra de grande relevância para a garantia da segurança jurídica nas decisões judiciais.

Por isso, o aperfeiçoamento dos institutos já existentes e a vinculação aos precedentes judiciais é uma urgência do Poder Judiciário, com o intuito de minimizar a crise no sistema jurídico brasileiro, que sofre com o excesso de demandas e, conseqüentemente, garantir a tão almejada segurança jurídica.

## CONCLUSÃO

A tão almejada segurança jurídica, objeto do presente trabalho, tem grande relevância no direito brasileiro atual, sendo tratada como princípio constitucional.

As transformações sociais ocorridas na ordem jurídica nacional, como a valorização dos direitos fundamentais e a ampliação do acesso aos órgãos judiciários, ocasionam a crescente procura do jurisdicionado pelo exercício do direito de ação, que, muitas vezes, tratam de matéria sobre a qual já foi firmado entendimento sobre o tema.

O excesso de demandas na esfera judicial culminou com a necessidade de serem repensadas as atividades jurisdicionais na resolução dos conflitos jurídicos. Desse modo, após analisar o contexto em que se formaram e desenvolveram o *common law* e o *civil law*, foi demonstrado que diversos fatores proporcionaram a aproximação entre as duas famílias, dentre as quais se pode destacar o constitucionalismo do direito.

Sobre esse aspecto o trabalho observou uma tendência do direito brasileiro no amadurecimento de uma teoria de precedentes judiciais, e para isso, os operadores do Direito necessitam conhecer suas características e pontos fundamentais.

Neste sentido, o Código de Processo Civil de 2015 traz importante inovação que oferece grande possibilidade para que a doutrina e a jurisprudência no Brasil voltem cada vez mais seus olhares para a segurança jurídica nas decisões, através da boa técnica decisória, como forma de aumento da sua qualidade e da garantia da segurança jurídica e da estabilidade, pautadas pelos precedentes judiciais.

Sobre a segurança jurídica, no primeiro capítulo deste estudo foi analisado primeiramente seu aspecto axiológico, como um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, para, em seguida, pontuar possíveis conceitos sobre seu significado e importância no ordenamento pátrio.

Nesta linha, busca-se suas dimensões com a certeza, previsibilidade e estabilidade do direito e sua importância no sistema de precedentes judiciais, sendo o objetivo principal a ser alcançado em um sistema que adota os precedentes.

Ressalta-se que a análise da adoção de um sistema de precedentes deve partir do exame dos fundamentos em que são pautados determinado sistema jurídico. E nesse ponto foi analisada a importância dos precedentes como instrumento da segurança jurídica.

Feitas essas pontuações, ainda no Capítulo I, abordou-se, resumidamente, os dois sistemas utilizados no direito ocidental, quais sejam *civil law* e *common law*, sobre os quais

refletiu-se acerca da origem e dos pontos históricos essenciais do desenvolvimento de cada sistema, suas influências nos Estados, suas aplicabilidades e as suas relações com a segurança jurídica.

Abordou-se, também, o impacto que o constitucionalismo teve no *civil law*, que passou a valorizar os princípios constitucionais, inclusive a busca pela segurança jurídica, bem como os precedentes judiciais na *common law*, os precedentes vinculantes, a razão de decidir de um precedente, e as técnicas de aplicação de distinção e superação de um precedente.

Além das razões determinantes do precedente, outros mecanismos também foram verificados, como a possibilidade de distinção do precedente (*distinguishing*) e a técnica de superação do precedente (*overruling*), que garante o não engessamento do direito, além do obiter dictum, que corresponde aos argumentos do precedente e, apesar de não vincularem a decisão, possuem influência sobre ela.

Da análise desses mecanismos, verificou-se a compatibilidade e conveniência de sua observação na aplicação ou revogação de um precedente, como forma de garantir maior segurança jurídica ao ordenamento.

No capítulo II, tratou-se de trazer em tela o problema central da pesquisa, que é a falta de segurança jurídica nas decisões judiciais no direito brasileiro, decorrente da desuniformização existente no país, bem como a utilização dos precedentes nos tribunais superiores como tentativa de uniformizar a jurisprudência, para o fim de proporcionar maior segurança jurídica aos jurisdicionados.

Como observado no decorrer deste capítulo, num sistema formado por distintos órgãos jurisprudenciais, como é o caso do sistema jurídico brasileiro, é evidente o surgimento de decisões conflitantes para situações jurídicas semelhantes. Este excesso de entendimentos diferentes quando existe posicionamento consolidado sobre a matéria em tribunal superior reduz a confiabilidade dos jurisdicionados no sistema jurisprudencial.

Justamente por este motivo, no capítulo III abordou-se a aproximação dos sistemas *civil law* e *common law*, através da constitucionalização do direito brasileiro, e o consequente respeito aos precedentes.

Na sequência, buscou-se explicar as inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil, principalmente com a valorização dos precedentes e da fundamentação das decisões judiciais, demonstrando um avanço em direção ao processo justo, que traz estabilidade e segurança jurídica; com a valorização dos princípios constitucionais em seu

texto, além da uniformização da jurisprudência; com a utilização de ferramentas capazes de inibir os recursos repetitivos e coibir a litigiosidade em massa, fazendo com que as jurisprudências dos tribunais superiores alcancem eficácia obrigatória e sejam respeitadas, produzindo-se, deste modo, precedentes normativos, para o fim de proporcionar maior segurança jurídica ao ordenamento pátrio.

Importante observar que as ferramentas processuais adotadas pelo Código de Processo Civil de 2015, como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, pretendem proporcionar maior segurança jurídica, uma vez que é requisito para a sua instauração o grave risco de gerar insegurança decorrente da existência de decisões divergentes em casos semelhantes.

Assim, a utilização dos precedentes judiciais no direito brasileiro busca proporcionar segurança jurídica na resolução dos conflitos.

Porém, apesar da jurisprudência e dos precedentes desempenharem papel relevante no ordenamento jurídico brasileiro, ainda não há proposições bem definidas, carecendo de alterações legislativas para que seja conferido tratamento sistemático e harmônico ao assunto.

Deste modo, para que os precedentes judiciais possam cumprir a sua função de garantir a segurança jurídica nas decisões judiciais, não basta apenas serem feitas alterações na legislação. É necessário que as normas sejam coerentes com os princípios constitucionais e com a própria sistemática processual brasileira, garantindo a possibilidade de superação do precedente quando for preciso.

Além disso, é imprescindível que juízes e tribunais efetivamente respeitem seus próprios precedentes e aqueles formados por órgãos superiores.

Diante da nova realidade dos precedentes judiciais, com o advento do Novo Código de Processo Civil, resta uma esperança para ver a justiça sendo efetivada por meio de uma concreta e devida aplicação do direito, com respeito às decisões já empregadas em casos solucionados, ressaltando a força vinculante destas para os juízes que irão se manifestar em casos semelhantes tendo tais decisões como parâmetros, concretizando-se decisões mais céleres e justas, sem que o Direito deixe de evoluir de modo construtivo.

Assim, compete ao legislador brasileiro acompanhar a evolução constante da sociedade e proporcionar meios necessários ao acesso à justiça e à isonomia. Compete, também, aos construtores do direito utilizar as ferramentas disponíveis para solucionar a crise de eficácia do direito brasileiro e garantir a valorização dos princípios fundamentais e da segurança jurídica.



Portanto, o que se visualiza no presente trabalho é que o sistema de precedentes é uma poderosa ferramenta para equalizar as decisões judiciais em casos iguais e eliminar a insegurança jurídica que hoje permeia o sistema jurídico brasileiro.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARENHART, Sérgio Cruz. O Recurso de Terceiro Prejudicado e as Decisões Vinculantes. In NERY JÚNIOR, Nelson (Org.). **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e Assuntos Afins**. São Paulo: RT, 2007. pp. 424-38.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica – entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

BARREIRO, A. Fernández; PARICIO, Javier. **Historia del derecho romano y su recepción europea**. Madrid: Marcial Pons, 2010.

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. **Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes**. v. 3. Salvador: JusPODIVM, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Quaestio Iuris*. Rio de Janeiro, vol.02, nº 01, 2006, p. 1-48.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nos 1/1992 a 76/2013, pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/1994. 40.ed. com índice. Brasília: Centro de Documentação e Informação (CEDI), 2013. 464 p. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 10 junho 2015.

BRASIL. **Lei 11.417, de 19 de dezembro de 2006**. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/lei/11417.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/lei/11417.htm)>. Acesso em: 20 de outubro 2016.

BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm)>. Acesso em: 10 abril 2016.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de inconstitucionalidade n.º 3685 – Distrito Federal. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2367564>>. Acesso em: 20 de outubro de 2016.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n.º 571.572 – Bahia. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=571572&classe=RE-ED&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20 de outubro de 2016.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Reclamação n.º 1987 – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1987&classe=Rcl&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20 de outubro de 2016.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de inconstitucionalidade n.º 1662 – Distrito Federal. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1662&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20 de outubro de 2016.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de inconstitucionalidade n.º 1232 – Distrito Federal. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1232&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20 de outubro de 2016.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário com agravo n.º 964246 – São Paulo. Relator: Ministro Teori Zavascki. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=964246&classe=ARE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 11 de novembro de 2016.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n.º 954.859 – Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Pesquisa de Jurisprudência do STJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=954859&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 20 de outubro de 2016.

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

CAMBI, Eduardo; FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Precedentes vinculantes. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 38, n. 215, Jan. 2013, p. 207-248.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência Lotérica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 90, v. 786, p. 108-128, abr. 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A principalização da jurisprudência através da Constituição. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 98, abr/jun 2000, p. 83-89.

CARVALHO, Sabrina Nasser de. Decisões paradigmáticas e dever de fundamentação: técnica para a formação e aplicação dos precedentes judiciais. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 249/2015, nov. 2015, p. 421-448.

CROCETTI, Priscila Soares; DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. Formação Histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de *common law* e de *civil law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A força dos precedentes**: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Salvador: Juspodium, 2010.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **El precedente en el derecho ingles**. Trad. M.<sup>a</sup> Angélica Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2012.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente Judicial como fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. O regime do precedente judicial no Novo CPC. In: **Revista do Advogado AASP**, v. 126. São Paulo: Associação dos Advogados do Estado de São Paulo, 2015.

DALLEFI, Nayara Maria Silvério da Costa. **Da segurança jurídica na súmula vinculante no Brasil**: contribuições/influências do sistema da *common law* e *civil law*. Trabalho de curso. Mestrado em Direito – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2016.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. de Hermínio A. Carvalho. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. Eficácia do precedente judicial na história do direito brasileiro. **Revista do Advogado**. São Paulo, AASP, n.º 75, abr. 2004, p. 73-77.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 4ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, v. 2.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERNANDES, Jordhana Cunha; FARINELLI, Alisson Henrique do Prado. O precedente como instrumento de garantia à segurança jurídica. In: **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**. São Paulo: IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda., ano XVII – n.º 99, jan. 2016.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. **Enunciados**: Carta de Curitiba. 23 a 25 de outubro de 2015. Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/12/Carta-de-Curitiba.pdf>. Acesso em: 01 de fev. 2017.

HASSEMER, Winfried. O sistema do direito e a codificação a vinculação do juiz à lei. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, n. 36, mar. 1986, p. 181-197.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: JusPODIVM, 2015.

MAGALHÃES, Breno Baía; SILVA, Sandoval Alves. O grau de vinculação dos precedentes à luz do STF: o efeito vinculante é absoluto? **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 49, n.º 195, p. 77-95, jul./set. 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**. n.47, p. 11-58, 2008.

\_\_\_\_\_. A transformação do *civil law* e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, ano 57, n. 380, p. 45-50, junho 2009.

\_\_\_\_\_. Os precedentes na dimensão da segurança jurídica. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, n. 398, p. 25-43, dezembro 2010.

\_\_\_\_\_. (Org.). **A força dos precedentes: estudos dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

\_\_\_\_\_. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

MITIDIERO, Daniel Francisco. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**. vol. 206, p. 61-78. São Paulo: Ed. RT, 2012.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das Leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NERY JR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal** – Processo Civil, Penal e Administrativo. 9.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NOGUEIRA, Cláudia Albagli. O novo código de processo civil e o sistema de precedentes judiciais: pensando um paradigma discursivo da decisão judicial. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**. Belo Horizonte, ano 22, n. 8, p. 185-210, out./dez. 2014.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e no direito brasileiro**. 2ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013.

NUNES, Jorge Amaury Maia. Segurança jurídica. **Revista dos Estudantes de Direito da UnB**. Brasília, n. 6, ano 2007, p. 299-333.

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

RAMOS, Vinícius Estefaneli. Teoria dos precedentes no civil law e no common law. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3621, 31maio 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24569>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

RE, Edward D. Stare decisis. Trad. Ellen Gracie Northfleet. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 702, Abr 1994, p. 7.

ROSA, Viviane Leme da. **O sistema de precedentes brasileiro**. Trabalho de curso. Mestrado em Relações Sociais – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2016.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de; CARVALHO, Paulo Barros de. **Decadência e prescrição no Direito Tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

SANTOS JR., Danilo Rinaldi dos; FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. A segurança jurídica e os precedentes da common law. In: LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa e KNOERR, Viviane Coêlho de Séllos (Org.). **Diálogos (im)pertinentes – Juiz e Jurisdição**. Curitiba: Instituto Memória – Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2014

SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHAUER, Frederick. Precedentes. In: DIDIER JR., Fredie et. al. **Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes**. v. 3. Salvador: JusPODIVM, 2015.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Compreendendo os “precedentes” no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 226, Dez. 2013, p. 349.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A função dos tribunais superiores. **Gênesis**: revista de direito processual civil. Curitiba, n. 13, v. 9, jul/set. 1999, p. 485-498.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

\_\_\_\_\_. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Coord.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada – estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2.<sup>a</sup> ed. ver. ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. 3. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico. São Paulo: LTr, 1996.

SOUZA, Miguel Teixeira. **Estudos sobre o novo processo civil**. 2.<sup>a</sup> ed. Lisboa: Lex, 1997.

TALAMINI, Eduardo. Objetivação do controle incidental e força vinculante ou ‘devagar com o andor que o santo é de barro’. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **O que são os “precedentes vinculantes” no CPC/15**. 23 de mar. 2016. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236392,31047-O+que+sao+os+precedentes+vinculantes+no+CPC15>>. Acesso em 30 de janeiro de 2017.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e common law. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 110, v. 28, abr/jun 2003, p. 141-158.



\_\_\_\_\_. Icebergs do common law e civil law?: macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 181, v. 35, março 2010, p. 167-172.

\_\_\_\_\_. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em 20.07.2015.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil law e common law – os dois grandes sistemas legais comparados**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. **Reclamação constitucional e precedentes judiciais**. Trabalho de curso. Mestrado em Direito – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito – *civil law e common law*. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out. 2009.

\_\_\_\_\_. Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 893, Mar. 2010, p. 33.

\_\_\_\_\_. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 172, Jun. 2009, p. 121.

\_\_\_\_\_. Sobre a Súmula 343. **RePro**, São Paulo, RT, v. 22, n. 86, p. 148-157, abr./jun. 1997.