

CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL UNINTER

EDUARDO NOVACKI

**SEGURANÇA JURÍDICA: RESTABELECIMENTO PELO RESPEITO AOS
PRECEDENTES JUDICIAIS**

CURITIBA

2019

EDUARDO NOVACKI

**SEGURANÇA JURÍDICA: RESTABELECIMENTO PELO RESPEITO AOS
PRECEDENTES JUDICIAIS**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção de título de mestre. Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito - Mestrado Acadêmico, em Jurisdição e Processo na Contemporaneidade, Centro Universitário Internacional Uninter.

Orientador: Professor Doutor Mário Luiz Ramidoff

**CURITIBA
2019**

N935s Novacki, Eduardo
Segurança jurídica: restabelecimento pelo respeito aos precedentes judiciais / Eduardo Novacki. - Curitiba, 2019.
140 f.

Orientador: Prof. Dr. Mário Luiz Ramidoff
Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro
Universitário Internacional Uninter.

1. Segurança jurídica. 2. Precedentes judiciais. 3. Direito -
Filosofia. 4. Hermeneutica (Direito). I. Título.

CDD 340

EDUARDO NOVACKI

**SEGURANÇA JURÍDICA: RESTABELECIMENTO PELO RESPEITO AOS
PRECEDENTES JUDICIAIS**

Dissertação apresentada ao PPGD do
Centro Universitário Internacional Uninter,
como requisito parcial à obtenção de título
de mestre.

Curitiba, 15 de fevereiro de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Mário Luiz Ramidoff
Orientador – PPGD UNINTER

Prof. Dr. André Peixoto de Souza
PPGD UNINTER

Prof. Dr. Celso Luiz Ludwig
PPGD UNINTER

Prof. Dr. Clayton de Albuquerque Maranhão
PPGD UFPR

Dedico o presente trabalho à Lediane, esposa dedicada, mãe do João e do Pedro, e simplesmente o amor da minha vida. Aos meus filhos, João Victor e Pedro Augusto, razões que me movem a levantar todos os dias e a lutar por tempos melhores. E à Elenir, mãe querida, amorosa e bondosa, que me ensinou a importância dos valores do respeito e da justiça.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pelo dom da vida e por fomentar no meu ser a busca pelo conhecimento.

Agradeço à minha família, em especial à minha esposa e filhos, por todo o apoio e pela generosa compreensão diante das minhas longas ausências, decorrentes das necessárias imersões para realização da pesquisa.

Agradeço ao professor, desembargador e estimado orientador, Mário Luiz Ramidoff, por todos ensinamentos transmitidos, paciência e dedicação a este orientando, em especial por trazer de volta aos rumos a pesquisa quando tal se fez necessário.

Agradeço aos demais professores e colegas mestrandos do PPGD do Centro Universitário Internacional – Uninter, pelo convívio e pelos conhecimentos generosamente compartilhados neste período tão especial.

*“The judge who acts fairly and reasonably,
and who performs his duties with
professionalism and skill, need not be a
slave to the past and a despot for the
future”*

(DUXBURY, Neil)

RESUMO

Na pós-modernidade a ideia de obtenção da certeza no conhecimento científico, tão almejada na modernidade, se arrefeceu. O abandono da busca da certeza também se verificou no conhecimento jurídico, bastante caracterizado pela linguagem e pelas diversas interpretações dela decorrentes. Em um ambiente incerto, a estruturação da segurança jurídica, vista em suas dimensões da confiança, previsibilidade e estabilidade, é essencial à configuração do Estado de Direito e do Estado Constitucional. Diversos fatores contemporâneos, contudo, como a incessante busca pela efetividade na era pós-moderna, o avanço das teorias da interpretação e da argumentação jurídica, a divergência jurisprudencial, o constitucionalismo e a judicialização da política, contribuem para a crise da segurança jurídica. Diante desta crise, se faz necessária a inserção de mecanismos para o fortalecimento da segurança jurídica, como os precedentes judiciais. Os precedentes judiciais não são quaisquer, mas sim, aquelas decisões proferidas em casos concretos, no exercício da Jurisdição, que trazem acréscimo hermenêutico ao sistema jurídico, e devem ser observadas nos julgamentos de processos futuros idênticos ou similares. Trata-se de instituto desenvolvido nos sistemas jurídicos da tradição da *common law*, mas que podem ser utilizados na *civil law*, diante da aproximação verificada entre ambas as tradições. No Brasil, o sistema jurídico processual tem suas peculiaridades e complexidades e se estrutura a partir da coexistência harmônica entre os subsistemas normativo e precedentalista. Há várias razões justificatórias da observância dos precedentes judiciais, destacando-se argumentos filosóficos, constitucionais, legais e consequencialistas. A dissertação teve como hipótese fundamental a de que são as razões filosóficas, como a coerência e a integridade do Direito, as mais relevantes justificativas para o respeito aos precedentes no Direito brasileiro. Em uma visão sistêmica, mais adequada à ordem jurídica, o fortalecimento da segurança jurídica não pode prescindir da necessidade de observância dos precedentes judiciais, fruto do exercício da Jurisdição no ambiente do processo, eis que outras medidas possuem eficácia limitada para este intento sem a vinculação hermenêutica às decisões que sejam consideradas como tais.

Palavras-chave: Segurança Jurídica. Precedentes Judiciais. Direito – Filosofia. Hermenêutica (Direito).

ABSTRACT

In contemporary postmodernity, the idea of obtaining certainty in scientific knowledge, which was sought during modernity, has cooled. The abandonment of the search for certainty also occurred in legal knowledge, quite characterized by the language and the various interpretations that results from it. In an uncertain environment, the structuring of legal security, given its dimensions of trust, predictability and stability, is essential to the configuration of the rule of law and the Constitutional State. However, many contemporary factors, such as the ceaseless pursuit of effectiveness in the postmodern era, the advancement of theories of interpretation and legal argumentation, jurisprudential divergence, constitutionalism and the judicialization of politics, contribute to the crisis of legal security. In this way, it is necessary to include mechanisms to strengthen legal security, such as judicial precedents. Judicial precedents are known as decisions made in concrete cases, in the jurisdictional exercise, which bring hermeneutic addition to the legal system and must be observed in the judgments of similar cases. This institute is usually developed in the common law tradition but it can also be used in the civil law tradition, considering the verified approximation between both law systems. In Brazil, the legal system has its peculiarities and complexities and is structured from the harmonious coexistence between the normative and precedent subsystems. There are several reasons justifying the observance of judicial precedents, emphasizing philosophical, constitutional, legal and consequentialist arguments. The master thesis has a fundamental hypothesis that the philosophical reasons, such as the coherence and integrity of the Law, are the most relevant justifications for the respect of precedents in Brazilian law. In a systemic and more adequate view to the legal order, the strengthening of legal security can not exempt the need to comply with judicial precedents, as a result of the exercise of Jurisdiction in the process environment, since other measures have limited effectiveness for this intent without the hermeneutic linkage to decisions that are considered as such.

Keywords: Legal Security. Judicial Precedents. Law – Philosophy. Hermeneutics (Law).

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 PERSPECTIVA EPISTÊMICA	15
1.1 CONHECIMENTO JURÍDICO E CERTEZA	15
1.2 SEGURANÇA JURÍDICA	21
1.3 CRISE DA SEGURANÇA JURÍDICA	28
1.3.1 Pós-modernidade e busca de efetividade	28
1.3.2 Interpretação, argumentação jurídica e divergência jurisprudencial	33
1.3.3 Constitucionalismo	40
1.3.4 Judicialização da política	46
2. PRECEDENTES JUDICIAIS E TRADIÇÕES JURÍDICAS	51
2.1 PRECEDENTES JUDICIAIS	52
2.2 <i>COMMON LAW</i> E <i>CIVIL LAW</i>	65
2.2.1 Precedentes Judiciais na Tradição da <i>Common Law</i>	66
2.2.2 Precedentes Judiciais na Tradição da <i>Civil Law</i>	70
2.3 MODELO BRASILEIRO	75
3 VINCULAÇÃO HERMENÊUTICA: SEGURANÇA SISTÊMICA	86
3.1 SEGURANÇA JURÍDICA: RESTABELECIMENTO	86
3.2 VINCULAÇÃO AOS PRECEDENTES JUDICIAIS	95
3.3 INTEGRIDADE E COERÊNCIA JURÍDICAS	107
CONSIDERAÇÕES FINAIS	119
REFERÊNCIAS	129

INTRODUÇÃO

A ciência é essencial para o conhecimento, desenvolvido ao longo da história da humanidade, a ponto de ser destacado por Ramidoff que “a essência de todo conhecimento exigiria a mediação duma perspectiva científica, em que as imagens históricas se ponham em movimento, sem, contudo, submeter os fatos sociais a esquemas prévios e mecânicos¹.”

O conhecimento científico pode ser entendido como o conjunto sistematizado de proposições relacionadas entre si sobre o comportamento de certos fenômenos, proposições que são formadas a partir de atividades racionais e que são passíveis de submissão à verificação².

A ciência é a conjugação de determinados fatores, dentre os quais, descrições, interpretações, teorias, leis e modelos, com o objetivo de se conhecer uma parcela da realidade, de forma continuada, ampliada e renovada, através da utilização de um método que lhe é peculiar, qual seja, o método científico³.

O conhecimento científico se caracteriza pela existência do método, que o distingue de outros tipos de conhecimento, como o vulgar e o religioso, por exemplo. De acordo com Tércio Sampaio Ferraz Jr.⁴, a sistematicidade, com a existência de princípios próprios e regras peculiares é um argumento para a cientificidade.

Para Karl Popper⁵, o método das ciências empíricas reside verdadeiramente na possibilidade da análise lógica do seu procedimento, *in verbis*:

Um cientista, seja teórico ou experimental, formula enunciados ou sistemas de enunciados e verifica-os um a um. [...] A tarefa da lógica da pesquisa científica, ou da lógica do conhecimento, é, segundo penso, proporcionar uma análise lógica desse procedimento, ou seja, analisar o método das ciências empíricas.

Construir um objeto científico é romper com o senso comum. A construção da pesquisa científica deve se apoiar no rigor metodológico, mas não de forma

¹ RAMIDOFF, Mário Luiz. **A redução da idade penal: do estigma à subjetividade**. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. p. 23. Disponível em: <file:///Users/eduardonovacki/Downloads/191339.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2017.

² Cf. FERRARI, Alfonso Trujillo. **Metodologia da pesquisa científica**. São Paulo: MacGraw-Hill do Brasil, 1982. p. 2.

³ Cf. FREIRE-MAIA, Newton. **A ciência por dentro**. Petrópolis: Vozes, 1990. p. 24.

⁴ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 199.

⁵ POPPER, Karl. **A Lógica da pesquisa científica**. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 2013. p. 27.

dissociada do aspecto teórico acerca do objeto pesquisado. É um exercício que necessita de uma teorização prévia e de uma observação prolongada, eis que “somente em função de um corpo de hipóteses derivado de um conjunto de pressuposições teóricas que um dado empírico qualquer pode funcionar como prova⁶.”

Para relevante parte de cientistas da modernidade, o conhecimento científico deve ser responsável por formar enunciados dotados de sentidos e baseados no que é observável e verificável. Para esses cientistas, através da utilização do método indutivo, deve-se partir de enunciados atômicos, a partir dos quais se faz possível construir proposições e teorias, reputadas por verdadeiras, seguras e científicas⁷.

A ciência é, para esta linha de pensamento, uma forma de conhecimento baseada na certeza de suas proposições e teorias, as quais seriam aplicáveis, agora por dedução, à generalidade das situações similares. Nessa ciência se tornam irrelevantes os valores e a dialética e se enaltece o raciocínio estruturado a partir da lógica matemática.

Este pensamento se desenvolveu frutiferamente na modernidade, tendo sido formado pela contribuição de importantes teóricos, dentre os quais se destaca Descartes, cujo método, que enaltece o raciocínio dedutivo, prevaleceu e inspirou toda a comunidade científica da época, influenciando o conhecimento científico até os dias atuais⁸.

Boaventura de Sousa Santos⁹ corrobora a assertiva relativa à disseminação do pensamento de Descartes, o qual consolidou o entendimento de que não se pode

⁶ Cf. BOURDIEU, Pierre. **O Poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012. p. 24.

⁷ Cf. MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014. p. 37.

⁸ Conforme explica Michel Villey: “A ambição de Descartes foi sobretudo a de construir uma filosofia, uma filosofia nova, que fizesse “tábula rasa” da antiga e a substituísse; uma filosofia completa que resolveria primeiro os problemas da existência de Deus, da imortalidade da alma [...] e da essência dos seres, em suma, um sistema total que se revestisse, como sonhou num famoso sonho de juventude, da forma de uma “ciência universal”. [...] Descartes não tem nenhum carinho pelo tipo de raciocínio a que recorria sobretudo e precisamente a arte jurídica. Acusava-a de se contentar com resultados apenas prováveis, ou seja, de nadar no obscuro, no duvidoso, no discutível. Ora, do incerto, por maior que seja o número de silogismos e a extensão das controvérsias, não se pode tirar outra coisa senão consequências incertas. Ele, pelo contrário, tem a ambição de construir uma filosofia certa – certa como acredita ser a ciência, certa como é a matemática”. VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 600-601.

⁹ Nas palavras do autor: “Mas as tendências culturais desencadeadas pela racionalidade cartesiana foram-se gradualmente impondo na cultura e na prática jurídicas. [...] Durante uns tempos, parecia que o conhecimento provável, resultante de uma argumentação razoável, tinha sido irreversivelmente suplantado pelo conhecimento exacto resultante da prova científica”. SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2005. p. 97.

aceitar uma concepção quando não se ofereçam parâmetros outros que não sejam decorrentes do absoluto rigor acadêmico (racionalidade cartesiana).

Nessa quadra, a verdade e a certeza são qualidades atribuídas aos conceitos gerais, os quais seriam aplicáveis indistintamente à totalidade das situações correspondentes que neles se enquadrassem.

A atitude de conhecer o mundo tende a generalizações em face das realidades casuísticas. As generalizações são linguísticas, que ocorrem dentro da linguagem. Os conceitos gerais são indispensáveis à aquisição e à transmissão do conhecimento¹⁰.

No entanto, esta certeza, característica da holística, consistente na objetivação dos fenômenos com o encontro de proposições verdadeiras¹¹, tem sido amplamente questionada.

De acordo com Michel Villey¹², na formação do pensamento jurídico moderno se perde a preocupação com os valores, com a harmonia dos conjuntos e com a dialética, o que o torna frio, objetivo e empobrecido:

Dessa visão do mundo, empobrecida, fria e puramente objetiva, desaparecem também os valores. Agreguemos que a ciência moderna, herdeira do nominalismo, só percebe fatos singulares, não mais a harmonia dos conjuntos. Ela faz uso de uma lógica nova, de uma linguagem matemática, serve-se de indução e de dedução, mas não mais da antiga dialética apta a raciocinar sobre os valores e sobre qualidades tais como a qualidade do justo.

Mesmo nas ciências naturais, as teorias se sucedem e são modificadas, por mais sólidas que pareçam no início de suas existências. Tais teorias seriam, na realidade, conjecturas (ou quase-verdades), que descrevem certos aspectos de porções do universo, sem aspiração de serem seus retratos exatos¹³.

¹⁰ Cf. ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2005. p. 236.

¹¹ Cf. ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2005. p. 241.

¹² VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 588.

¹³ Cf. COSTA, Newton Carneiro Afonso da. Conjetura e quase-verdade na obra de Miguel Reale. *In* MOTOYAMA, Shozo (org.). **Cidadania e cultura brasileira**: homenagem aos 90 anos do professor Miguel Reale. São Paulo: EDUSP, 2001. p. 34-35.

Para Karl Popper¹⁴ o que torna a teoria científica é o fato dela ser falível e aceitar ser refutada. A racionalidade da ciência consiste no fato dela aceitar ser testada, podendo ser falseada:

O critério de demarcação inerente à Lógica Indutiva – isto é, o dogma positivista do significado – equivale ao requisito de que todos os enunciados da ciência empírica (ou todos os enunciados “significativos”) devem ser suscetíveis de serem, afinal, julgados com respeito à sua verdade e falsidade; diremos que eles devem ser “*conclusivamente julgáveis*”. Isso quer dizer que sua forma deve ser tal que se torne logicamente possível *verifica-los e falsifica-los*. [...]. Essas considerações sugerem que deve ser tomado como critério de demarcação, não a *verificabilidade*, mas a *falseabilidade* de um sistema. Em outras palavras, não exigirei que um sistema científico seja suscetível de ser dado como válido, de uma vez por todas, em sentido positivo; exigirei, porém, que sua forma lógica seja tal que se torne possível validá-lo através de recurso a provas empíricas, em sentido negativo: *deve ser possível refutar, pela experiência, um sistema científico empírico*.

Talvez uma das maiores demonstrações de que a certeza e a verdade são incompatíveis com o conhecimento científico é o fato de certos paradigmas, por mais verdadeiros que pudessem parecer, terem sido reiteradamente substituídos por outros, ao invés de simplesmente haver ocorrido seus aprimoramentos, o que se verificou em vários momentos da história da humanidade.

De acordo com Thomas Kuhn¹⁵, as mudanças paradigmáticas podem inaugurar uma nova fase da ciência normal, com a reconstrução da área de estudos através da emergência de novos princípios, a influir nas próprias generalizações decorrentes do paradigma superado. Em suas palavras:

A transição de um paradigma em crise para um novo, do qual pode surgir uma nova tradição de ciência normal, está longe de ser um processo cumulativo obtido através de uma articulação do velho paradigma. É antes uma reconstrução da área de estudos a partir de novos princípios, reconstrução que altera algumas das generalizações teóricas mais elementares do paradigma, bem como de muitos de seus métodos e aplicações.

A ideia de busca da verdade fracassou, eis que a ciência é ainda mais mutável do que a teologia. A cientificidade se define pela incerteza e não pela

¹⁴ POPPER, Karl. **A Lógica da pesquisa científica**. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 2013. p. 37-38, destaques do autor.

¹⁵ KUHN, Thomas. **A Estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2006. p. 116.

certeza, pelo que deve ser abandonada a ideia de certeza teórica, dando-se lugar à noção de falibilidade, sem que isso se configure em abandono da racionalidade¹⁶.

As considerações ora tecidas se aplicam ao conhecimento jurídico, por ser ele uma espécie do conhecimento científico, onde se destaca a linguagem, com todos os seus problemas semânticos, motivo pelo qual se pode considerar que a incerteza se faz presente também na ciência jurídica.

No presente estudo, partindo-se da ideia de incerteza no conhecimento jurídico, passou-se pela importância da segurança jurídica, pela sua crise e pela possibilidade de seu restabelecimento através do respeito aos precedentes judiciais, considerados como instrumento apto à racionalização da Jurisdição e ao resgate da segurança jurídica no ambiente processual.

O objetivo central do trabalho foi demonstrar que a compreensão e a devida utilização dos precedentes judiciais possui grande potencialidade contributiva para a racionalização da jurisprudência e para o resgate da segurança jurídica.

No primeiro capítulo, através de uma perspectiva epistêmica, se analisou o enfraquecimento da ideia de certeza no conhecimento jurídico e a importância da segurança jurídica para a sociedade. O conceito de segurança jurídica e suas características principais foram abordados.

Também foram analisados diversos fatores que têm levado à crise da segurança jurídica, como a pós-modernidade e a busca da efetividade das decisões judiciais, a evolução das teorias da interpretação e da argumentação jurídica, a divergência jurisprudencial, o constitucionalismo e a judicialização da política.

No segundo capítulo foi estudado o que se entende por precedentes judiciais, suas características e elementos, para, após, se expor a utilização dos precedentes judiciais nas tradições da *common law* e da *civil law*, e, por fim, se explicar a construção de um modelo brasileiro, com destaque para a processualística civil contemporânea.

No terceiro e derradeiro capítulo foram expostas algumas medidas de restabelecimento da segurança jurídica e a limitação da eficácia destas medidas diante da divergência jurisprudencial, caso não se observe a necessária vinculação hermenêutica na aplicação do Direito.

¹⁶ Cf. MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014. p. 38-39.

A necessidade de observância dos precedentes judiciais para o reestabelecimento da segurança jurídica foi analisada, bem como as razões para referida observância, assim como a significação da observância aos precedentes judiciais e os argumentos contrários ao seu uso. Em seguida, abordou-se a importância dos precedentes judiciais para se conferir integridade e coerência ao ordenamento jurídico, numa perspectiva sistêmica.

Ao final, foram apontadas as considerações finais decorrentes da pesquisa realizada, as quais não tiveram por objetivo expor uma conclusão sobre o tema pesquisado, mas sim apontar questões e situações relevantes, merecedoras do devido aprofundamento, quando do estudo, da interpretação e da aplicação do Direito.

O trabalho insere-se na linha de pesquisa “Jurisdição e Processo na contemporaneidade”. Sua adequação com a linha de pesquisa resta afirmada pelo seu objeto, que consiste na análise da inserção de mecanismos de atuação dos órgãos do Poder Judiciário na entrega da prestação jurisdicional, hábil a conferir segurança jurídica ao Direito aplicado contemporaneamente.

O trabalho foi desenvolvido por pesquisa bibliográfica e documental, através do método reflexivo-dialético e a análise dos dados se deu pela abordagem qualitativa.

1 PERSPECTIVA EPISTÊMICA

1.1 CONHECIMENTO JURÍDICO E CERTEZA

Na modernidade se propagou, especialmente na Europa continental, o fenômeno da codificação, através do qual se procurou conferir certeza ao conhecimento jurídico através da lei, em contraposição à ideia do Direito natural.

Em função do objeto do presente estudo, neste trabalho aborda-se, com mais ênfase, o desenvolvimento do Direito na família da *civil law*, também conhecida como de origem romano-germânica, da qual o Brasil faz parte, embora no próximo capítulo também sejam traçadas linhas sobre a utilização dos precedentes judiciais na outra grande família do mundo ocidental, a da *common law*.

Na tradição da *civil law* o fenômeno da “positivação é o traço mais característico do Direito em nossos dias” e “explica o nascimento de uma Ciência do Direito, e, ao mesmo tempo, das suas ambiguidades¹⁷.”

Nos sistemas de origem romano-germânica os códigos passaram a representar a previsibilidade, sendo depositada na lei a expectativa de regulação de todas as condutas dos que a ela estavam sujeitos. Os códigos eram reputados como harmoniosos e completos, capazes de absorver todas as necessidades dos cidadãos e de regular todas as suas possíveis condutas.

Esta ordem de ideias acerca da pretensa completude dos códigos é bem sintetizada por Estefânia Barboza¹⁸, que destaca, como consequência, a redução da função judicial, limitada meramente a aplicar o produto legislativo sem maiores reflexões e interpretações:

Outra característica importante e necessária ao Código é sua pretensa plenitude, completude, o que garantiria ao juiz ter sempre na lei a resposta para resolver os problemas que lhe fossem submetidos. É como se a norma já estivesse prevista *a priori*, bastando o juiz descobri-la, desvendá-la, quando da análise do caso concreto.

¹⁷ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 23-26.

¹⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 72.

Esse pensamento era condizente com a filosofia do então vigente Estado liberal clássico, no qual se apregoava a liberdade dos indivíduos e a necessidade de sua proteção em face do Estado, cujos poderes deveriam ser limitados. Para tanto, nada mais adequado do que se assegurar uma pretensa igualdade através da lei, geral e abstrata.

Nesse contexto, o Poder Judiciário seria responsável por julgar as questões que lhe fossem submetidas, mas o deveria fazer nos termos do produto emanado do Legislativo, qual seja, a lei, considerada a fonte primária do Direito, a qual formaria um sistema fechado e desprovido de lacunas¹⁹.

Desta forma, não haveria discricionariedade no exercício da Jurisdição, sendo o Poder Judiciário responsável tão somente por descobrir o Direito existente, não exercendo qualquer papel criativo da ordem jurídica. “O sistema jurídico é tido como fechado, a teoria fonográfica é aplicada sem hesitação, a função de criação do direito pelo juiz é negada²⁰.”

Nessa ordem de ideias surgiram a Escola da Exegese, na França, e a Escola da Jurisprudência de Conceitos, na Alemanha, com plena adesão ao Direito legislado. Neste período predominava o método de construção, com a limitação da atividade do órgão julgador a uma tarefa cognoscitiva, sem mensuração às consequências sociais ou econômicas das suas decisões²¹.

Por esta razão, o Judiciário nada mais seria do que um Poder tido como neutro, eis que alijado da interpretação e da mensuração das consequências da decisão judicial por ocasião da aplicação do Direito.

Segundo Montesquieu²² não cabe ao juiz atribuir valor à lei, não lhe sendo possível mensurar sua aplicação diante das peculiaridades do caso concreto:

Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juizes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor.

¹⁹ Cf. NEUMMANN, Franz. A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. In: **Revista brasileira de estudos políticos**. Belo Horizonte, n. 109, p. 13-87, jul./dez. 2014.p. 38.

²⁰ Ibidem, p. 38.

²¹ Cf. NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 382.

²² MONTESQUIEU, Charles Louis de. **O espírito das leis**. Tradução: Cristina Muraschco. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 151-152.

O pensamento e a doutrina referida baseiam-se na utopia de que “a neutralidade nas faculdades de julgar e de punir requer ‘seres inanimados’, sem paixões, distantes das mazelas do dia a dia²³.”

Para Tércio Sampaio Ferraz Junior²⁴ “de fato, a neutralização do Judiciário é uma das peças importantes na caracterização do Estado de Direito burguês. Ela se torna, no decorrer do século XIX, a pedra angular dos sistemas políticos desenvolvidos.”

Tal neutralidade implica, segundo Montesquieu²⁵, na própria nulificação do Judiciário como poder: “dos três poderes de que falamos, o de julgar é, de algum modo, nulo. Restam apenas dois.”

Franz Neumann²⁶ bem sintetiza esse pensamento: “há apenas dois poderes em cada sociedade política: aquele que cria as leis e aquele que as executa. O poder judiciário [...] consiste apenas na pura e simples aplicação da lei [...]”

Desta forma, nesta concepção teórica predominante na modernidade ocidental, a lei traria a pretendida certeza ao Direito, certeza que restaria protegida dos valores e paixões dos órgãos julgadores e aplicadores do Direito, as quais teriam sido neutralizadas.

Contudo, esta concepção se mostrou insuficiente, diante da sua ineficiência para resolver os problemas práticos relativos à aplicação do Direito. Com efeito, paulatinamente se desacreditou na ideia de que a lei era completa e desprovida de lacunas. Começaram a surgir as Escolas histórico-dogmáticas e as Escolas sistemáticas, que se fundam na impossibilidade de dissociar a interpretação da lei dos contextos históricos e sociais, quando da sua aplicação.

Nesse quadro, há de ser evidenciado o importante papel da dogmática jurídica, que não se limita à descrição do Direito positivado pela lei, embora continue a possuir esta relevante função.

No entanto, para além de descrever e enumerar, cabe à dogmática jurídica também o papel de interpretar o Direito positivo, bem como de assumir a importante

²³ Cf. SADEK, Maria Tereza. Poder Judiciário: uma nova instituição. **Cadernos Adenauer**, XI, 2010. p. 13.

²⁴ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência? In: **Revistausp**: São Paulo, n. 21, 1994. p. 14-15.

²⁵ MONTESQUIEU, Charles Louis de. **O espírito das leis**. Tradução: Cristina Muraschco. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 151-152.

²⁶ NEUMANN, Franz. A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. In: **Revista brasileira de estudos políticos**. Belo Horizonte, n. 109, p. 13-87, jul./dez. 2014. p. 38.

tarefa de reformular esse Direito, diante do dinamismo da evolução das relações jurídicas, econômicas e sociais²⁷.

Mesmo consideradas estas importantes atribuições da dogmática jurídica, enquanto prevalecia entre os juristas uma visão ontológica da ciência do Direito, a ideia de certeza permanecia soberana, eis que a existência de uma única solução verdadeira para cada questão jurídica complexa era tida como algo palatável.

Contudo, com a crescente disseminação das teorias retóricas, paulatinamente passou-se a observar uma descrença na existência de uma única solução para cada questão jurídica complexa, sendo admitida a possibilidade de várias soluções diferentes como adequadas ao seu trato²⁸.

A descrença na possibilidade de obtenção de respostas reputadas únicas e verdadeiras para cada questão jurídica complexa fomentou o surgimento das teorias da argumentação jurídica, pelas quais não se admite possível a existência de respostas certas, mas tão somente de respostas razoáveis, reconhecidas como admissíveis para as questões apreciadas.

Conforme explica Robert Alexy²⁹, embora a argumentação válida deva ser sustentada pela racionalidade, não há como se negar a possibilidade de mais de uma solução aceitável para a maioria dos casos, especialmente os casos emblemáticos:

A argumentação não pode partir do nada nem começar em qualquer ponto. Busca chegar, a partir do faticamente dado como concepções e atitudes, mediante um processo de elaboração racional, a resultados aceitáveis de maneira geral. Por isso, frequentemente não se pode indicar um resultado como o único e correto de maneira definitiva. Isso obriga a uma abertura à crítica e à tolerância.

²⁷ O tema será retomado no item 1.2, quando da análise da segurança jurídica, especialmente nas p. 25-26.

²⁸ João Maurício Adeodato discorre sobre a divergência entre as correntes que defendem estas visões antagônicas, *in verbis*: “Especificando essa dicotomia, a filosofia, a política e a teoria geral do direito têm como problema inarredável a oposição entre privilegiar regras gerais para decidir conflitos que ainda estão para ocorrer e privilegiar a decisão casuística, em concreto. Tal oposição assume diversas formas na literatura jurídica, umas mais, outras menos radicais: enfatizam as regras gerais as diferentes correntes jusnaturalistas, racionalistas, muitas das escolas positivistas e sociológicas; proclamam maior independência da decisão diante do caso concreto a argumentação de sofistas, céticos, cínicos, nominalistas. Os primeiros acreditam, de uma maneira ou de outra, em uma verdade a que uma investigação competente pode chegar. Os últimos relativizam o conhecimento, em maior ou menor grau”. ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2005. p. 238.

²⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 173.

No mesmo sentido, Hespanha³⁰ alerta para a importância dos contextos e das experiências pessoais e culturais dos sujeitos cognoscentes na atividade interpretativa, fatores que são hábeis a gerar sentidos variados, plurais e equívocos, *in verbis*:

Um traço comum da teoria mais recente da interpretação é a ideia de que o sentido não é algo de objetivo que se encontre nos textos a interpretar, mas antes o resultado de processos de interpretação (ou leitura), à luz da experiência pessoal e cultural do intérprete, processo em que as interpretações prévias (a tradição interpretativa, bem como a habituação e expectativas que ela gerou) ou as interpretações próximas (contexto, universo de referencia, casos paralelos) têm um papel fundamental. É a este vai e vem entre o texto a interpretar e este conjunto tradicional ou contextual de referências que, já previamente, guiam os resultados da interpretação que se chamou o “círculo hermenêutico”. Por isso mesmo, não se pode pensar num único sentido, mas em *sentidos contextualizados* pelas circunstâncias que rodeiam os atos de fala (de escrita, de comunicação) e de leitura; e por isso, em sentidos plurais e mutáveis. Ou seja, em sentidos inevitavelmente equívocos.

A técnica da argumentação permite, mediante a contraposição de ideias, o encontro da solução mais razoável que, nem por isso pode ser considerada como certa, em detrimento das outras, que também não podem ser tachadas por erradas, como explica Margarida Maria Lacombe de Camargo³¹:

A compreensão requerida pelo direito poderá ser realizada e apresentada concretamente, mediante o recurso técnico da argumentação, enquanto a argumentação, como instância dialógica, permite o exercício da liberdade, do confronto e do amadurecimento de ideias, em direção a uma solução jurídica nem certa nem errada, mas razoável.

Assim, relevante posição doutrinária passa a rechaçar a existência de argumentos verdadeiros e falsos, afirmando-se haver tão somente argumentos fortes e fracos, pertinentes e impertinentes, relevantes e irrelevantes, que influirão na tomada de uma decisão. O responsável pela tomada da decisão, ao acolher os argumentos de uma parte não deve ignorar os da outra, mas, ao contrário, deve expor fundamentadamente o porquê da consideração e aceitação de uns ao invés dos outros, e deve fazê-lo com base em argumentos normativos.

³⁰ HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e Direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013. p. 269, destaque do autor.

³¹ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe de. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 8.

As ideias de certeza e da existência de um único argumento correto devem, portanto, ser abandonadas na ciência jurídica, situação que enaltece as funções dos juízes de interpretar e aplicar o Direito, como explica Chaim Perelman³²:

Mas, se assim fosse, se houver, em questão de justiça, para cada problema uma solução a um só tempo necessária e única que pareceria tão evidente a todo ser dotado de razão quanto a solução de um problema de aritmética, chegando cada qual necessariamente à mesma resposta, não seria de modo algum necessário designar juízes para dizer o direito.

Para Boaventura de Sousa Santos³³ a relativização é a tônica do período atual, denominado por muitos como período da pós-modernidade, marcado pelo ressurgimento da retórica, onde se afrouxam as certezas e as verdades e ganham espaço o discurso e a argumentação, em contraposição à ideia de verdade objetiva, típica da modernidade:

Enquanto produto de comunidades interpretativas, o conhecimento emancipatório pós-moderno é retórico. [...]. Enquanto a ciência moderna visa naturalizar o conhecimento através de verdades objectivas, de descrições e de regularidades, o conhecimento emancipatório pós-moderno assume a sua artefactualidade discursiva. [...] a retórica é uma forma de conhecimento que avança das premissas prováveis para conclusões prováveis, mediante vários tipos de argumentos, alguns dos quais podem revestir a forma silogística embora não sejam silogismos.

A multiplicidade de soluções possíveis para cada questão jurídica complexa gera um ambiente onde a previsibilidade diminui, eliminando, pois, a noção de certeza jurídica, predominante até então na modernidade.

Com o enfraquecimento do ideal de certeza jurídica, há necessidade de inserção de mecanismos de controle e de estabelecimento de ordem no sistema jurídico, a fim de se evitar a instauração do caos no sistema de Justiça, o que não seria aceitável, podendo mesmo ser considerada uma contradição em termos.

Assim, em não sendo possível o encontro da certeza, há de se desenvolver a noção de segurança jurídica, a qual, embora não se confunda com a certeza, com ela está intimamente relacionada.

1.2 SEGURANÇA JURÍDICA

³² PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 515-516.

³³ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2005. p. 97-99.

Segurança jurídica e certeza jurídica são conceitos distintos. Se a concepção de segurança jurídica não é sinônimo de certeza jurídica também não o é de estabilidade absoluta, eis que estas são ideias atualmente reputadas como inalcançáveis.

Por paradoxal que possa parecer, para se conferir sentido à segurança jurídica é preciso partir de um ambiente de incerteza. Se houvesse certeza, não haveria espaço, necessidade ou utilidade de se falar em segurança jurídica. Somente em meio às incertezas é que se mostra necessária a outorga de segurança, justamente para se atribuir uma determinada, senão suficiente, ordem ao ambiente incerto.

A segurança jurídica é um dos pilares do próprio Estado Democrático de Direito, uma vez que lhe serve de parâmetro para a verificação de sua efetividade jurídica e social. Na verdade, pode ser tida como um subprincípio estruturante e concretizador desta formatação de Estado³⁴.

Por sua vez, a segurança jurídica também é considerada um dos fundamentos do Estado Constitucional, por se revestir em uma condição para que as pessoas possam se autodeterminar, no sentido de pautar suas condutas e viver em situação de mútua confiança, em observância às garantias constitucionais que lhe são outorgadas³⁵.

A segurança jurídica pode ser entendida como um “conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das

³⁴ Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 214. Neste mesmo sentido, Ingo Sarlet: “Com efeito, a doutrina constitucional contemporânea, de há muito e sem maior controvérsia no que diz com este ponto, tem considerado a segurança jurídica como expressão inarredável do Estado de Direito, de tal sorte que a segurança jurídica passou a ter o status de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito.” SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 88.

³⁵ Conforme asseveram Marinoni, Arenhart e Mitidiero: “Embora tomando a segurança jurídica como um valor (“*value*”), Neil MacCormick igualmente observa a sua fundamentalidade para o Estado de Direito (“*Rule of Law*”), um dos corações do Estado Constitucional, fazendo expressa referência à certeza jurídica (“*legal certainty*”) e à segurança do cidadão diante das arbitrariedades estatais (“*safety of the citizen from arbitrary interference by governments and their agentes*”) como condições para que os cidadãos possam se autodeterminar e viver em circunstâncias de mútua confiança (“*mutual trust*”) (*Rhetoric and the Rule of Law – A Theory of Legal Reasoning*, p. 16)”. Destaques dos autores. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. vol. 1. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 600, nota de rodapé. *Ebook*.

consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida³⁶.”

O cidadão necessita ter a segurança de que o Direito será aplicado pelo Estado de maneira uniforme. É essa segurança jurídica que lhe permite definir seu comportamento, tendo em clara consideração o que é admissível e o que não é pelo ordenamento jurídico³⁷.

Ela deve ser entendida como o mínimo de previsibilidade que o Estado deve oferecer às pessoas a respeito das normas jurídicas que devam ser observadas pelos seus cidadãos, e, em relação às quais poderão pautar os seus comportamentos, na expectativa de constituir relações jurídicas reconhecidas como válidas e eficazes³⁸.

Para Humberto Ávila³⁹ a segurança jurídica se trata de uma “prescrição, dirigida aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário que determina a busca de um estado de confiabilidade e de calculabilidade do ordenamento jurídico com base na sua cognoscibilidade”.

Essas normas jurídicas devem ser, igualmente, capazes de gerar uma legítima expectativa de permanência por período de tempo razoável, sendo, pois, potencialmente capazes de trazer uma certa estabilidade não só das expectativas socialmente construídas, mas, preponderantemente, do próprio ordenamento jurídico⁴⁰.

De acordo com Luís Roberto Barroso⁴¹, o princípio da segurança jurídica é um termo que possui um conteúdo abrangente de ideias correspondentes a um só tempo à: a) existência de instituições estatais que, vinculadas ao princípio da legalidade, possuam poder e garantias; b) confiança nos atos dos poderes

³⁶ Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 433.

³⁷ Cf. PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira**: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 18.

³⁸ Cf. GAJARDONI, F. F.; DELLORE, L.; ROQUE, A. V.; OLIVEIRA JR., Z. D. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015. Parte geral. São Paulo: Forense, 2015. p. 31.

³⁹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 118.

⁴⁰ Cf. RAMIDOFF, Mário Luiz; NOVACKI, Eduardo; RAMIDOFF, Luísa Munhoz Bürgel. Processualística Civil e Democracia: uma questão de segurança jurídica? *In*: ALVIM, Eduardo Arruda (Dir.); AGUSTINHO, Eduardo (Coord.); MACEI, Demetrius Nichele; CACHICI, Rogério Cangussu Dantas (Org.). **Segurança jurídica e Estado democrático de Direito**. Curitiba: Instituto Memória, 2017. p. 296.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. *In*: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Temas de direito constitucional**. Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 56.

constituídos; c) estabilidade das relações jurídicas, ante a existência de normas que devem ser duráveis, anteriores aos fatos que regulam e que conservem efeitos para os atos ocorridos na sua vigência, mesmo que revogadas posteriormente; d) previsibilidade comportamental e; e) igualdade na lei e perante a lei.

Os principais aspectos da segurança jurídica são a previsibilidade, a confiança e a estabilidade. A previsibilidade e a confiança são faces de sua mesma dimensão subjetiva, ao passo que a estabilidade pode ser estudada pelo seu viés objetivo.

Conforme lições de Canotilho⁴², pode-se afirmar que a previsibilidade e a confiança são os aspectos subjetivos da segurança jurídica, ao passo que a estabilidade é seu traço marcadamente objetivo. Assim, a segurança jurídica desenvolve-se em torno destes dois macro aspectos, com aplicações e alcances diferentes, quais sejam, a confiança, com a consequente previsibilidade, e a estabilidade.

Assim, não se pode reputar a segurança jurídica de forma reducionista como sinônimo do princípio da proteção da confiança, uma vez que aquela se afigura mais ampla do que este, o qual pode ser entendido como um dos seus aspectos, conforme esclarece Fredie Didier Jr.⁴³:

O princípio da proteção da confiança é a dimensão subjetiva do conteúdo do princípio da segurança jurídica [...] O princípio da segurança jurídica e o princípio da confiança são, pois, facetas que se complementam semanticamente: a segurança é a faceta geral da confiança; a confiança, a face particular da segurança.

A crença na aplicação das normas regularmente estatuídas é consequência inexorável do princípio da confiança, conforme esclarecem Theodoro Júnior, Nunes, Bahia e Pedron⁴⁴: “para haver segurança jurídica é necessário que os jurisdicionados possam conhecer as normas a que se acham subordinados e ter confiança em sua efetiva aplicação.”

⁴² CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 257.

⁴³ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. 1. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 137.

⁴⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 84.

A confiança e a previsibilidade estão relacionadas à legítima expectativa de toda pessoa pautar sua conduta, permeando seu agir ou sua opção pela inação, eis que cabe ao Estado estabelecer regras prospectivas, que permitam aos cidadãos terem a convicção de que se pautando de acordo com o que for estabelecido, venham a obter o resultado nelas previsto, ou, em sentido inverso, não sofram consequências que lhes sejam desfavoráveis sem que tais consequências estejam previamente determinadas pelas regras estatuídas.

O aspecto objetivo da segurança jurídica, relativo à estabilidade, diz respeito ao que pode ser esperado pelas pessoas em relação às deliberações do Estado, de uma forma relativamente duradoura, as quais não devem flutuar simplesmente em decorrência de quaisquer alterações de natureza jurídica, social, política ou econômica⁴⁵.

As situações consolidadas no tempo devem se manter íntegras e estáveis e, para tanto, existem as garantias constitucionais do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada⁴⁶.

De igual sorte, as situações presentes ainda não finalizadas e as futuras também devem ter em conta a sensação transmitida às pessoas até então pelo Estado. Assim, eventuais mudanças abruptas de direção devem ser precedidas do prévio debate – sempre efetivamente inclusivo – e tanto quanto possível da devida sinalização acerca dos rumos vindouros.

As observações supra não implicam na estagnação do Direito, mas apenas trazem à lume a devida e responsável flexibilidade acerca dos rumos de juridicidade pertinentes aos diversos temas objetos de normatização, numa perspectiva história e temporal.

Por esta razão, as transições devem ser procedidas de modo tal que não se esmoreçam por completo as expectativas sociais acerca da necessidade de adequada prestação jurisdicional, e, assim, possam ser, tanto quanto possível, previsíveis. Quando não houver essa possibilidade, por certo, impõe-se a amplitude

⁴⁵ Cf. RAMIDOFF, Mário Luiz; NOVACKI, Eduardo; RAMIDOFF, Luísa Munhoz Bürgel. Processualística Civil e Democracia: uma questão de segurança jurídica? *In*: ALVIM, Eduardo Arruda (Dir.); AGUSTINHO, Eduardo (Coord.); MACEI, Demetrius Nichele; CACHICI, Rogério Cangussu Dantas (Org.). **Segurança jurídica e Estado democrático de Direito**. Curitiba: Instituto Memória, 2017. p. 297.

⁴⁶ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil: 5 de outubro de 1988.

“Art. 5º [...] XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

do debate social acerca das concepções e reflexões, democratizando-se, assim, a participação no debate por parte de diversos segmentos da sociedade⁴⁷.

A segurança jurídica tem sido uma preocupação comum em praticamente todos os Estados considerados como Estados de Direito, ao menos desde a declaração dos Direitos Humanos de 1948, ante o clamor das pessoas por uma determinada medida de estabilidade nas relações jurídicas⁴⁸.

A preocupação com a segurança jurídica se mostra com tal relevância que a dogmática jurídica se apegua a seu papel descritivo e cria métodos que encobrem seu distanciamento, por vezes verificável, do Direito positivado, em homenagem mesmo à preservação deste princípio.

A dogmática jurídica possui uma função descritiva do Direito positivo, mas imaginar ser esta sua única função implicaria em um reducionismo expressivo das suas outras tão importantes dimensões, eis que além de descrever, enumerar e interpretar o Direito positivado, cabe à dogmática jurídica a importante função de reformulação desse Direito.

Esta função é certamente condizente com as respostas que o Direito deve dar diante do dinamismo da evolução das relações sociais, jurídicas e econômicas, mas, diante da afirmação de necessidade de preservação da segurança jurídica, este aspecto da dogmática jurídica não tem sido abertamente tratado, conforme explica Carlos Santiago Nino⁴⁹:

É claro que, apesar dessa evidente atitude de adesão dogmática ao direito legislado, a dogmática jurídica cumpre uma importante função, certamente incoerente com ela: a de reformular esse direito, propondo exatidão para seus termos vagos, completando suas lacunas, resolvendo suas incoerências e ajustando suas normas a determinados ideais axiológicos; dessa forma, a dogmática jurídica presta seu mais importante serviço à administração de justiça. [...] essa função de reconstrução do direito se realiza não de modo aberto, mas de modo encoberto, utilizando um aparato conceitual retoricamente eficaz que cumpre a função de fazer surgir as soluções originais por ela propostas como se derivassem, de alguma

⁴⁷ Cf. RAMIDOFF, Mário Luiz; NOVACKI, Eduardo; RAMIDOFF, Luísa Munhoz Bürgel. Processualística Civil e Democracia: uma questão de segurança jurídica? *In*: ALVIM, Eduardo Arruda (Dir.); AGUSTINHO, Eduardo (Coord.); MACEI, Demetrius Nichele; CACHICI, Rogério Cangussu Dantas (Org.). **Segurança jurídica e Estado democrático de Direito**. Curitiba: Instituto Memória, 2017. p. 298.

⁴⁸ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso no direito constitucional brasileiro. *In*: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 85.

⁴⁹ NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 384.

maneira, às vezes misteriosa, do direito positivo. Algumas dessas técnicas [...] cumprem a importante missão de adaptar o direito a certos ideais racionais e axiológicos, ao mesmo tempo que dão a sensação de preservar a segurança jurídica ao permitirem afirmar que as soluções propostas não supõem modificação alguma do direito positivo, derivando, sim, implicitamente dele.

Parte da dogmática jurídica, como visto, se recusa a aceitar, ao menos explicitamente, a sua função de reformulação do Direito posto, tamanha é a preocupação de, ao adotar postura diversa, comprometer, ou passar a imagem de comprometimento, da segurança jurídica.

No ordenamento jurídico brasileiro o princípio da segurança jurídica possui *status* de direito fundamental, previsto no preâmbulo e no *caput* do art. 5º da Constituição da República Federativa de 1988⁵⁰ e ⁵¹.

A Constituição da República de 1988 prevê expressamente o direito à segurança jurídica em seu aspecto material. Aliás, a própria noção de Estado de Direito pode ser apreciada sob os ângulos material e formal, sendo que, sob o ângulo material, além da ideia de justiça, seu outro elemento estruturante é justamente a segurança jurídica⁵².

Da análise do texto constitucional, observa-se que não existe idêntica previsão expressa no que diz respeito à segurança jurídica no processo. No entanto, como cabe ao Estado garantir o devido processo legal⁵³, cujo princípio, em última análise, é uma garantia constitucional que visa a efetivação das liberdades públicas, pode-se extrair daí a necessidade de se preservar a segurança jurídica no seu aspecto processual.

O princípio do devido processo legal constitucional impõe o respeito aos atos praticados e à autoridade da decisão que proclama seu resultado. Não é por outra

⁵⁰ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil: 5 de outubro de 1988.

“Preâmbulo: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

⁵¹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil: 5 de outubro de 1988.

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”

⁵² Cf. SILVA, Almiro do Couto e. **Conceitos fundamentais do Direito no Estado constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 19.

⁵³ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil: 5 de outubro de 1988.

“Art. 5º [...] LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

razão que a Constituição da República de 1988 assegura, por exemplo, o respeito à coisa julgada, sendo esta, igualmente, uma das mais importantes manifestações constitucionais do princípio da segurança jurídica em seu aspecto processual.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero⁵⁴ obtemperam que embora a Constituição da República não disponha expressamente sobre a segurança jurídica no processo, ela é um dos próprios fundamentos do Estado Constitucional:

Nossa Constituição não prevê o direito à segurança jurídica no processo. Também o novo Código silencia a respeito. Contudo, um dos fundamentos do Estado Constitucional é a segurança jurídica. [...] Especificamente, a Constituição refere que o legislador não pode prejudicar “a coisa julgada” (art. 5º, XXXVI). Daí que, nada obstante não contemplado expressamente, é evidente a existência de direito fundamental à segurança jurídica no processo em nossa ordem constitucional (*Recha uf vorhersehbares Verfaben*).

A efetivação das liberdades públicas, por meio do devido processual legal, é um dos corolários da otimização material da cidadania e a segurança jurídica processual é um dos alicerces do devido processual legal, de acordo com os preceitos constitucionais acima referidos.

O processo é o local onde as normas jurídicas, previstas abstratamente, são interpretadas e aplicadas pelos órgãos julgadores nos casos que lhe são submetidos, o que leva ao entendimento da preponderância deste aspecto da segurança jurídica, conforme afirma Marinoni⁵⁵:

Ora, se a previsibilidade não depende da norma em que a ação se funda, mas da sua interpretação judicial, é evidente que a segurança jurídica está ligada à decisão judicial e não à norma jurídica em abstrato. [...]. Exatamente porque as normas podem ser diferentemente analisadas, a interpretação, ao tender a um único significado, aproxima-se do ideal de previsibilidade. Isto não quer dizer que a eliminação da dúvida interpretativa é algo factível, mas sim que podem e devem minimizar, na medida do possível, as divergências interpretativas acerca das normas, colaborando-se, assim, para a proteção da previsibilidade, indispensável ao encontro da segurança jurídica.

A segurança jurídica, tanto no seu aspecto material quanto no âmbito processual, pode ser entendida como um fator emancipatório da subjetividade cidadã, no sentido de que a intervenção estatal decorrente da prestação jurisdicional

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. vol. 1. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 562. *Ebook*.

⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 100-101.

seja destinada não somente à resolução adequada dos casos concretos, mas também à melhoria da qualidade de vida individual e coletiva, promovendo-se, assim, a emancipação subjetiva dos cidadãos⁵⁶.

1.3 CRISE DA SEGURANÇA JURÍDICA

Não obstante a essencialidade da preservação da segurança jurídica em ambos os seus aspectos – processual e material -, eis que tida como elemento estabilizador do ambiente de incerteza reconhecidamente existente no campo do Direito, hodiernamente se verifica o surgimento de fatores que a afetam e necessitam de tratamento, a fim de se preservar a integridade e a coerência do sistema jurídico.

Dentre os fatores que abalam a segurança jurídica, podem ser destacados: a passagem da modernidade para a pós-modernidade, com a distorção da ideia da valorização da efetividade como escopo principal do processo ainda que em detrimento da segurança; o desenvolvimento e as diversas abordagens das teorias da interpretação e da argumentação jurídicas; a crescente importância conferida à jurisprudência, que muitas vezes se mostra divergente; o constitucionalismo e a judicialização da política.

Na sequência, passa-se a discorrer sobre tais fatores.

1.3.1 Pós-modernidade e busca da efetividade

Atualmente se tornaram comuns os termos “pós-modernidade”, “modernidade tardia” ou “hipermodernidade”, como referência ao modo de vida correspondente aos tempos atuais, nos quais as relações sociais, econômicas e jurídicas se tornaram muito mais dinâmicas, com manifesto apelo ao consumo desenfreado.

⁵⁶ Cf. RAMIDOFF, Mário Luiz; NOVACKI, Eduardo; RAMIDOFF, Luísa Munhoz Bürgel. Processualística Civil e Democracia: uma questão de segurança jurídica? *In*: ALVIM, Eduardo Arruda (Dir.); AGUSTINHO, Eduardo (Coord.); MACEI, Demetrius Nichele; CACHICI, Rogério Cangussu Dantas (Org.). **Segurança jurídica e Estado democrático de Direito**. Curitiba: Instituto Memória, 2017. p. 301.

São características desse momento histórico e cultural a fluidez, a velocidade, a fugacidade e a obsolescência de tudo o que pode ser objeto do consumo do ser humano, tudo potencializado pela globalização, pelas novas tecnologias, pela internet e por sua mobilidade.

Gilles Lipovetsky⁵⁷ descreve a sociedade dos tempos hipermodernos como sendo “uma sociedade liberal, caracterizada pelo movimento, pela fluidez, pela flexibilidade; indiferente como nunca antes se foi aos grandes princípios estruturantes da modernidade”.

Zygmunt Bauman⁵⁸ usa o termo “modernidade líquida” para designar essa forma fluída e volátil das dinâmicas relações no mundo contemporâneo e que se diferenciam das relações que se estabeleceram no antecedente período da modernidade, as quais reputa por “modernidade sólida”.

Para os adeptos desta mudança paradigmática, a pós-modernidade representa uma verdadeira ruptura com as consolidações verificadas na modernidade, com a rejeição de grande parte de todas as manifestações culturais deste período, compreendidas as esferas da ciência, da moral, do Direito, bem como das artes.

Um dos resultados da passagem da modernidade para a pós-modernidade é o aumento substancial da provisoriedade e da mutação conceituais, comportamentais e axiológicas (o que era considerado importante e valorado positivamente ontem não é mais hoje e o que é hoje poderá não ser mais amanhã)⁵⁹.

Conforme esclarece Marco Félix Jobim⁶⁰, na pós-modernidade as “incertezas tomam conta do dia a dia e isto vai se tornando cada vez mais corriqueiro para o ser humano, que acaba achando ser completamente normal viver desta forma.”

Para além da provisoriedade e das mutações há de se destacar o fator tempo na formação das concepções na pós-modernidade. O tempo passa a ser visto como

⁵⁷ LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 26.

⁵⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

⁵⁹ Cf. RAMIDOFF, Mário Luiz; NOVACKI, Eduardo; RAMIDOFF, Luísa Munhoz Bürgel. Processualística Civil e Democracia: uma questão de segurança jurídica? *In*: ALVIM, Eduardo Arruda (Dir.); AGUSTINHO, Eduardo (Coord.); MACEI, Demetrius Nichele; CACHICI, Rogério Cangussu Dantas (Org.). **Segurança jurídica e Estado democrático de Direito**. Curitiba: Instituto Memória, 2017. p. 302.

⁶⁰ JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 50.

elemento valioso e escasso. Não se tolera a vagarosidade e muito menos o que se reputa por demora, mesmo nos mais singelos atos do cotidiano.

A importância conferida ao tempo na contemporaneidade é destacada por Vince Poscente⁶¹:

Imploramos a velocidade, e não ficamos satisfeitos até conseguir. Nossa tolerância à lentidão tem diminuído com a mesma intensidade que a ânsia pela velocidade tem aumentado. Hoje, tempo de espera e tempo ocioso são considerados inaceitáveis. A tolerância anda tão reduzida que 23% dos norte-americanos afirmam perder a paciência em cinco minutos quando esperam na fila. Embora essa atitude vagamente possa parecer imatura ou mimada, a base da intolerância poder estar enraizada em algo bem razoável: cinco minutos esperando na fila equivalem a abrir mão de cinco unidades do nosso bem mais valioso - o tempo. Exploramos o potencial de cada minuto e sabemos exatamente o que conseguimos realizar em cinco minutos. Quando somos forçados a diminuir o ritmo por algum agente externo, estamos sendo roubados de atividades que poderíamos realizar nesse tempo.

Ante a rapidez exigida para apresentação de soluções, as mutações e a provisoriedade destas soluções, reclamadas hodiernamente em todos os aspectos da vida social, com evidentes reflexos no Direito, não se mostra necessário maior esforço para se inferir o comprometimento da segurança jurídica nos dias pós-modernos em que se vive.

No âmbito jurídico, não por acaso, se passa a valorizar como nunca as noções de celeridade e efetividade, não apenas no âmbito das relações materiais, mas também no aspecto processual, o que enseja reflexos evidentes na aplicação do Direito, através da prestação jurisdicional.

O termo efetividade tem sido tratado hodiernamente como a principal característica que um sistema de Justiça deve contemplar. Talvez calejados por fatores como a demora processual e a não verificação dos resultados práticos pretendidos em muitos dos casos levados à apreciação do Poder Judiciário, os operadores do Direito têm atribuído à efetividade uma importância ímpar no momento histórico contemporâneo.

Marco Félix Jobim se refere ao tema da busca da efetividade, ao tratar da duração razoável do processo, como o princípio constitucional que “[...] dialoga com a pós-modernidade, a globalização, o hiperconsumismo, a era da velocidade, a

⁶¹ POSCENTE, Vince. **A era da velocidade**: aprendendo a prosperar em um universo mais rápido já. Tradução: Suely Cuccio. São Paulo: DVS, 2008. p. 13.

internet, a possibilidade de comprar e vender o que bem se entende [...]”, arrematando⁶²:

É somente por meio da leitura desse princípio que serão relidos todos os institutos que não estão em conformidade com as relações sociais, políticas, econômicas e jurídicas da sociedade brasileira, que são diuturnamente modificados com a chegada do desconhecido amanhã, em especial por termos nos tornado uma sociedade doente por viver numa era da velocidade.

A valorização do fator tempo na pós-modernidade, que tem levado à pressa e ao imediatismo na obtenção dos resultados pretendidos, colabora para a exigência de que o pronunciamento judicial seja célere e o seu cumprimento imediato. Estas são consideradas condições inafastáveis para que se tenha por satisfeita a tão propagada efetividade.

No Brasil, o atual do Código de Processo Civil (Lei n. 10.135/2015) traduz o resultado desta ideia⁶³, não se contentando apenas com a prolação do pronunciamento judicial, mas reputando-se como necessária a efetivação do provimento jurisdicional.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero⁶⁴ lecionam que o “juiz ao prolatar a sentença de mérito não cumpre e acaba o ofício jurisdicional – o seu ofício termina apenas quando essa é devidamente cumprida”.

O pensamento, tão somente positivado no novel Código de Processo, é condizente com o que estatui a Constituição da República de 1988, em seu art. 5, inc. LXXVIII⁶⁵, muito embora o fenômeno se verifique há mais tempo, tendo influenciado e justificado as ondas reformistas do antigo Código de Processo de 1973 (Lei n. 5.869/73)⁶⁶.

⁶² JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 169.

⁶³ BRASIL, Lei n. 13.105: 16 de março de 2015 [Código de Processo Civil].

“Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. vol. 1. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 335. *Ebook*.

⁶⁵ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil: 5 de outubro de 1988.

“Art. 5º, inc. LXXVIII. A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

⁶⁶ Conforme explica Fernando Rubin: “Grosso modo, o que se presenciou foi uma adaptação do modelo Buzaid, com forte carga de defesa à segurança jurídica (rectius: certeza jurídica), às reivindicações contemporâneas de um processo efetivo, mais preocupado com o resultado do que com a forma utilizada. Na grande e eterna tensão entre Segurança e Efetividade, ao que parece, formou-se a convicção de que o CPC/1973 tinha um sistema processual bem acabado/articulado,

O problema surge quando a efetividade passa a ser vista como sinônimo de atropelo de garantias em nome da pressa, como se a única duração razoavelmente aceita do processo seja a célere, e como se a existência de um tempo de preparação e de práticas de atos essenciais à obtenção de um processo respeitador das garantias necessárias à solução adequada e democrática da lide seja reputado como um mero óbice, que precisa ser transposto se tal puder prejudicar a pretendida rapidez.

Desta forma, constata-se o risco de uma compreensão da efetividade em constante tensão com a segurança jurídica, preferindo-se aquela, que resta sobrevalorizada, e relegando-se a preocupação com a segurança para o segundo plano⁶⁷. Com isso, propaga-se a perigosa ideia de ser considerado aceitável que em nome da efetividade princípios constitucionais processuais, que representam nada menos do que garantias constitucionais das partes, sejam relativizados.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁶⁸ já alertavam para o risco na utilização indiscriminada de procedimentos eficientes e com vistas à rapidez, em detrimento das garantias fundamentais do processo civil. Dierle Nunes⁶⁹, no mesmo sentido, esclarece:

Percebe-se, em nosso país, que a degeneração da busca desenfreada de rapidez procedimental foi fruto do próprio modelo estatal imposto a partir da década de noventa. Essa tendência gerou um discurso processual peculiar, no qual a aludida rapidez permitiu a defesa sub-repitição de supressão de direitos fundamentais, mediante sua leitura formal, além da criação de um ideal de julgamento de ações em larga escala, massificante, eficiente, de modo a atender às tendências do mercado e à defesa da propriedade [...].

A busca desenfreada e irrefletida da efetividade, sem igual preocupação com as demais garantias constitucionais processuais, reputando-se a efetividade como um princípio superior a pautar a conduta do legislador infraconstitucional e a interpretação do juiz, própria e característica da contemporaneidade, contribui para o

mas demasiadamente burocrático (com suas estancas e prolongadas fase de conhecimento, execução e cautelares) - e que, por isso, não atingia em boa parte dos casos os seus propósitos derradeiros em tempo útil. Assim, a referida onda reformista, implementadas já na primeira metade da década de 90, voltava-se para a busca incessante da efetividade. [...]” RUBIN, Fernando. **Fragmentos de processo civil moderno de acordo com o novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 28.

⁶⁷ Ibidem, p. 38.

⁶⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 1988. p. 163.

⁶⁹ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 154-155.

estremecimento da segurança jurídica, na medida em que a relativização das garantias fundamentais enseja um risco à estabilidade, à confiança e à previsibilidade dos cidadãos para com o ordenamento jurídico.

1.3.2 Interpretação, argumentação jurídica e divergência jurisprudencial

Para além do impacto sofrido pela segurança jurídica em decorrência da passagem da modernidade para a pós-modernidade, há de se destacar outro fator que impactou fortemente o princípio da segurança jurídica tanto no seu âmbito material quanto no seu aspecto processual, qual seja, o desenvolvimento das teorias da interpretação e da argumentação jurídica (ou a absorção daquela por esta) que, além de sepultar a ideia de certeza no Direito, também abala as estruturas da própria segurança jurídica.

A dogmática jurídica, típica dos países em que predomina o Direito legislado, é caracterizada pelas atitudes racionais e ideais em relação ao Direito positivado em determinado ordenamento jurídico.

Por paradoxal que possa parecer, os incentivadores da dogmática jurídica eram os juristas jusnaturalistas, notadamente a partir da mudança de orientação do jusnaturalismo, que deixou de ser teológico para se tornar racionalista⁷⁰.

Carlos Santiago Nino explica que os jusnaturalistas racionalistas criaram grandes sistemas de princípios dos quais se deduziam normas para todos os casos relevantes, o que contrastou com o positivismo então vigente, correspondente às regras dos costumes locais ou dos monarcas. Tal influência gerou a reforma do Direito positivo e o período de codificações, satisfazendo os ideais racionalistas, ao incluir nos códigos suas construções. A partir de então, os racionalistas passaram a aderir fortemente ao positivismo⁷¹.

Este foi um período onde houve grande, embora irreal, sensação de segurança jurídica, tendo-se em vista a crença na lei como fonte principal do Direito, a qual seria dotada de clareza e completude. Não havia preocupação com a interpretação da lei, a qual, inclusive, até mesmo chegou a ser proibida, pois se

⁷⁰ Cf. NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 380-386.

⁷¹ *Ibidem*, p. 380-381.

pretendia que fosse ela aplicada praticamente de forma automática, através da conhecida técnica de subsunção, em processos silogísticos.

Paulatinamente se chegou à constatação de que tais ideais eram inexecutáveis, sendo realmente utópicos. Assim, rapidamente se passou a desenvolver a hermenêutica, advindo a teoria da interpretação, a qual foi objeto de muita atenção da dogmática jurídica, que sobre ela se debruçou, fomentando sua construção e implementação.

Não se pretende afirmar que a interpretação seja algo recente, o que não seria concebível, mas apenas chamar atenção para o fato de que o estudo tópico e a sistematização da hermenêutica pela dogmática mereceram grande atenção dos pensadores da modernidade.

O avanço da teoria da interpretação e a evolução dos diversos métodos interpretativos fez com que a segurança jurídica sofresse importantes impactos, eis que com as alternâncias de relevância das técnicas interpretativas no decorrer do tempo – ora se sobressaindo a interpretação doutrinária, ora se destacando a interpretação autêntica, etc. – diversos resultados interpretativos passaram a ser admitidos.

Tal cenário se agrava com a crescente disseminação das teorias retóricas, a partir de quando se sedimentou a descrença na existência de uma única solução verdadeira para cada caso emblemático, sendo admitida a possibilidade de mais de uma interpretação válida, como já exposto anteriormente neste estudo⁷².

Essa multiplicidade de soluções admissíveis, para além de fulminar a ideia de certeza, também impacta fortemente a segurança jurídica tal qual outrora concebida, eis que mesmo se percorrendo um caminho determinado não se saberá ao certo onde se chegará.

A variada gama de soluções possíveis, mesmo após a utilização metodológica dos procedimentos previstos e disponíveis no sistema jurídico, gera um ambiente onde a segurança jurídica resta afetada, o que se agrava quando esta diversidade de tratamento é observada na aplicação do Direito pelos órgãos julgadores, no seio do Poder Judiciário.

Devido à sua função constitutiva da ordem jurídica, a jurisprudência tem sido atualmente objeto de grande consideração por parcela significativa da dogmática

⁷² O assunto foi abordado no cap. 1, especificamente no item 1.1.

jurídica. Se até recentemente era rara a menção ao entendimento dos Tribunais nas obras doutrinárias nacionais, atualmente esta situação se alterou em grande escala, eis que hodiernamente não se mostra incomum o estudo e a menção de posicionamentos dos Tribunais brasileiros nos escritos jurídicos pátrios.

As decisões judiciais são constitutivas do ordenamento jurídico, ao lado da lei, conforme assevera Tércio Sampaio Ferraz Jr⁷³. Nesse ponto, em consequência, o autor entende que a positivação não se limita apenas ao produto legislado enquanto norma posta, abarcando também a decisão judicial:

Direito positivo, podemos dizer genericamente, é aquele que vale em virtude de uma decisão e que só por força de uma nova decisão pode ser revogado. Se o “legalismo” do século XIX entendeu isso de um modo restrito e unilateral, reduzindo o Direito à lei enquanto norma posta (positivada) pela vontade do legislador, a teoria jurídica atual tratou de reinterpretar o fenômeno da positivação, procurando superar as dificuldades e limitações da doutrina anterior. Positivação e decisão são termos correlatos. Decisão é termo que tomamos num sentido lato, que ultrapassa os limites da decisão legislativa, abarcando, também, entre outras, a decisão judiciária, na medida em que esta pode ter também uma qualidade positivante, quando, por exemplo, decide sobre regras costumeiras.

Mesmo a jurisprudência romanística, que originariamente não era tida por vinculativa, já possuía relevante função na constituição do Direito⁷⁴, o que ressalta a relevância destas considerações nos dias atuais, ainda nos ordenamentos que derivaram do sistema romano-germânico, como é o caso do Brasil.

Contudo, a ausência de vinculação dos órgãos judiciários aos posicionamentos dos Tribunais que se encontram em posição hierárquica superior – como é comum nos países da tradição da *civil law* – aliada à possibilidade de exercício do controle difuso de constitucionalidade das leis, possibilita a existência de variadas decisões judiciais com conteúdo diversos, mesmo diante de casos semelhantes.

A utilização pelo legislador, de forma cada vez mais frequente, das cláusulas gerais, normas de tessitura aberta e princípios jurídicos, ante a constatação acerca da impossibilidade de uma lei hermeticamente fechada resolver antecipadamente todas as necessidades decorrentes da dinâmica evolução das relações sociais, aliada ao fenômeno da descodificação, com o consequente tratamento especial de

⁷³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 210-211.

⁷⁴ Idem. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 245.

determinadas temáticas, às vezes em contradição à própria codificação geral, também trazem forte contribuição para a valorização da importância da atividade jurisdicional, bem como para a permissibilidade de decisões divergentes, legitimando o exercício da atividade criativa do Direito pelo Poder Judiciário.

Assim, a atividade criativa do Direito pelos órgãos julgadores e a demonstrada possibilidade de múltiplas soluções agravam o quadro de insegurança verificado no sistema jurídico⁷⁵.

O sistema de Justiça brasileiro ainda contempla a potencialidade de toda lei ser submetida à análise de sua adequação com a Constituição da República por cada órgão julgador integrante do Poder Judiciário, já que além do controle concentrado se encontra estruturada a via difusa de controle de constitucionalidade das leis.

Desta forma, a lei será submetida ao crivo da Constituição da República Federativa de 1988, cuja característica é contemplar uma gama de princípios jurídicos, que são normas de alta densidade, as quais impõe, por vezes, relevante esforço hermenêutico para serem aplicadas no caso concreto⁷⁶.

Theodoro Júnior, Nunes, Bahia e Pedron⁷⁷ explicam que “num ordenamento jurídico comandado por normas principiológicas e recheado de regras veiculadoras de cláusulas gerais, como o nosso atual sistema, importantíssimo se torna o papel da jurisprudência.”

Assim, tanto no plano constitucional, dada a própria essência principiológica da Constituição, quanto no plano infraconstitucional, ante as características do produto emanado do Poder Legislativo, contemporaneamente verifica-se uma amplitude de possibilidades interpretativas por parte do aplicador do Direito.

⁷⁵ De acordo com Marinoni: “Como a ‘busca da verdade é uma ilusão, uma vez que toda ‘certeza jurídica’, na perspectiva gnoseológica, sempre se resolve em verossimilhança, tal ideia encobria o fato de que o juiz pode errar e, até mesmo, a obviedade de que o juiz possui valores pessoais e uma vontade inconsciente que, na maioria das vezes, ele próprio não consegue desvendar.” MARINONI, Luiz Guilherme. Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social. **Revista de Direito processual civil**, v. 8, n. 30, 2003. p. 763-789.

⁷⁶ Nos dizeres de Humberto Pinho: “Agora a hermenêutica passa a ser neoconstitucional, pressupondo que as normas podem assumir a feição de regras ou princípios. As regras devem ser interpretadas de acordo com os princípios. Havendo colisão de regras, usa-se a hermenêutica tradicional. Havendo uma contraposição de princípios, é preciso recorrer à técnica da ponderação, buscando ou uma composição destes ou a solução que melhor se adegue ao espírito constitucional.” PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo**. vol. 1. Teoria geral do processo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 81. *E-book*.

⁷⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 84.

Diante deste quadro, a atividade jurisdicional, mesmo quando exercida com base em critérios normativos, não se tendo, pois, por afastada a legalidade, realça a importância do papel criativo da jurisprudência no estabelecimento e na configuração do Direito.

O problema hermenêutico se agrava ao se considerar a atribuição de forte carga axiológica aos princípios processuais constitucionais e infraconstitucionais quando de sua interpretação e aplicação pelo Poder Judiciário, mormente em se tratando de direitos fundamentais.

Em diversas situações a própria aplicação das leis em sentido estrito é afastada pelos Tribunais, sob o argumento da necessidade de observância do conteúdo axiológico dos princípios que as circundam, bem como das consequências sociais, econômicas e políticas decorrentes das decisões judiciais, que não devem ser ignoradas pelo Poder Judiciário.

Para Chaim Perelman⁷⁸, cabe ao órgão julgador confrontar valores a fim de decidir de acordo com o que eles representam para a sociedade, o que implica a redução ou ampliação do alcance da lei e, como consequência, na atribuição de certa insegurança jurídica ao Direito:

Vê-se que todas essas teorias servem para opor um valor a outro valor, a restringir ou a ampliar o alcance da lei, e não somente para aclará-la. O juiz tem a missão de dizer o direito, mas de um modo conforme a consciência da sociedade. [...]. Não se pode esquecer que a justiça é a *ars aequi et boni*, segundo a velha tradição e definição romanas. Mas – e é aqui que intervém outro elemento -, na medida em que ele aplica essas técnicas de lógica jurídica, pelas quais se confronta valores para chegar a uma decisão, constata-se que elas não têm o rigor e a falta de ambiguidade da lógica formal. Introduzindo-as, introduz-se certa insegurança no direito, em nome de outros valores, tais como a equidade, a eficácia, etc.

A relação entre os princípios e os valores ou, melhor dizendo, o componente valorativo dos princípios, também é merecedora de destaque na doutrina de Robert Alexy⁷⁹, que fez fortuna no Brasil, no sentido de que os princípios são comandos otimizáveis dos valores constitucionais e eventual colisão deve ser tratada através da técnica da ponderação, com a utilização da proporcionalidade no caso concreto.

Os princípios têm relevante importância na ciência jurídica moderna, eis que “representam o polo legitimador da dogmática jurídica de um Estado Democrático de

⁷⁸ PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 527.

⁷⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

Direito, pois traduzem a essência, a razão última, enfim, os valores que inspiram um dado ordenamento⁸⁰.

No âmbito legislativo, o Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.105/2015) também faz alusão expressa, já no seu art. 1º, à importância da consideração dos valores na interpretação das normas processuais⁸¹, para reiterar esta orientação em vários outros dispositivos⁸².

Sérgio Gilberto Porto⁸³ chama a atenção para a finalidade do processo “centrada no ideal de justiça através do domínio de valores constitucionais”, para considerar que o Código de Processo Civil adota “com toda a clareza a mais valia dos valores constitucionais a presidir a realização da jurisdição através do processo.”

Dierle Nunes⁸⁴ critica a imposição de carga axiológica à interpretação dos princípios esculpidos na Constituição da República, afirmando que “a tendência de uma interpretação axiológica desconsidera os caracteres de um Estado constitucional democrático ou, melhor dizendo, da perspectiva procedimental de um Estado Constitucional democrático.”

Ingeborg Maus alerta para a ampliação dos poderes decisórios baseados em considerações valorativas, o que diminui as amarras da lei e pode levar ao arbítrio, afirmando:

A introdução de pontos de vista morais e de “valores” na jurisprudência não só lhe confere maior grau de legitimação, imunizando suas decisões contra qualquer crítica, como também conduz a uma liberação da Justiça de qualquer vinculação legal que pudesse garantir sintonização com a vontade popular. Toda menção a um dos princípios “superiores” ao direito escrito

⁸⁰ Cf. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo**, vol. 1. Teoria geral do processo. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1. *E-book*.

⁸¹ BRASIL, Lei n. 13.105: 16 de março de 2015 [Código de Processo Civil].

“Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

⁸² Como, por exemplo, o art. 8º, que estabelece que “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência” e o art. 489, § 2º, que estatui o método da proporcionalidade, típico do trato dos princípios: “§ 2º 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.” BRASIL, Lei n. 13.105: 16 de março de 2015 [Código de Processo Civil].

⁸³ PORTO, Sérgio Gilberto. **Cidadania Processual: processo constitucional e o novo processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 35-36.

⁸⁴ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012. p. 196.

leva — quando a Justiça os invoca — à suspensão das disposições normativas individuais e a se decidir o caso concreto de forma inusitada. Assim enriquecido por pontos de vista morais, o âmbito das "proibições" legais pode ser arbitrariamente estendido ao campo extrajurídico das esferas de liberdade⁸⁵.

Apesar das críticas, esta é uma constatação que não pode ser negada. Adequada ou não, fato é que a utilização dos valores se mostra perceptível em grande escala, o que amplia os possíveis resultados da atividade hermenêutica ao permitir a inclusão de elementos não somente normativos na argumentação jurídica por parte os órgãos jurisdicionais.

Diante da natureza aberta e indeterminada dos direitos fundamentais, o “grande problema é a definição de tais valores, o que é necessário para permitir à jurisdição atuar de modo racionalizado diante dos casos concretos⁸⁶”, evitando-se o arbítrio e a prevalência de sentimentos pessoais subjetivistas, ou mesmo solipsistas, por parte dos juízes.

Os inúmeros resultados advindos da hermenêutica jurídica contemporânea possibilitam, como exposto, a cada órgão julgador uma interpretação própria quando da aplicação do Direito, o que se acentua, como esclarece Luís Roberto Barroso⁸⁷, com a consideração de que “os juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia”, motivo pelo qual “sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula.”

Assim, ao se verificar que a diversidade de soluções para uma mesma questão acaba por acontecer também quando da aplicação do Direito, a crise da segurança jurídica se agrava. E o agravamento da situação se potencializa quando se observa que a aplicação do Direito pelos Tribunais tem tido cada vez mais reconhecimento como *status* de fonte do Direito, mesmo nos países de tradição romano-germânica, como é o caso do Brasil.

A divergência de entendimentos sobre uma questão pelos Tribunais, assim como a oscilação jurisprudencial dentre das próprias Cortes, geram perplexidade no

⁸⁵ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos estudos CEBRAP**, n. 58. Nov. 2000. p. 189. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2018.

⁸⁶ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. vol. 1. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 514. *Ebbok*

⁸⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. (*Syn thesis* 5.1, 2012. p. 13.

sistema de Justiça e evidenciam a instabilidade, a imprevisibilidade e a insegurança jurídica.

Diante de tamanha instabilidade os princípios da razoável duração do processo e da isonomia material permanecem com aplicação limitada. Existe a real possibilidade de muitas idas e vindas dos casos em julgamento - considerados em si mesmos -, bem como de entendimentos dissonantes em casos idênticos - considerados os casos de forma relacional -, entendimentos que podem se modificar ao sabor de alterações conjunturais na ordem política, social ou econômica, para além da questão jurídica.

No trato dos interesses privados estes fatores geram grande insegurança jurídica, mas a situação se agrava ao se ter em consideração a natureza pública e a importância social das questões que atualmente são levadas ao sistema de Justiça, o que se verifica em decorrência dos fenômenos do constitucionalismo e da judicialização da política.

1.3.3 Constitucionalismo

O Estado de Direito surge em contraposição ao Estado absolutista, modelo organizacional corrente entre os séculos XV e XVIII, que tinha como principal característica a centralização do poder na pessoa do soberano, ao qual cabia a elaboração das normas, a aplicação destas normas por ele próprio elaboradas e a tomada de decisões referentes aos temas públicos, de interesse do Estado e também dos seus súditos.

No Estado absolutista o poder do soberano era tido por absoluto e ilimitado. Nesse modelo de organização estatal, o Estado estava em um nível mais elevado do que a sociedade, não se sujeitando às normas por ele próprio editadas. Aqui o conceito de soberania se confundia com o próprio conceito de Estado, que detinha o monopólio do uso da força, sobretudo para manter a ordem social.

Nesse contexto, perceptível a tendência ao exercício arbitrário e abusivo do poder, bem como a existência de injustificados benefícios e privilégios conferidos à um grupo determinado que circundava o centro político do poder, no caso, os senhores feudais.

Esta situação disfuncional motivou a criação e o resgate, por parte de vários pensadores oriundos da classe ascendente economicamente - a burguesia -, de teorias que sustentassem a limitação do poder do soberano no Estado absolutista, se destacando temas como os da soberania popular, da necessidade de conferir proteção aos direitos naturais dos súditos e da separação das funções inerentes aos Poderes estatais.

As ideias liberais inspiraram a Revolução Francesa de 1789, tida historicamente como o marco da derrocada do Estado absolutista e da construção de um novo modelo de Estado, de concepção liberal, que sofreu evoluções até se chegar ao Estado de Direito, o qual tem como características centrais o controle do governo pelo parlamento, a submissão do parlamento às próprias leis vigentes e a existência de uma magistratura independente.

Nesse modelo, o súdito não se sujeita às arbitrariedades de um soberano, mas sim ao império das leis, formadas por uma Assembleia à qual caberia a sua própria representação. Tais leis não resultam na criação de deveres e na regulação dos direitos apenas em relação aos indivíduos, mas também ao próprio Estado, que a elas está submetido⁸⁸.

Dessa maneira, consagra-se, pois, a limitação ao Poder do Estado, limitação esta que se acentua com a consolidação da teoria da tripartição dos poderes, a qual apregoa a separação das funções estatais, atribuindo-se à órgãos distintos e dotados de independência e autonomia, as atribuições de legislar, administrar e julgar.

A teoria da tripartição dos poderes baseia-se na necessidade de dividir as atribuições estatais para se evitar a concentração excessiva das deliberações de interesse geral em um órgão ou em uma pessoa. Também se enraíza o pensamento acerca da necessidade de separar-se política e Direito. A ideia é evitar ou minimizar

⁸⁸ De acordo com Canotilho: “A primazia da lei servira para a submissão ao direito do poder político ‘sob um duplo ponto de vista’: (1) Os cidadãos têm a garantia de que a lei só pode ser editada pelo órgão legislativo, isto é, o órgão representativo da vontade geral (*cf.* *Déclaration de 1789*, artigo 6º); (2) em virtude de sua dignidade - obra dos representantes da Nação – a lei constitui a fonte de Direito hierarquicamente superior (a seguir às leis constitucionais) e, por isso, todas as medidas adotadas pelo poder executivo a fim de lhe dar execução deviam estar em conformidade com ela (princípio da legalidade da administração)”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 95-96.

os problemas e disfunções verificados no modelo de Estado absolutista, conforme explica Tércio Sampaio Ferraz Junior⁸⁹:

A teoria clássica da divisão dos poderes, construída com um claro acento anti-hierarquizante e com a finalidade de implodir a concepção monohierárquica do sistema político, iria garantir, de certa forma, uma progressiva separação entre política e direito, regulando a legitimidade da influência política no governo, que se torna totalmente aceitável no Legislativo, parcialmente no Executivo e fortemente neutralizada no Judiciário, dentro dos quadros ideológicos do estado de direito.

Contudo, mesmo dentro do Estado de Direito – e sem violação formal à sua estrutura – a humanidade vivenciou tristes episódios de desrespeito aos mais fundamentais direitos dos seres humanos. Sob a sua égide se consolidaram regimes autoritários e totalitários, como o nazismo na Alemanha, o fascismo na Itália e o stalinismo na União das Repúblicas Socialistas Soviéticas.

Como resposta à insuficiência do Estado de Direito, verifica-se a disseminação do fenômeno constitucionalismo⁹⁰, através do qual passam a ser consideradas como inerentes à própria Constituição do Estado determinadas normas materialmente ligadas aos direitos das pessoas humanas, as quais, justamente por serem consideradas constitutivas do Estado, acabam por receber uma proteção diferenciada, não se admitindo sua supressão ou diminuição, sem que tal venha a afetar a estrutura deste Estado.

Pode-se mesmo afirmar que o constitucionalismo se consubstancia com base em uma espécie de desconfiança sobre a atuação do Poder Legislativo, conforme esclarece Oscar Vilhena Vieira⁹¹:

⁸⁹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência? In: **Revistausp**. São Paulo, n. 21, 1994. p. 14.

⁹⁰ Segundo Georg Vanberg, as experiências do totalitarismo forneceram um impulso natural para o desenvolvimento do constitucionalismo e a outorga de proteção contra o Parlamento: “*The experiences of totalitarianism provided a natural impetus for this development. In writing his monumental survey of American democracy in the 1830s, Alexis de Tocqueville praised the role of the judiciary in the new political system, arguing that “the power granted to American courts to pronounce on the constitutionality of laws is yet one of the most powerful barriers ever erected against the tyranny of political assemblies” (1835/1988:103f.). Similarly, constitution writers following World War II, and again in the wake of the peaceful revolutions of 1989 in Eastern Europe, turned to courts armed with the power of constitutional review in the hope of creating effective limitations on the power of legislative majorities*” VANBERG, Georg. **The politics of Constitutional Review in Germany**. Cambridge University Press, 2009. p. I. Disponível em: <http://assets.cambridge.org/97805218/36470/excerpt/9780521836470_excerpt.pdf>. Acesso em: 23 ago. 18.

⁹¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. São Paulo: **Revista de Direito GV**. p. 441-464. jul-dez 2008. p. 443.

Diferentemente das constituições liberais, que estabeleciam poucos direitos e privilegiavam o desenho de instituições políticas voltadas a permitir que cada geração pudesse fazer as suas próprias escolhas substantivas, por intermédio da lei e de políticas públicas, muitas constituições contemporâneas são desconfiadas do legislador, optando por sobre tudo decidir e deixando ao legislativo e ao executivo apenas a função de implementação da vontade constituinte, enquanto ao judiciário fica entregue a função última de guardião da constituição.

O fenômeno do constitucionalismo disseminou-se rapidamente na Europa ocidental, sob a forte influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos, promovida pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, no período de pós-segunda guerra mundial.

O Estado Constitucional resta, pois, inaugurado na Europa, com grande preocupação em se conferir efetiva proteção constitucional aos Direitos humanos e à organização dos poderes, matérias que são da essência do que se pode entender por Constituição.

Constituição é “um documento jurídico elaborado e aprovado com a intenção de valer como lei fundamental a que toda a atuação do Estado fica subordinada”, cujas temáticas essenciais são “direitos fundamentais e separação dos poderes⁹².”

Conforme esclarece Jorge Reis Novais⁹³, a separação dos poderes pode ser considerada instrumental ao principal objetivo do Estado de Direito, qual seja, a garantia dos direitos fundamentais:

Mais, a separação de poderes, isto é, a repartição dos poderes por vários órgãos e a fixação constitucional, tanto das competências que cabem a cada um deles, como das regras formais e orgânicas do exercício do poder político, é instrumental relativamente ao objectivo principal de qualquer Estado de Direito: a garantia dos direitos fundamentais das pessoas perante o Estado e os poderes públicos.

O constitucionalismo não é um fenômeno exclusivo europeu, mas ao contrário, antes mesmo se pode constatar suas origens e contornos na Convenção Constitucional de Filadélfia (no estado da Pensilvânia), entre 25 de maio e 17 de setembro de 1787, que culminou com a Constituição dos Estados Unidos da América.

Assim, ao passo em que o constitucionalismo surgiu nos Estados Unidos como inerente à própria formação do novo modelo político organizacional, na Europa

⁹² Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Em defesa do Tribunal constitucional**: resposta aos críticos. Coimbra: Almedina, 2014. p. 19-22.

⁹³ Ibidem, p. 22.

tal fenômeno pode ser tido como uma evolução do Estado de Direito, fenômeno que está associado à adoção, crescente a partir da segunda metade do século XX, das Constituições democráticas por parte dos países ocidentais do velho continente⁹⁴.

A ampla adoção do constitucionalismo possibilitou uma dinâmica evolução da teoria dos direitos fundamentais, no sentido de sua efetivação material e não apenas formal.

A proteção constitucional negativa, embora relevante e necessária para as liberdades individuais, não contribui para a extensão e ampliação dos direitos fundamentais aos cidadãos que não possuem condições materiais aptas a lhes proporcionar uma existência digna e provida do mínimo existencial necessário em razão da sua condição humana.

Os direitos fundamentais passam a ser analisados em diferentes gerações. Como consequência, reputa-se necessária - para além da proteção de determinados direitos, como as liberdades públicas, através da aplicação de restrições à atuação estatal - também a imposição de ações positivas ao Estado, com a disseminação de mecanismos para compeli-lo a atuar e a reprimir sua omissão, tudo visando a efetivação dos direitos humanos, tidos por fundamentais nas novas ordens constitucionais⁹⁵.

⁹⁴ Como explica Maurizio Fioravanti: *“La época del Estado de derecho puede por ello presentarse como una de las grandes etapas del Estado moderno europeo, comprendida entre la revolución y la mitad del siglo XX. [...] Por una parte, una ley socialmente pactada, por otra parte una ley que puede ser juzgada y puede ser considerarse nula por ser contraria a la constitución, quizá por obra de los jueces y quizá porque éstos la entiendan lesiva para unos derechos individuales que antes ni siquiera podían concebirse sin la ley y que ahora aparecen fundados directamente en la constitución. [...] Tales procesos se han revelado a lo largo del siglo XX – sobre todo a partir de mediados de siglo, con la entrada en vigor de las Constituciones democráticas entre las que encuentra la italiana de 1948 – tan vastos y profundos que legitiman la hipótesis del asentamiento, precisamente ante nuestros ojos, de una nueva forma de Estado distinta del Estado de derecho que asume la denominación de Estado constitucional.* FIORAVANTI, Maurizio. *Estado y constitución*. In: FIORAVANTI, Maurizio (Org.). **El Estado moderno en Europa: Instituciones y derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 2004. p. 27-28.

⁹⁵ A tendência das Constituições atuais em estabelecer valores democráticos e efetivação de direitos sociais, com clara conotação política, é destacada por Sadek: “Enquanto nas primeiras Constituições os principais objetivos eram a limitação do poder dos monarcas, a afirmação do império da Lei e a proteção das liberdades individuais, as mais recentes guiam-se por valores democráticos, enfatizando os direitos sociais. A meta não é apenas limitar o poder absoluto e assegurar direitos, mas ser um instrumento para a realização da justiça social e para a promoção de direitos, incorporando valores da igualdade social, econômica e cultural. Em consequência, o foco central passa a estar em questões concretas, de natureza social, política e econômica, fortalecendo a inclinação do Direito de tornar-se pragmático, embaçando as fronteiras entre o Direito e a política.” SADEK, Maria Tereza. **Judiciário: mudanças e reformas**. Estudos avançados. v.18, n.51. São Paulo mai./ago. 2004. p. 79-80. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200005> Acesso em: 18 jul. 2017.

Desta forma, ganha relevo a análise de questões acerca das políticas sociais e econômicas a serem implementadas pelo Estado, no intuito de se obter uma igualdade dinâmica, que se trata de uma preconização constitucional contemporânea, conforme explica Pietro Costa⁹⁶:

É justamente a contradição entre uma igualdade “abstrata” e as concretas discriminações que a democracia constitucional quer superar, afirmando que é uma tarefa precisa do poder político e do legislador encarregar-se de uma igualdade, por assim dizer, dinâmica; uma igualdade que deve se traduzir em um contínuo, tendencialmente inesgotável, abatimento das sempre ressurgentes discriminações.

Não obstante o princípio da tripartição dos poderes ainda seja um dos conceitos seminais⁹⁷ do Estado Constitucional, diante da necessidade de efetivação dos direitos fundamentais pelo Estado fez-se necessária a criação e o desenvolvimento de mecanismos hábeis a propiciar uma resposta ao cidadão caso tais direitos não estejam sendo implementados, por omissão legislativa ou por inação do próprio administrador público, ou seja, do Poder Executivo.

Nesse cenário, passa-se a observar o fenômeno concernente à crescente busca da atuação da Jurisdição para a efetivação de direitos fundamentais, eventualmente sonogados nas demais instâncias do poder, nomeadamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, o que altera a concepção acerca das funções do Poder Judiciário⁹⁸ e acarreta um problema adicional à segurança jurídica, na medida em que a interpretação e aplicação da lei à luz da Constituição aumenta a possibilidade de subjetividade das decisões judiciais⁹⁹ e, conseqüentemente, de entendimentos divergentes sobre o Direito.

⁹⁶ COSTA, Pietro. **Poucos, muitos, todos**: lições sobre história e democracia. Curitiba: UFPR, 2012. p. 282.

⁹⁷ Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 205.

⁹⁸ Como explica Maria Tereza Sadek: “Ademais, a constitucionalização de ampla gama de direitos individuais e supra-individuais, além da ampliação da relação de matérias que não podem ser objeto de decisão política, alargou enormemente sua área de atuação. Em decorrência, o Judiciário – como intérprete da Constituição e das leis, imbuído da responsabilidade de resguardar os direitos e de assegurar o respeito ao ordenamento jurídico – foi alçado a uma posição de destaque [...] No que diz respeito à cidadania, a consagração de uma ampla gama de direitos – de primeira, de segunda e de terceira geração – e a democratização no acesso à justiça estimularam uma crescente procura por soluções judiciais.” SADEK, Maria Tereza. Poder Judiciário: uma nova instituição. **Cadernos Adenauer**, XI, 2010. p. 14-15.

⁹⁹ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 122.

1.3.4 Judicialização da política

O fenômeno do constitucionalismo, com a inclusão de diversos direitos fundamentais nas Constituições, ocasionou uma importante consequência empírica, que consiste no que se passou a denominar de judicialização da política, terminologia explicada por Estefânia Barboza¹⁰⁰:

[...] as Cortes Constitucionais de diversos países têm sido cada vez mais demandadas a resolver litígios que envolvem desde questões relacionadas ao direito de liberdade (liberdade de expressão, liberdade religiosa e direito à privacidade) a questões relacionadas ao bio-direito, aborto, políticas públicas na área de saúde, educação, meio ambiente, processo eleitoral, união homoafetiva, etc. Essas questões envolvem não só o conteúdo e significado dos direitos humanos fundamentais, mas também se relacionam muitas vezes a políticas necessárias à sua realização e proteção. Esse fenômeno é definido como judicialização da política.

Jorge Reis Novais¹⁰¹ explica que tais fenômenos estão relacionados e a expansão judicial é uma consequência da necessidade de respeito à Constituição, *in verbis*:

Se se pretende que a Constituição seja mais que retórica política, seja mais que obrigação moral, quando se pretende que os valores constitucionalmente consagrados vinculem efetivamente a maioria política, obriguem juridicamente os poderes públicos, não há como prescindir da justiça constitucional e da atribuição dessas funções a um poder judicial independente.

Para Alexander Hamilton¹⁰², o Poder Legislativo precisa ser limitado, para o que é necessário o controle dos seus atos pelas Cortes de Justiça, se em desacordo com a Constituição, que deve prevalecer sobre a lei ordinária, cabendo a um Poder Judiciário independente esta análise.

¹⁰⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 93.

¹⁰¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Em defesa do Tribunal constitucional: resposta aos críticos**. Coimbra: Almedina, 2014. p. 29.

¹⁰² HAMILTON, Alexander. O Federalista n. 78. *In*: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Editora Russell, 2009. p. 471.

O fenômeno da judicialização da política, muitas vezes confundido ou tratado indevidamente como sinônimo de ativismo judicial¹⁰³, tem propiciado amplos debates, concernentes, de um lado, à providência de intervenção do Poder Judiciário diante da sonegação de direitos fundamentais previstos constitucionalmente por parte dos demais poderes, e, de outro, à legitimidade e aos limites desta atuação, a ponto de não se considerar maculado o princípio da tripartição dos poderes

As críticas mais veementes à intervenção judicial são fundadas na ausência de legitimidade democrática do Poder Judiciário para revisar os atos do Poder Legislativo e no fato de tal conduta acarretar a supremacia de um poder sobre outro¹⁰⁴.

¹⁰³ O fenômeno da judicialização da política não deve ser confundido com ativismo judicial ou com politização da Justiça, termos pejorativos, como explicam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.: “Verifica-se, então, que ao Poder Judiciário foi conferida uma nova tarefa: a de órgão colocado à disposição da sociedade como instância organizada de solução de conflitos metaindividuais. Tal tarefa vem sendo denegrida, como ‘politização da Justiça’, entendida como ativismo judicial em sentido negativo. Evidentemente o ativismo não é do juiz ou do Ministério Público, mas da lei e da Constituição, sempre exigindo um trabalho de coordenação com a atividade das partes e o respeito à Constituição na realização de políticas-públicas”. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**. vol. 4. Salvador: Jus Podium, 2016. p. 45. A diferença entre o que pode ser entendido por judicialização da política e o ativismo judicial é esclarecida por Luís Roberto Barroso: “A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não tem as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha do modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”. BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. (Syn) thesis 5.1 (2012). p. 25. Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 26 fev. 2018.

¹⁰⁴ Jeremy Waldron critica a atribuição de competência ao Poder Judiciário para revisar atos do Poder Legislativo, por lhe faltar legitimidade democrática, bem como pelo fato do fenômeno implicar a superioridade do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo e, finalmente, porque não resolve o que se propõe a resolver, já que, assim como no Legislativo, no Judiciário a decisão também se dará pelo voto da maioria, no entanto, no caso, dos membros do Tribunal: “*In both cases, the decision-procedure involves an institution peopled by members of the society (who may well belong in some sense to majority, minority or both). In both cases, a collective judgment is arrived at that stands in the name of the society as a whole. In both cases the institutional method involves voting, after argument and debate, and decision on the basis of the majority principle. In neither case is it appropriate to simply identify the decisional majority (the 5 judges that may constitute a majority on a nine person court or the 300 or so members of a legislative majority) with the majority in society whose interests are opposed to those of the minority in the particular matter under dispute. In both cases, the decision may be wrong, and may be criticized by one side or the other of those whose disagreement constituted the original issue*”. WALDRON, Jeremy. *Legislatures judging in their own cause*. 3 **Legisprudence**, 125, 2009. p. 128.

Os defensores da prática de revisão judicial das decisões e políticas executivas e legislativas defendem que se faz perfeitamente possível a harmonização da atuação do Poder Judiciário e o respeito aos princípios estruturais do Estado do Direito e da Constituição¹⁰⁵.

Apesar dos debates acerca da positividade ou não, esta é uma realidade que não pode ser negada¹⁰⁶.

A judicialização da política tem crescido vertiginosamente, notadamente nos locais que se caracterizam pela baixa inclusão social e econômica dos cidadãos e nos Estados que passaram por processos relativamente recentes de (re) democratização¹⁰⁷.

Característica comum nestes Estados, dentre outras, é a previsão constitucional de direitos fundamentais individuais, sociais e coletivos de um lado, em contraste com a restrição de seu acesso a parte dos cidadãos, estando grande parte da população excluída do gozo de tais direitos.

¹⁰⁵ Wil Waluchow defende o constitucionalismo e o *judicial review*, afirmando que pode se estar muito bem servido por uma Constituição entendida como o modelo do *common law* supõe, desenvolvida e aplicada por juízes em parceria com outros órgãos governamentais e encarada como uma árvore viva, cujas raízes são fixas, mas cujos ramos podem se desenvolver ao longo do tempo por meio da jurisprudência: “*But perhaps enough has been said here to warrant one final tentative conclusion: We may, in the end, be very well served by a Charter understood as the common law model supposes, and developed and applied by judges in partnership with other government bodies. If we reject the view of Charters as confident, hubristic attempts to establish (illusory) fixed points of agreement and precommitment, and view them instead as the living trees whose roots are fixed (by precedent and the terms chosen to express the Charter’s moral commitments) but whose branches can develop over time through a developing common law jurisprudence of moral rights, we stand a better chance of satisfying both of Hart’s two fundamental needs, and of reconciling Charters with our self-image as self-governing, autonomous rights holders who, alas, don’t have all the answers.* WALUCHOW, Wil. *Constitutions as living trees: an idiot responds*. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, 2005. p. 207-247.

¹⁰⁶ Como explicam Sarlet, Marinoni e Mitidiero: “Por outro lado, tendo em conta o exposto, convém pelo menos atentar para o assim chamado fenômeno da “judicialização da política” ou do “ativismo judicial” (por mais que se possa discutir a respeito da correção do termo e sobre o quanto são adequadamente utilizado no Brasil), para que se verifique o quanto cada vez mais aparentemente menos se leva em conta o princípio da conformidade funcional, especialmente no que diz com a ampla intervenção do Poder Judiciário na esfera da atividade legislativa e em relação aos atos (ou omissões) do Poder Executivo. Com isso, por sua vez, não se está a fazer um juízo de valor (positivo ou negativo), mas apenas afirmando que os limites funcionais aparentemente se revelam cada vez mais fluídos e relativos.” SARLET, Ingo Wolfgang; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. **Curso de Direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 220.

¹⁰⁷ Conclusão similar é apresentada por Ran Hirschl: “Do mesmo modo, quanto mais disfuncionais ou paralisados forem o sistema político e suas instituições decisórias em uma dada comunidade organizada como Estado de direito, mais provável será a presença de um Poder Judiciário expansivo. HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Fordham Law Review**, v. 75, n. 2, 2006. Tradução: Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>. p. 165. Acesso em: 24 ago. 18.

Em outras palavras, enquanto formalmente resta assegurada a diversidade de direitos fundamentais, materialmente estes direitos estão longe de abarcar a grande massa dos cidadãos nestes Estados.

Nestes cenários, aumenta-se em grande escala o número de ações judiciais que possuem como objeto demandas sociais da população ou de grupos identificados e organizados.

Os processos coletivos, igual e conseqüentemente, têm sua relevância acentuada, sendo o Poder Judiciário chamado e instigado a enfrentar questões novas, em outra perspectiva em relação àquela predominante quando da construção científica da teoria da tripartição dos poderes, no período em que se pensava o Estado tão somente como Estado de Direito, caracterizado pelo individualismo e pela atuação da Jurisdição na solução de conflitos de natureza privada. Nos dizeres de Ran Hirsch¹⁰⁸:

Uma das principais manifestações dessa tendência [constitucionalização] tem sido a judicialização da política — o recurso cada vez maior a tribunais e a meios judiciais para o enfrentamento de importantes dilemas morais, questões de política pública e controvérsias políticas. E isso tem sido acompanhado pela suposição de que os tribunais — e não os políticos, nem a própria população — seriam os fóruns apropriados para a tomada dessas cruciais decisões. Para resumir, e parafraseando a observação de Alexis de Tocqueville (1961) sobre os Estados Unidos, não há no mundo do novo constitucionalismo quase nenhum dilema de política pública ou desacordo político que não se torne, cedo ou tarde, um problema judicial.

A judicialização da política é um fenômeno irreversível e leva ao Poder Judiciário discussões outrora travadas em outros palcos, especificadamente nos ambientes da Administração Pública e do Poder Legislativo.

Contudo, é inegável que a forma de atuação contemporânea do Poder Judiciário, diante destas questões, referentes ao descumprimento dos deveres correspondentes pelos demais poderes constituídos, ou à efetiva violação de direitos por ações estatais comissivas no trato da concretização dos direitos fundamentais, reflete um problema adicional à temática da segurança jurídica.

¹⁰⁸ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, 2006. Tradução: Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>. p. 140-141. Acesso em: 24 ago. 18.

Daniel Sarmiento¹⁰⁹ alerta para as consequências que a judicialização da política traz à questão da segurança jurídica, tanto no que diz respeito ao seu componente de previsibilidade, quanto no que tange à confiança necessária para o planejamento das ações, *in verbis*:

E ela [a prática da judicialização da política] atenta contra segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico.

É possível afirmar que os fenômenos do constitucionalismo e da judicialização da política contribuíram decisivamente para uma nova forma de atuar do Poder Judiciário na tradição da *civil law*, o que se mostra de importância significativa para a amplificação da crise da segurança jurídica, já verificada em razão dos fatores elencados nos itens anteriores.

Desta forma, mostra-se necessária a adoção de mecanismos para o restabelecimento da segurança jurídica diante dos fenômenos contemporâneos que a tem comprometido.

Antes do estudo destes mecanismos, com especial destaque para a importância dos precedentes judiciais para tal desiderato, passa-se a analisar suas características e seu desenvolvimento nas duas grandes tradições jurídicas ocidentais, a da *civil law* e a da *common law*.

¹⁰⁹ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.) **A constitucionalização do Direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 144.

2 PRECEDENTES JUDICIAIS E TRADIÇÕES JURÍDICAS

O Direito, como sistema jurídico normativo, é dotado de alta complexidade, e caracterizado pela existência, em seu seio, de normas prescritivas de condutas que se fazem acompanhar da previsão de sanção.

A coesão e a coerência das normas existentes em seu interior caracterizam o sistema, através da valoração de objetos, de forma racionalizante¹¹⁰. No intento de se atribuir estes requisitos de coerência e coesão às normas do interior do sistema jurídico, há de se destacar a importância dos princípios, pelos quais são instituídas normas generalizantes, que expressam valores justificatórios e explanatórios do sistema¹¹¹.

O aspecto normativo dos princípios, a estabilidade, a clareza das normas e a existência de um processo legítimo para fazer vigorar estas normas dentro de um sistema de Direito são destacados por Neil MacCormick¹¹²:

Um sistema de direito positivo, em especial do Direito de um Estado moderno, engloba uma tentativa de consolidar amplos princípios de conduta na forma de normas relativamente estáveis, claras, detalhadas e objetivamente compreensíveis, bem como de fornecer um processo aceitável e inspirador de confiança interpessoal para fazer vigorar essas normas.

Em razão de sua complexidade, o sistema jurídico comporta a existência de subsistemas em seu interior. Ao lado do subsistema normativo, o qual é formado por normas constitucionais, legais e regulamentares em uma estrutura piramidal, verifica-se também o subsistema precedentalista, constituído por determinados julgados de variadas Cortes, que contribuem hermeneuticamente com o sistema jurídico e estrutura-se em rede¹¹³.

Os precedentes judiciais são tidos em forte consideração na tradição da *common law*, embora lá também se observe a produção normativa em seus sistemas, a qual existe por vezes em grande escala e é respeitada pelos intérpretes e aplicadores do Direito.

¹¹⁰ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 135.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 198.

¹¹² *Ibidem*, p. X.

¹¹³ LOPES FILHO, Juraci Mourão. Sistematização de precedentes e ordenamento jurídico: proposta de um paradigma teórico. **Revista de Direito Brasileira**. São Paulo, vol. 18. n. 7, p. 149-172, set./dez. 2017. p. 149.

Já a tradição da *civil law* é estruturada com base no subsistema normativo, sob o forte impacto do positivismo, tendo-se a lei como a principal fonte do Direito. Contemporaneamente, contudo, em razão de diversos fatores, dentre os quais a necessidade de salvaguardar a segurança jurídica, a tradição da *civil law* vem conhecendo e adotando os precedentes judiciais na interpretação e aplicação do Direito.

O objeto do presente capítulo é o estudo dos precedentes judiciais e seu desenvolvimento nas tradições da *common law* e da *civil law*, para, em seguida, analisar-se a temática no sistema jurídico brasileiro, especialmente na processualística civil.

2.1 PRECEDENTES JUDICIAIS

Os precedentes judiciais, assim como o exercício da atividade jurisdicional, são construções criativas da ordem jurídica destinadas à racionalização do sistema de Justiça e à efetivação das liberdades públicas.

A consideração aos precedentes judiciais parte da ideia de que a formação do Direito está umbilicalmente ligada ao exercício da atividade jurisdicional, eis que entre a norma e a sua aplicação sempre há o ato de interpretação por parte do juiz, não havendo ligação direta entre norma, fato e consequência.

Os precedentes judiciais são decisões proferidas em casos concretos levados à apreciação do Poder Judiciário, cujos fundamentos jurídicos são utilizados nos julgamentos de casos futuros análogos. De modo sintético, são decisões anteriores utilizadas como referências para decisões posteriores.

Não é qualquer julgamento de caso que pode ser considerado um precedente judicial, eis que uma decisão que não apresente qualquer acréscimo hermenêutico ao ordenamento jurídico não será reputada como tal. Para ser tida como precedente judicial, a decisão há de apresentar um ganho de sentido ao ordenamento jurídico, conforme explica Juraci Mourão Lopes Filho¹¹⁴:

¹¹⁴ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 451, destaque do autor.

Precedente é uma resposta institucional a um caso (justamente por ser uma decisão), dada por meio de uma *applicatio*, que tenha causado um ganho de sentido para as prescrições jurídicas envolvidas (legais ou constitucionais), seja mediante a obtenção de novos sentidos, seja pela escolha de um sentido específico em detrimento de outros ou ainda avançando sobre questões não aprioristicamente tratadas em textos legislativos ou constitucionais.

O princípio basilar no qual se sustenta a sistemática de precedentes é aquele segundo o qual os juízes devem seguir as decisões anteriores, ou seja, as mesmas soluções conferidas a situações idênticas ou semelhantes, no passado, devem incidir sobre os casos atuais¹¹⁵.

Segundo Cross e Harris¹¹⁶, trata-se de princípio de administração da justiça que casos iguais sejam decididos de forma igual. No mesmo sentido, MacCormick¹¹⁷ leciona que “A exigência da justiça formal consiste em tratarmos casos semelhantes de modo semelhante, e casos diferentes de modo diferente; e dar a cada um o que lhe é devido.”

Como explica Hans Kelsen¹¹⁸, os Tribunais, para além de normas individuais, podem criar normas gerais, com carácter vinculante para os demais casos iguais. Isso pode ocorrer quando a norma individual construída não é predeterminada em seu conteúdo por uma norma geral ou quando esta determinação não é unívoca. No primeiro caso, o Tribunal cria direito material novo e no segundo a interpretação assume o carácter de norma geral, eis que a norma individual passa a ser generalizada.

O precedente judicial é instrumento próprio dos países da tradição da *common law*, onde a formação do Direito está indissolúvelmente ligada ao exercício da atividade jurisdicional, embora, com a aproximação das tradições jurídicas ocidentais, esteja sendo estudado e adotado também nos países de tradição da *civil law*.

Na tradição jurídica da *common law*, o Direito surge, se amolda e evolui à medida em que os Tribunais decidem os casos que lhe são apresentados, com a

¹¹⁵ Cf. SCHAUER, Frederick. **Precedent**. Virginia: SSRN, 2011. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1836384>. Acesso em: 08 dez. 2018.

¹¹⁶ No original: “*It is a basic principle of the administration of justice that like cases should be decided alike*”. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. 4. ed. New York: Oxford University Press, 2004. p. 3.

¹¹⁷ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 93.

¹¹⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 277-278.

devida consideração ao que já se decidiu sobre a matéria ou sobre temática similar, neste caso, através de argumentação por analogia, relativamente às questões de similitude e relevância do caso passado, hábeis a justificar sua aplicação no caso presente.

Chaim Perelman¹¹⁹ enaltece a importância da função das decisões judiciais – mais especificamente de suas motivações - para a formação progressiva da ordem jurídica:

As decisões, a motivação delas, contribuem para a elaboração da ordem jurídica, pois fornecem precedentes para decisões futuras. O sistema jurídico se constitui, de fato, progressivamente, porque os precedentes permitem a aplicação da regra de justiça, que requer que se trate da mesma forma situações essencialmente semelhantes.

A utilização dos precedentes judiciais resulta em uma consideração ao passado, ao presente e ao futuro. Respeito ao passado, eis que a norma aplicável será extraída da motivação de decisões anteriormente proferidas. Atenção com o presente, pois é o caso em julgamento que será decidido. Por fim, preocupação com o futuro, na medida em que a decisão proferida poderá ter repercussão para situações futuras similares. Neil MacCormick¹²⁰ esclarece sobre a coercibilidade pretérita e futura das decisões judiciais, aduzindo:

Por banal que seja o fato de que as exigências da justiça formal estabelecem no mínimo uma razão presumível para a observância de precedentes, não é menos verdadeiro, embora seja observado com menor frequência, que essas exigências impõem sobre a decisão de disputas levadas a juízo, coerções tanto voltadas para o futuro como para o passado. O tribunal que hoje decide um caso específico deveria levar em conta seu dever, pelo menos seu dever inicial, de decidir o caso em termos compatíveis com decisões anteriores sobre as mesmas questões ou questões semelhantes. [...]. Ao decidir esse caso, o tribunal não teria então o dever – de igual importância – de levar em conta o precedente que estará estabelecendo para casos ainda por surgir?

Os precedentes judiciais reputam-se como pontos de partida, ou princípios argumentativos, quando, na análise de outro caso, o julgador deste processo verificar a similitude de fundamentos com a decisão paradigmática referente ao caso anterior, já decidido.

¹¹⁹ PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 478.

¹²⁰ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 95-96.

A partir da consideração pelo juiz do caso posterior é que se saberá se o caso anterior se afigura um precedente judicial, pelo que pode-se afirmar que todo precedente é uma decisão judicial, mas nem toda decisão pode ser reputada como sendo um precedente judicial^{121 e 122.}”

Nesta análise criteriosa, caberá ao órgão julgador do caso atual em apreciação realizar uma série de averiguações antes de aplicar ao seu caso o entendimento firmado no caso anterior, supostamente paradigmático, considerando-o um precedente judicial.

Em um primeiro momento, será necessário verificar se a decisão do caso julgado representou algum acréscimo hermenêutico ao ordenamento jurídico, atribuindo novo sentido ou firmando um dos vários sentidos possíveis e aceitáveis às prescrições normativas, ou, ainda, construindo uma solução original a um caso exemplar.

Em seguida, o juiz do caso atual deverá realizar um cuidadoso cotejo analítico entre os contornos de fato do caso paradigmático e do caso em julgamento, para verificar quais fatos se aproximam e quais se distanciam, a justificar, ou não, a adoção da mesma solução do caso anterior ao atual.

Por fim, caberá ao órgão julgador responsável pela decisão do caso atual analisar os argumentos jurídicos levados a debate pelas partes e enfrentados na fundamentação da decisão do caso paradigmático e compará-los com os argumentos trazidos no caso em julgamento, na medida em que para se poder reputar o caso anterior como precedente judicial, estas questões devem ter sido objeto de formulação, análise e decisão.

O delineamento dos contornos fáticos dos casos é essencial para a configuração e conformação dos novos casos submetidos a julgamento ao caso

¹²¹ Cf. REDONDO, Bruno Garcia. Aspectos essenciais da teoria do precedente judicial: identificação, interpretação, aplicação, afastamento e superação. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, ano 38, vol. 217, mar. 2013. p. 401-417.

¹²² Há de se destacar que, em contraponto a esta ideia de criação e reconhecimento natural e paulatina dos precedentes judiciais, há entendimento no sentido de que o precedente judicial pode ser identificado em razão de sua origem. Conforme afirma Daniel Mitidiero, assim se qualificam as decisões proferidas pelas Cortes Supremas: “Precedentes são razões necessárias e suficientes para solução de uma questão devidamente precisada do ponto de vista fático-jurídico obtidas por força de generalizações empreendidas a partir do julgamento de casos pela unanimidade ou pela maioria de um colegiado integrante de uma Corte Suprema. Como resultam de interpretação de textos dotados de autoridade jurídica ou de elementos não textuais integrantes da ordem jurídica formuladas por cortes encarregadas de dar a última palavra sobre o direito constitucional ou do direito federal, os precedentes são sempre obrigatórios, isto é, têm sempre força vinculante.” MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 89-90.

paradigmático decidido, mas o precedente constitui deliberação referente à matéria de direito, afirmando Marinoni¹²³ que “[...] 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.”

Os precedentes judiciais, por vezes, são identificados pela doutrina com as decisões pretéritas que ensejaram sua formação. Em outras ocasiões são tratados como sinônimo da norma jurídica produzida pelo Poder Judiciário, fruto da interpretação judicial da questão decidida. Ainda, frequentemente, são tratados como fonte do Direito.

A consideração do precedente como a decisão judicial que fixou a tese jurídica a ser seguida pelos órgãos julgadores nos casos futuros similares é destacada por Ronaldo Cramer¹²⁴, que também o identifica como a própria norma jurídica criada pela decisão judicial. MacCormick afirma que no exercício da atividade jurisdicional “a deliberação proferida por um tribunal precedente fornece uma norma para os casos atuais pertinentes¹²⁵.”

O caráter de norma jurídica dos precedentes judiciais é destacado Ilana Bertagnolli e Andreza Baggio¹²⁶ em análise sobre o tratamento do instituto no Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.105/2015):

Fruto da aproximação entre o Common Law e o Civil Law, gerada com a constitucionalização dos direitos brasileiros, a doutrina da vinculação aos precedentes das cortes superiores passou, com a edição do Novo Código de Processo Civil de 2015, de tendência à realidade. O novo código fortaleceu a jurisprudência dos tribunais e serviu para atribuir poder normativo aos precedentes que vinculam os demais julgadores.

A força vinculante da decisão é fruto de dois fatores, quais sejam, a eficácia geral e abstrata da decisão judicial e sua eficácia anexa mandamental, o que corresponde ao reconhecimento de seu caráter normativo, conforme ensinamento

¹²³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 158.

¹²⁴ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 77-78.

¹²⁵ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 281.

¹²⁶ BERTAGNOLLI, Ilana; BAGGIO, Andreza Cristina. **Os precedentes vinculantes do novo Código de Processo Civil e a aproximação entre *common law* e *civil law* no Direito brasileiro**. In: *Ius Gentium*. Curitiba, vol. 8, n. 1, p. 162-181, jan./jun. 2017. p. 178. Disponível em: <<https://www.uninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/download/325/26>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

de Eduardo Talamini¹²⁷, ao tratar do controle concentrado de constitucionalidade, cujas lições podem perfeitamente ser estendidos para as demais hipóteses de precedentes, pela identidade de fundamentos. Confira-se:

Em suma, a força vinculante (em sentido estrito), identificadas em decisões proferidas em sede de controle direto de constitucionalidade pelo STF, é fruto da *conjugação* da eficácia geral e abstrata do comando decisório produzido no processo objetivo (características essas derivadas do objeto, também geral e abstrato, do processo objetivo) com a imputação de uma eficácia anexa com certa carga mandamental, que impõe a outros órgãos aplicadores do Direito o dever de seguir aquela solução ali adotada.

Embora o objetivo específico da decisão judicial seja a solução do caso concreto, na medida em que os seus fundamentos possam servir como fundamentos de decisão em casos futuros e semelhantes, não há como ignorar-se sua natureza normativa.

Neil MacCormick¹²⁸ insere os precedentes judiciais, ao lado da Constituição e das próprias leis, no conceito de norma jurídica. Todas estas espécies normativas encerram permissões, proibições e obrigações, que devem ser observadas dentro de um sistema jurídico, sob pena de incidência de uma sanção.

Os efeitos normativos das decisões judiciais que são aplicadas aos casos futuros podem, todavia, ser distinguidos das decisões que os geraram, numa relação de conteúdo e continente, ou seja, a norma jurídica produzida seria o conteúdo do precedente, seu meio propulsor, que seria o continente destas normas¹²⁹, razão pela qual o precedente judicial seria melhor considerado uma fonte de Direito.

Há de se advertir que, não obstante a importância do aspecto normativo, a limitação do significado do precedente à ideia de norma jurídica implica em uma simplificação reducionista de sua real dimensão e equívoco referente à sua forma de aplicação, que não é meramente subsuntiva, mas sim dialética, considerando-se as razões do caso decidido e do caso a decidir, os contornos fáticos de ambos e as circunstâncias hermenêuticas posteriores.

¹²⁷ TALAMINI, Eduardo. Objetivação do controle incidental de constitucionalidade 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**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 143, destaques do autor.

¹²⁸ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 318-319.

¹²⁹ Cf. TARANTO, Caio Márcio Gutterres. **Precedente Judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 7-8.

Sobre o equívoco deste reducionismo, explica Juraci Mourão Lopes Filho¹³⁰:

No aspecto de definição, precedente não se reduz, como afirmado, a uma norma geral e abstrata inferida do julgamento e aplicável por subsunção. Embora seja possível se erigir uma norma do julgado, não é ela sua única dimensão nem a mais relevante, mas apenas parte dele. A generalização apregoada não é automática, por possuir força variável segundo as circunstâncias hermenêuticas posteriores. Então, aplicar precedente no tudo ou nada, da maneira típica de regras, é um equívoco, porque repristina método exegético.

Desta forma, para além do aspecto normativo, o precedente judicial há de ser considerado e estudado como fonte do Direito, considerando que na construção de um ordenamento jurídico que prima pelo *stare decisis*¹³¹, não há como descartar ou ignorar esta abordagem como, aliás, não a ignoram os países da tradição da *common law*¹³².

Para a adequada compreensão dos precedentes judiciais, se faz necessário distingui-los de outros institutos que possam lhes parecer semelhantes, como são os casos da jurisprudência e da súmula.

Jurisprudência é o conjunto de decisões proferidas e reiteradas ao longo do tempo por determinado órgão jurisdicional.

Por jurisprudência de um Tribunal se deve entender o tratamento dispensado a uma série de casos envolvendo determinada temática por um mesmo órgão jurisdicional, considerando-se suas composições integral e/ou fracionárias, decisões que podem ou não ser convergentes em um mesmo sentido.

Assim, se faz possível falar em jurisprudência uníssona ou uniformizada¹³³, quando o entendimento do conjunto dos casos similares se der no mesmo sentido, jurisprudência divergente, na situação oposta, ou mesmo jurisprudência majoritária,

¹³⁰ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 154.

¹³¹ Estefânia Barboza explica que o *stare decisis*, adotado em países da tradição da *common law*, advém do termo latino "*stare decisis et quia non movere*", que significa "aderir aos precedentes e não perturbar as coisas já estabelecidas." BARBOZA, Estefânia. Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 198.

¹³² Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 34.

¹³³ Segundo Marinoni: "A jurisprudência uniforme é o resultado dos vários julgados do tribunal acerca da interpretação da lei ou da devida solução de uma questão de direito, apresentando-se como dado que a um só tempo revela o entendimento do tribunal e o critério para a revisão das sentenças." MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 292.

caso não haja consenso, mas se verifique um padrão decisório que se destaca quantitativamente.

Já o precedente é uma decisão judicial anterior, cuja identidade ou semelhança, nos pontos mais relevantes, com o caso atual submetido a julgamento, leva à aplicação de seus fundamentos.

Por certo não se pode descuidar que o precedente pode ser formado e aperfeiçoado paulatinamente através de mais de uma decisão judicial, que venha a complementar ou elucidar a anterior, mas tal não é justificativa para se pretender assemelhar ambos os institutos, na medida em que no caso do precedente esta dinamização ocorre de forma gradual, pontual e específica, ao passo que no caso da jurisprudência o que importa é o conjunto formado pela atuação do órgão jurisdicional.

O precedente também não se confunde com a súmula, a qual é um enunciado, que evidencia um padrão decisório de um Tribunal¹³⁴. Pode-se dizer que a súmula é um extrato ou um resumo, configurando-se a redução de um precedente, não se confundindo com o mesmo.

Para que uma questão seja sumulada há necessidade da repetição do entendimento de um Tribunal, no exercício da função jurisdicional, em uma multiplicidade de casos, que evidenciem o mesmo padrão deliberativo e que possa ser representado em expressões linguísticas objetivas e generalizáveis.

Desta forma, a súmula pode ser entendida como a estratificação da jurisprudência de um Tribunal, expressa em um enunciado.

A aplicação da súmula não possui a mesma dinâmica da aplicação dos precedentes, eis que naquele caso o que se verifica é uma técnica subsuntiva¹³⁵, ao passo em que neste a aplicação se dá pela dialética, comparando-se as nuances fáticas e as razões jurídicas do caso paradigmático e do caso a decidir.

Marinoni¹³⁶ diferencia a súmula do precedente, explicando que as condições para o surgimento deste são mais complexas:

¹³⁴ Cf. SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 270.

¹³⁵ Cf. MARANHÃO, Clayton de Albuquerque. Jurisprudência, precedente e súmula no Direito brasileiro. In: VITORIA, Ignacio García; CID, José Manuel Almudí. **Direito e Justiça número III: protección de los derechos fundamentales en un contexto global**. Curitiba: Juruá, 2016. 367-385.

¹³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 159-160.

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. [...] as súmulas simplesmente neutralizam as circunstâncias do caso ou dos casos que levaram à sua edição. As súmulas apenas se preocupam com a adequada delimitação de um enunciado jurídico.

As súmulas são mecanismos universalizantes e abstratos, que visam facilitar a resolução de casos que se repetem cotidianamente em um Tribunal, mas são fundadas em precedentes, dos quais derivam estes enunciados, e, por este motivo, não podem se desprender dos contextos dos casos que deram origem ao seu surgimento¹³⁷.

Na estrutura do precedente judicial podem ser encontrados elementos específicos, cuja distinção é decisiva para verificação do que se pode entender por vinculação, os quais se denominam *ratio decidendi* e *obiter dictum*.

A *ratio decidendi* pode ser entendida como os fundamentos determinantes da decisão, e são justamente estes fundamentos – e não cada palavra ou frase proferida pelo órgão julgador¹³⁸ - que vinculam o intérprete e aplicador do Direito no novo caso submetido a julgamento, que guarda identidade ou similitude com o caso paradigmático anterior.

Os fundamentos determinantes da decisão não são quaisquer fundamentos, mas sim aquela deliberação que seja suficiente para estabelecer um ponto de Direito, ou uma proposição jurídica, a respeito da qual era necessária uma deliberação para justificação da decisão do caso¹³⁹.

Para ser considerado *ratio decidendi* um fundamento, além de suficiente, deve ser necessário, no sentido de que a sua ausência seja capaz de implicar em outra solução para o caso¹⁴⁰.

Arthur Goodhart¹⁴¹ desenvolveu um método para encontrar a *ratio decidendi* que se tornou referência na *common law*, a partir do qual se presta especial

¹³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 309.

¹³⁸ Cf. MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 105.

¹³⁹ Ibidem, p. 281.

¹⁴⁰ Cf. MARINONI, op. cit., p. 163.

¹⁴¹ GOODHART, Arthur L. *Determining the ratio decidendi of a case*. **The Yale Law Journal**, vol. 40, n. 2, p. 161-183, 1930. Disponível em: <http://users.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/goodhart-1930-ratio.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018.

reverência aos fatos fundamentais levados em consideração pelo órgão julgador para a solução do caso concreto em análise, os quais são denominados fatos materiais.

Contudo, como explica Marinoni¹⁴², para a delimitação da *ratio decidendi* se mostra imprescindível, para além da verificação dos fatos materiais, a análise da decisão jurídica a seu respeito:

[...] a identificação da *ratio decidendi* sempre foi buscada em dois pontos, um especialmente preocupado com a identificação dos fatos do caso, já que a *ratio* seria a decisão a respeito deles, e outro com as razões que embasam a conclusão, ou seja, com as razões que anunciam a regra que dá solução ao caso.

Em homenagem ao princípio da colegialidade, uma decisão somente pode ser caracterizada como precedente judicial se houver o compartilhamento da mesma *ratio decidendi* por parte de ao menos a maioria dos membros do órgão julgador, ou em sentido inverso, se o resultado do julgamento derivar de razões distintas por parte dos componentes do órgão judicial, não haverá o que se falar em motivos determinantes e, conseqüentemente, em precedente judicial¹⁴³.

O termo *obter dicta* (no plural), ou *obter dictum* (no singular), diz respeito aos argumentos, também de natureza jurídica, ditos de passagem, que, embora relevantes, não são determinantes para o julgamento da causa, ou, em outras palavras, sem os quais a decisão ainda se sustentaria, mas com base em outros argumentos, estes sim determinantes.

Estas questões ainda que “ampla e profundamente discutidas pelas Cortes, muitas vezes decididas à unanimidade, [...] tecnicamente são consideradas *obter dicta* apenas por não constituírem passo necessário à resolução do caso¹⁴⁴.”

De acordo com a vinculatividade, ou obrigatoriedade, grande parte da doutrina classifica os precedentes como precedentes vinculantes, dotados de autoridade vinculante (*binding authority*), e precedentes persuasivos, aos quais se confere autoridade persuasiva (*persuasive authority*).

Os precedentes vinculantes são aqueles cujos motivos determinantes devem ser observados por quem os criou e pelos demais órgãos do Poder Judiciário, ao

¹⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 166, destaques do autor.

¹⁴³ Ibidem, p. 189.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 178, destaque do autor.

passo em que os precedentes persuasivos são as decisões judiciais que não vinculam absolutamente um órgão jurisdicional, mas que podem ser aplicadas por ele pela relevância de seus fundamentos¹⁴⁵.

A este respeito, Cruz e Tucci¹⁴⁶ explica que os precedentes vinculantes (*binding authority*) são próprios dos sistemas de *common law* e os precedentes persuasivos, ou de fato, ou revestidos de valor moral (*persuasive authority*) em regra, são característicos dos sistemas da *civil law*.

Diante da aproximação das tradições da *common law* e da *civil law*, todavia, parece ser mais adequada a distinção decorrente da origem do precedente judicial, para que o mesmo seja reputado como vinculante ou persuasivo.

Diante de uma situação concreta semelhante, ou mesmo idêntica, os órgãos jurisdicionais superiores não estão obrigados a seguir os entendimentos dos órgãos jurisdicionais inferiores, firmados anteriormente sobre o tema¹⁴⁷. Se o fizerem, terão em consideração os bons argumentos das decisões, as quais serão tidas por precedentes judiciais de natureza persuasiva.

Em sentido inverso, os órgãos jurisdicionais inferiores estão obrigados a seguir os seus próprios entendimentos e os dos órgãos jurisdicionais superiores, nos novos casos em julgamento que guardem identidade ou similitude com os já decididos, os quais serão considerados precedentes vinculantes¹⁴⁸.

Não se pode olvidar que a necessidade de respeito aos precedentes, como será esclarecido na sequência¹⁴⁹, decorre da consideração do Direito como integridade, bem como, no Brasil, da Constituição da República de 1988 e não apenas do Direito legislado, no caso, do Código de Processo Civil.

Por este motivo, não se pode ignorar que outras decisões que não as arroladas na lei processual brasileira poderão se tornar precedentes judiciais obrigatórios, como, por exemplo, uma decisão proferida por um órgão fracionário de um Tribunal Superior, cuja orientação passa a ser seguida nas decisões posteriores pelo mesmo órgão e pelos órgãos que lhe são inferiores.

¹⁴⁵ Cf. FREIRE, Alexandre. Precedentes judiciais: conceito, categorias e funcionalidade. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. Estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 69.

¹⁴⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 12.

¹⁴⁷ Cf. FREIRE, Alexandre, op. cit., p. 69.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 69-70.

¹⁴⁹ O tema será tratado no cap. 3, mais especificamente nos itens 3.2 e 3.3.

Esta hipotética decisão, inobstante não elencada como vinculante na legislação processual, se afigura em um precedente, que deve ser considerado ao menos por este órgão fracionário e pelos que lhe são inferiores, os quais dele não poderão se afastar sem a devida fundamentação a respeito, nas hipóteses em que se faz possível distinguir a situação do novo caso em julgamento, bem como naquelas onde se permite superar o precedente.

Em referência à processualística civil brasileira, Marinoni¹⁵⁰, em consonância com o que foi asseverado, explica que o rol previsto na Lei n. 13.105/2015 (Código de Processo Civil) é exemplificativo e, por isso, todos os precedentes são de observância obrigatória:

Para que se conclua que os precedentes das Cortes Supremas devem ser observados pelos juízes e tribunais, basta estar atento às normas constitucionais que atribuem ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça a função de outorga de unidade ao direito constitucional e infraconstitucional. Portanto. O art. 927 do CPC/2015, além de desnecessário, tem caráter meramente exemplificativo.

Para Neil MacCormick¹⁵¹ a vinculação aos precedentes é uma imposição decorrente da adesão ao princípio da justiça formal:

O dever que tenho de tratar casos semelhantes de modo semelhante implica que devo decidir o caso de hoje com fundamentos que eu esteja disposto a adotar para a decisão de casos semelhantes no futuro, exatamente tanto quanto implica que hoje eu devo levar em consideração minhas decisões anteriores em casos semelhantes no passado. As duas implicações são implicações de adesão ao princípio da justiça formal; e quem quer que concorde quanto ao dever dos juízes de acatar o princípio da justiça formal está comprometido com essas duas implicações.

A vinculação dos precedentes judiciais, como se percebe pelo que se expôs, pode ser analisada nos âmbitos vertical e horizontal.

Em relação à vinculação vertical, nos sistemas da *common law* não se admite que juízes e Tribunais de hierarquia inferior se recusem a observar precedentes firmados por um Tribunal Superior, ante a hierarquização dos seus sistemas de Justiça, situação perfeitamente aplicável aos sistemas da tradição da *civil law* por identidade de fundamentos.

¹⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 34.

¹⁵¹ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 96.

De igual sorte, analisando-se a questão sob a ótica horizontal, se constata que cabe aos Tribunais observarem suas decisões anteriores, as quais seriam vinculativas para as próprias Cortes, com o que se pode concluir que “um precedente, na medida em que deriva de fonte dotada de autoridade e interfere sobre a vida dos outros, deve ser respeitado por quem o produziu e por quem está obrigado a decidir caso similar¹⁵².”

Outrossim, como esclarecido, as decisões das instâncias inferiores sobre uma matéria de direito podem ser orientadoras para solução de casos em outras instâncias superiores, ou seja, tratar-se-iam de precedentes persuasivos¹⁵³.

Os precedentes judiciais estão, à toda evidência, relacionados à ideia de construção do Direito pelo Poder Judiciário, através das decisões dos casos concretos, contudo, diante da aproximação das tradições da *civil law* e da *common law*, com a conseqüente coexistência dos subsistemas normativo e precedentalista em ambas as famílias jurídicas, não há como se olvidar da sua crescente importância para a finalidade de interpretação do direito legislado.

No que diz respeito ao direito legislado, a norma jurídica é construída pela interpretação conferida ao texto pelo intérprete e aplicador do Direito, a qual, conforme já explanado, não é unívoca, o que gera abalo à segurança jurídica.

O texto da lei não é autossuficiente e a utilização de analogias não é algo raro na interpretação e aplicação das leis vigentes¹⁵⁴, mesmo quando seu sentido comum seja evidente, desde que haja outros significados possíveis e não se verifique excessiva violência semântica com o uso linguístico presente na interpretação preferida e adotada¹⁵⁵.

Os precedentes judiciais, diante desta constatação, também possuem a função de sedimentar a interpretação das normas derivadas da atividade legislativa,

¹⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 87.

¹⁵³ Cf. MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 296.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 251.

¹⁵⁵ Conforme explica Neil MacCormick: “Existe uma presunção justificada favorável à aplicação de leis em conformidade com seu significado mais óbvio; mas desde que haja outros significados possíveis, a presunção pode ser afastada por meio de bons argumentos a partir de conseqüências e/ou a partir de princípios jurídicos”. MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 278. Em outro trecho o autor complementa seu raciocínio, no sentido de que “[...] somente [se faz possível] preferir decisões que possam ser justificadas de acordo com alguma deliberação compatível com *algum* sentido desprovido de demasiada violência para com o uso linguístico aceito atribuível a dispositivos legais pertinentes”. MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 271, destaques do autor.

o que acaba por diminuir a relevância da classificação dos precedentes em persuasivos ou vinculantes para além da motivada por sua origem. A respeito, Marinoni, Arenhart e Mitidiero¹⁵⁶ esclarecem:

[...]. Os precedentes cobrem não só o campo da interpretação integrativa, mas também o da interpretação em geral – se de um modo geral os textos jurídicos são equívocos e as normas são vagas (daí a dupla indeterminação do direito), então é forçoso reconhecer que todo e qualquer ato interpretativo enfrenta problemas de equivocidade. [...] O precedente judicial em um sistema que conta com legislação consubstancia-se no símbolo maior da colaboração entre o legislativo e o judiciário para a promoção do império do Direito – o legislador oferece textos ao juiz, que reconhece os seus significados possíveis, valorá-los argumentativamente e escolhe um desses significados para adscrever ao texto e reconstruir a norma. Daí a razão pela qual a distinção entre precedentes persuasivos e precedentes obrigatórios, conhecida no mundo do Common Law, rigorosamente não interessa para o direito brasileiro – dadas as suas condições de aparecimento, todos os precedentes são obrigatórios.

O desenvolvimento e a aplicação dos precedentes judiciais nas tradições da *common law* e da *civil law* serão analisados a seguir, com especial atenção à viabilidade de sua utilização na família civilista, caracterizada pelo forte apego à normatividade legislativa.

2.2 COMMON LAW E CIVIL LAW

O “sistema jurídico” é um conjunto de instituições legais, processos e normas vigentes em determinado local e em dado tempo. Os sistemas jurídicos podem ser classificados em grupos, ou famílias, quando comunguem de traços relevantes comuns. A comunhão existente entre vários sistemas jurídicos dá origem às tradições jurídicas¹⁵⁷.

A “tradição jurídica” é um termo comumente tratado como sinônimo de “família Jurídica” e é conceituada por Merryman e Perdomo¹⁵⁸ como sendo o:

¹⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. vol. 1. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 145-146. *E-book*.

¹⁵⁷ Cf. MERRYMAN, John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez. **A tradição da civil law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: SAFE, 2009. p. 21.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 23.

[...] conjunto de atitudes historicamente condicionadas e profundamente enraizadas a respeito da natureza do direito e do seu papel na sociedade e na organização política, sobre a forma adequada de organização e operação do sistema legal e, finalmente, sobre como o direito deve ser produzido, aplicado, estudado, aperfeiçoado e ensinado.

Os sistemas jurídicos diferem em cada Estado, dadas suas características peculiares relativas às suas instituições, processos e normas vigentes, embora comunguem de características suficientes para o enquadramento em determinada tradição jurídica. Assim, a tradição (ou família) da *civil law* contempla vários sistemas jurídicos distintos, o mesmo ocorrendo com a tradição da *common law*.

No presente capítulo, far-se-á uma análise dos precedentes judiciais nas tradições da *common law* e da *civil law*, com ênfase na última, em razão do objeto principal da pesquisa ser o sistema brasileiro, pertencente à segunda tradição, também conhecida como romano-germânica.

2.2.1 Precedentes Judiciais na Tradição da *Common Law*

A tradição da *common law* é muito mais recente do que a tradição da *civil law*. Suas origens remontam ao ano de 1066, quando da conquista da Inglaterra pelos normandos¹⁵⁹.

Ao final da Idade Média a Inglaterra trilhou um caminho de desenvolvimento judicial diverso do observado na Europa continental. Lá os Tribunais não ficaram ao lado da realeza em suas disputas de poder com o parlamento, mas, ao contrário, eram fortes aliados na contenção do poder real, com base nos costumes do povo inglês, a denominada *law of the land*¹⁶⁰.

Paulatinamente a importância dos costumes foi crescendo e se solidificando. As fontes do Direito na *common law* eram os costumes e os princípios, não havendo referência aos precedentes no inicial estágio de seu desenvolvimento. Vê-se, pois, que na *common law* a autoridade do Direito está em suas origens e na sua aceitação por sucessivas gerações.

¹⁵⁹ Cf. MERRYMAN, John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez. **A tradição da *civil law***: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: SAFE, 2009. p. 24.

¹⁶⁰ Cf. PUGLIESE, William. **Precedentes e a *civil law* brasileira**: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 33.

Na Inglaterra, paralelamente à *common law*, surgiu um conjunto de regras jurídicas chamado *equity*, aplicadas por uma corte própria, denominada Corte de Equidade, inicialmente comandada pelo rei e depois por um chanceler. Tinha-se, paralelamente, de um lado as Cortes da Justiça, que aplicavam a *common law*, e, de outro, as Cortes de Equidade, que aplicavam a *equity*. Os dois sistemas foram unificados pelos *Judicature Acts* de 1873 e 1875. Unificaram-se os Tribunais, mas os corpos de Direito da *common law* e da *equity* subsistiram. Assim, todos os Tribunais passaram a aplicar as regras dos dois corpos jurídicos¹⁶¹.

Além dos dois sistemas, ainda há o Direito oriundo do parlamento, o *statute law*, cuja produção legislativa cada vez mais se acentua. Mesmo nas origens defendia-se a supremacia do parlamento, mas não de forma absoluta, eis que o Poder Legislativo também devia respeito à *common law*. Tamanha a importância dos costumes que as mudanças do Direito necessitavam do consenso dos diversos grupos representados no parlamento, cujos atos poderiam ser negados pelo Direito preexistente, se contrários à *law of the land*¹⁶².

Ancorada nos costumes, a tradição anglo-saxã desenvolveu-se por 700 anos sem reconhecer a doutrina do *stare decisis*, que consiste na necessidade de observância dos precedentes judiciais pelos membros do Poder Judiciário¹⁶³.

Conforme explica Marinoni¹⁶⁴, “o *common law*, compreendido como os costumes gerais que determinavam o comportamento dos *Englishmen*, existiu, por vários séculos, sem *stare decisis* e *rules of precedent*”.

O que foi esclarecido acima não desmerece a importância das decisões judiciais mesmo nas origens da tradição da *common law*, as quais eram e são essenciais na construção do Direito.

Inicialmente, embora importantes, as decisões judiciais não vinculavam as decisões posteriores. Na segunda metade do século XVI os juízes começaram a se utilizar das decisões anteriores para decidir os casos que lhe eram submetidos, mas

¹⁶¹ Cf. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 40-43.

¹⁶² Cf. PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 34.

¹⁶³ Ibidem, p. 34-35.

¹⁶⁴ 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**, Curitiba, n. 49, p. 11-58, 2009. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/17031/11238>>. Acesso em: 22 jul. 2018.

não obrigatoriamente. No início do século XVII cresceu a importância das decisões judiciais, mas foi nos séculos XVIII e XIX que surgiu a moderna doutrina dos precedentes, com a obrigatoriedade de sua observância.

Daniel Mitidiero¹⁶⁵ atenta para estes momentos históricos e para as correlatas funções dos precedentes judiciais no Direito inglês. Inicialmente, pode-se falar na função ilustrativa dos precedentes judiciais como explicação do Direito aplicado ao caso. Entre os séculos XVI e XVII, destaca-se a função persuasiva, e, por fim, a função vinculativa, ao longo do século XIX.

A ausência de uma compilação básica de leis é uma característica distintiva da *common law*. Isto não significa que não há Direito legislado nesta tradição, que tem se mostrado cada vez mais recorrente, mas sim que as leis são aplicadas na forma determinada pelo Poder Judiciário.

A lei tem papel complementar no Direito inglês. Em caso de conflito prevalece a decisão judicial. A lei somente é incorporada após sua aplicação e interpretação pelo Poder Judiciário. Nas fontes do Direito inglês a jurisprudência tem papel de destaque, depois vindo a lei, de forma secundária, e, por último, os costumes locais¹⁶⁶.

Nos dizeres de René David¹⁶⁷, o Direito inglês “é essencialmente um direito jurisprudencial (*case law*); suas regras são, fundamentalmente, as regras que se encontram na *ratio decidendi* das decisões tomadas pelos tribunais superiores da Inglaterra.”

Estefânia Barboza¹⁶⁸ destaca a importância das decisões judiciais nesta tradição e a reduzida importância conferida à lei em comparação à tradição romano-germânica:

Dizer que o direito inglês é predominantemente judiciário significa dizer que a fonte primária do seu direito são as decisões judiciais, sendo de extrema importância o papel criador de seus juizes (*judge-made-law*), dando-se reconhecimento à autoridade de seus precedentes. Destarte, a *legal rule* no

¹⁶⁵ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 28- 36.

¹⁶⁶ Cf. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 46 e 54.

¹⁶⁷ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução: Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 324.

¹⁶⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 46, destaques da autora.

direito inglês não se confunde com a regra do direito nos sistemas de *civil law*. O *statute law* tem função apenas complementar, porque pressupõe a existência dos princípios gerais criados pela jurisprudência, ou seja, as leis só possuem sentido em relação ao *common law*, não de forma autônoma.

De um lado, tal fato demonstra que a lei não possui, na *common law*, o mesmo *status* e a mesma importância que possui na *civil law*, o que, por outro lado, realça a relevância das decisões judiciais na formação do ordenamento jurídico naquela tradição jurídica.

Os diversos sistemas da tradição da *common law* possuem distinções e peculiaridades, mas estas características são comuns a todos eles. Nos Estados Unidos, que se caracterizam pela existência de uma Constituição escrita e pelo rico desenvolvimento do controle de constitucionalidade, igualmente se verifica que a funcionalidade do seu modelo reside no princípio do *stare decisis*, que corresponde à força vinculante das decisões judiciais.

O principal traço distintivo do exercício da jurisdição na *common law* é a preocupação dos juízes com o caso e não com o código, o que se configura em uma diferença no método de aplicação do Direito, muito mais pragmático, em comparação com a *civil law*.

As funções do Poder Judiciário são julgar conflitos e enriquecer a provisão de regras jurídicas, o que implica em duas tarefas, uma voltada ao passado, resolvendo-se as disputas, e outra prospectiva, enriquecendo o ordenamento jurídico e permitindo que os integrantes da sociedade planejem seus atos para o futuro¹⁶⁹.

Na tradição da *common law* não há lei dizendo que os precedentes devem ser observados e a previsão legislativa não é mesmo necessária para que tal ocorra. A observância dos precedentes é uma consequência natural da própria tradição, sendo mesmo impensável se proceder de forma diversa, eis que o Direito nasce e evolui com o julgamento dos casos.

Nesta tradição soa com naturalidade o fato do Poder Judiciário criar o Direito para aplicação em situações futuras, mas em consideração ao que já se decidiu no passado. Não se parte do nada, mas sim do que já se construiu sobre uma determinada questão, em relação à qual o pronunciamento presente agregará para a solução dos casos futuros.

¹⁶⁹ Cf. PUGLIESE, William. **Precedentes e a *civil law* brasileira**: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 37-38.

Estefânia Barboza¹⁷⁰ trata deste método de funcionamento, típico da tradição da *common law*, que corresponde à ideia de romance em cadeia, preconizada por Ronald Dworkin¹⁷¹:

O *romance em cadeia* exige que cada autor, ao escrever um novo capítulo, interprete tudo o que foi escrito até então, com a compreensão de que está acrescentado um novo capítulo a esse romance. [...]. Nessa dimensão, cada romancista, com exceção daquele que inicia o romance, tem dupla responsabilidade, de interpretar e criar [...].

Diante do exposto e da sistemática de funcionamento desta tradição, a percepção acerca da importância e da necessidade de consideração dos precedentes judiciais não é tarefa das mais difíceis de ser aferida.

2.2.2 Precedentes Judiciais na Tradição da *Civil Law*

Mais antiga que a tradição da *common law*, as origens da tradição da *civil law* remontam a 450 a.C, com a publicação da Lei das Doze Tábuas em Roma¹⁷². Ela foi e é constituída paulatinamente por diversas influências, destacando-se o Direito romano, o Direito canônico, o Direito comercial, as revoluções do século XVIII e a ciência jurídica¹⁷³.

As principais características da *civil law* são a sistematização, o positivismo, o racionalismo e a ideia de pureza do Direito, típica do dogmatismo. A tradição da *civil law* é firmada em uma estrutura conceitual coerente e definida, onde havia grande preocupação com a certeza, que era seu valor preponderante¹⁷⁴.

Em sua formatação originária, na tradição da *civil law*, primou-se pelas abstrações e generalizações, típicas do cientificismo, dando-se pouca ênfase para a resolução do problema do caso concreto.

¹⁷⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 253.

¹⁷¹ Esta construção de Dworkin será analisada com maior profundidade no cap. 3, mais especificamente, no item 3.3.

¹⁷² Cf. MERRYMAN, John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez. **A tradição da *civil law*: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: SAFE, 2009. p. 23.

¹⁷³ Ibidem, p. 23 e 210.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 91.

A ideia prevalente era a de que a certeza adviria da pretensa completude dos códigos, que seriam claros, precisos e desprovidos de lacunas, o que possibilitaria a resolução dos casos através do raciocínio silogístico, sendo suficiente a técnica da subsunção¹⁷⁵.

A lei era tida como principal fonte do Direito nesta tradição, mas idêntico *status* não possuía a decisão judicial, que não era considerada construtiva da ordem jurídica, mas tão somente tarefa de aplicação do Direito, criado por quem detém esta legitimidade, o Poder Legislativo.

A tradição romano-germânica é construída sobre a base de alguns dogmas que se desenvolveram no período das revoluções, notadamente a francesa, quais sejam, o da separação rígida dos poderes, com a supremacia do Legislativo, eis que o único legitimado a criar o Direito, e o exercício pouco criativo da função jurisdicional.

A tradição da *civil law* sofreu importantes transformações nos últimos dois séculos, em razão de diversos fatores importantes, como os fenômenos da descodificação, do constitucionalismo, do federalismo europeu e do controle de constitucionalidade¹⁷⁶.

No que diz respeito à hermenêutica, fez-se necessária a admissão, cada vez maior na tradição da *civil law*, da atividade criativa do Direito exercida pelo Poder Judiciário.

A complexidade do Direito aumentou. A descodificação gerou leis específicas cujas premissas muitas vezes colidiam com as vigentes quando da codificação. O constitucionalismo disseminou a adoção de Constituições rígidas pelos Estados. O controle de constitucionalidade implicou na transposição do poder do Legislativo para o Judiciário, colocando em cheque o dogma da separação dos poderes.

Correlata a esta transformação, também se pode atentar para a re (valorização) das fontes do Direito na tradição de *civil law*, com relevo para o paulatino fortalecimento da jurisprudência, notadamente nos últimos cinquenta anos¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Cf. MERRYMAN, John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez. **A tradição da *civil law***: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: SAFE, 2009. p. 53-61.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 201-210.

¹⁷⁷ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Jurisprudência e precedentes vinculantes no novo Código de Processo Civil – demandas repetitivas. **Revista de Processo**, vol. 255/2016, mai./2016. p. 359-372.

Estas transformações levaram à drásticas viradas: do código civil para a Constituição; do Direito privado para o público; da Justiça ordinária para a Justiça constitucional; e do positivismo legal para os princípios constitucionais, o que redimensionou a atividade hermenêutica exercida pelo Poder Judiciário nos sistemas da *civil law*¹⁷⁸.

Como consequência, ao se diluir a confiança na lei como gestora absoluta da certeza, a segurança jurídica restou fortemente abalada, conforme já abordado na presente pesquisa¹⁷⁹.

Em contrapartida, as decisões judiciais passaram a ser consultadas, citadas e observadas. Na prática, a jurisprudência passou a ser observada, ainda que não pela sua autoridade, mas sob o argumento da concordância pessoal do julgador com os argumentos da decisão anterior.

O fenômeno da valorização e do respeito ao Direito produzido pelos Tribunais nos sistemas da família da *civil law* pode ser atribuído à tendência de convergência entre as duas grandes tradições jurídicas.

Apesar das diferenças entre as tradições da *civil law* e da *common law*, há muitas tendências convergentes, cuja origem consiste na necessidade de se confiar ao Poder Judiciário a responsabilidade pela formação e pela evolução do Direito¹⁸⁰. Esta realidade aproximativa também é destacada por Estefânia Barboza¹⁸¹:

Enquanto no sistema de tradição romano-germânica a codificação buscou assegurar a completude do direito e a segurança jurídica limitando-se o papel Poder Judiciário, nos países que adotaram a tradição do *common law* o direito desenvolveu-se junto com as decisões judiciais, os limites ao juiz se deram, assim, não pela existência de um código, mas pela adoção de um sistema de precedentes vinculantes, no qual eles ficavam obrigados a respeitar as decisões anteriores. Não obstante contextos históricos tão diferentes, é certo que a partir da segunda metade do século XX, os sistemas começaram a se aproximar, especialmente por dois movimentos, o de Revolução dos Direitos Humanos e o de Judicialização da Política.

¹⁷⁸ Cf. MERRYMAN, John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez. **A tradição da *civil law***: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: SAFE, 2009. p. 198.

¹⁷⁹ O tema foi abordado no Cap. 1, especialmente no item 1.3.2.

¹⁸⁰ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1999. p. 133.

¹⁸¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 76.

A inicial repulsa na utilização dos precedentes judiciais na tradição da *civil law*, que teve seu auge quando até mesmo a interpretação da lei foi vedada aos membros do Poder Judiciário, paulatinamente transmudou-se para uma aceitação, ainda que velada, da sua importância, até se considerar a obrigatoriedade de sua observância em determinados casos, como ocorre hodiernamente em diversos sistemas jurídicos desta tradição.

Importante se alertar para o fato de não ser possível, e não estar ocorrendo, a simples e abrupta importação da cultura dos precedentes da tradição do *common law* para a romano-germânica, criando-se aqui uma versão formatada e adaptada do que lá se levou muito tempo para construir.

Este fato justifica o estágio inicial verificado na tradição da *civil law* de valorização da jurisprudência, o que se mostra mais condizente com o sistema de Direito escrito, “onde as posições dos Tribunais se manifestam a partir de interpretação e aplicação das leis¹⁸².”

Contudo, apesar de largamente utilizados na tradição da *common law*, não há incompatibilidade na utilização do subsistema precedentalista na família da *civil law*. No interior de um mesmo sistema jurídico pode ser observada a presença dos dois subsistemas, o normativo, que é prescritivo, onde no mais das vezes se mostra cabível a técnica subsuntiva, e o precedentalista, por meio do qual a argumentação por dedução não se mostra suficiente e se recorre à dialética¹⁸³.

A convivência destes dois subsistemas em um mesmo sistema jurídico não gera incompatibilidade, eis que as técnicas de ambos podem se complementar para se chegar à solução do caso concreto.

Essa afirmação se reforça ao se ter em conta o fenômeno aproximativo verificado entre as duas grandes tradições jurídicas, eis que hodiernamente os diversos sistemas da *common law* têm funcionado com a produção legislativa para além dos precedentes, ao passo em que os sistemas da tradição da *civil law* tem prestado reverência aos precedentes judiciais, apesar de continuarem fiéis ao Direito legislado.

¹⁸² Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Jurisprudência e precedentes vinculantes no novo Código de Processo Civil – demandas repetitivas. **Revista de Processo**, vol. 255/2016, mai./2016. p. 359-372.

¹⁸³ Cf. LOPES FILHO, Juraci Mourão. Sistematização de precedentes e ordenamento jurídico: proposta de um paradigma teórico. **Revista de Direito Brasileira**, vol. 18, n. 7, p. 149-172, set./dez. 2017. p. 150-151.

Por vezes a aplicação do Direito legislado é tarefa que pode ser realizada simplesmente através da argumentação por dedução, por meio da técnica da subsunção, concernente à aplicação da norma jurídica ao fato determinado e daí se extrair a solução do caso. É o que ocorre nos casos evidentes¹⁸⁴.

No entanto, em determinadas situações se verifica a existência de problemas de interpretação, em relação aos quais a subsunção não se mostra suficiente. Nestes casos se mostra necessária a denominada argumentação de segunda ordem, onde a atuação dos Tribunais deve se pautar em argumentos normativos, mas também em analogias e em argumentos consequencialistas ou mesmo principiológicos, que observem a coerência e a coesão do sistema jurídico. É o que ocorre nos casos exemplares¹⁸⁵.

Em um sistema que mostra respeito aos precedentes judiciais, há de se acrescentar que a decisão dos casos exemplares deve inspirar e vincular o julgamento dos casos futuros – ainda que não de forma absoluta –, nos quais deverão ser observadas as decisões anteriores proferidas sobre o tema, ou sobre os aspectos relevantes para a construção da decisão.

A importância da atuação dos Tribunais neste contexto merece ser destacada, seja construindo a solução do caso através da utilização da decisão anterior que interpretou a norma em debate, seja através da utilização da analogia para a aplicação da solução de caso diverso que apresenta similitude com a questão em julgamento. Na verdade, em tais situações, o que se verifica é a interação entre os subsistemas normativo e precedentalista e a sua compatibilização.

A verificação de integração dos sistemas, ainda que gradual, é uma realidade, não podendo ser ignorada a necessidade de se ir além, afigurando-se devido o respeito aos precedentes judiciais. Marinoni¹⁸⁶ alerta para “a aproximação entre as jurisdições do *civil law* e do *common law* e, em tal dimensão, [para] a necessidade de se prestar respeito aos precedentes no direito brasileiro.”

A construção de um modelo brasileiro para o trato dos precedentes judiciais será abordada no próximo tópico.

¹⁸⁴ Cf. MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 23-24 e 127.

¹⁸⁵ Ibidem, p. 137 e 202.

¹⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 25.

2.3 MODELO BRASILEIRO

O sistema jurídico brasileiro, não se excepcionando do fenômeno da complexidade dos sistemas jurídicos em geral, exige, na interpretação e aplicação do Direito, o respeito à Constituição da República, aos princípios, à legislação, aos costumes, à consideração das consequências das decisões e aos precedentes judiciais.

A Constituição da República Federativa de 1988 irradia efeitos sobre toda a ordem jurídica, cuja normatividade não pode ser descurada pelo intérprete e aplicador do Direito. Tamanha a importância das normas constitucionais que hodiernamente não se faz possível interpretar e explicar qualquer ramo do Direito de forma dissociada da Constituição.

Os princípios, da mesma forma, se encontram no seio de todo o sistema jurídico, ora previstos normativamente na Constituição e na legislação infraconstitucional, ora sendo reputados como fontes do Direito e como critério de interpretação das normas jurídicas.

A legislação ainda é tida como a principal fonte formal do Direito no sistema jurídico brasileiro, cujo respeito e consideração merecem destaque na tradição da *civil law*, à qual o Direito brasileiro pertence. Da lei se extrai diretamente a normatividade do sistema jurídico pátrio.

Os costumes também são considerados fontes do Direito, ainda que em caráter secundário, e não apenas os costumes locais, mas também os costumes de Direito internacional, aos quais têm sido acrescidos relevância e destaque, a ensejar estudos cada vez mais aprofundados.

A preocupação com o consequencialismo, embora as consequências da decisão judicial não possam, por si só, sustentar sua prolação e os seus fundamentos, tem merecido destaque em nosso sistema jurídico, especialmente no que diz respeito à interpretação e argumentação contida na decisão judicial.

A necessidade de observância das consequências da decisão judicial, inclusive, mereceu tratamento legislativo específico, como se extrai dos arts. 20 e 21

da Lei n. 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro) com a redação dada pela Lei n. 13.655/2018¹⁸⁷.

No Brasil, embora se reconheça a relevância da eficácia normativa atribuída à lei, não se desconsidera que cada membro do Poder Judiciário a interpreta e pode até mesmo deixar de aplicá-la, eis que lhes cabe o exercício do controle difuso de constitucionalidade. Isto tem gerado certa perplexidade no sistema, no qual se verifica, não raro, a prolação de decisões que dão tratamentos diferentes a casos iguais, notadamente em face da tradicionalmente defendida liberdade interpretativa de cada órgão julgador.

Paradoxalmente a esta permissibilidade interpretativa difusa no Direito brasileiro, tem-se um sistema que admite a revisão das deliberações judiciais, pois o Poder Judiciário é estruturado de maneira vertical, com Tribunais em posições de diferentes níveis na hierarquia judiciária, de acordo com suas respectivas autoridades e competências.

O respeito aos precedentes judiciais, neste contexto, se faz imprescindível para que se estabeleça ordem e racionalidade ao sistema jurídico, essenciais ao seu funcionamento.

A vinculação dos órgãos do Poder Judiciário à determinadas decisões judiciais, por esta razão, é questão que tem sido objeto de grande reflexão e manifesta preocupação do legislador constitucional e infraconstitucional já há certo tempo no Brasil.

Em 1993, a Constituição da República de 1988, por força da Emenda Constitucional n. 3, passa a atribuir força vinculante às decisões afetas à constitucionalidade das leis quando da análise feita pela via direta, ou seja, quando o Supremo Tribunal Federal decide estas questões no exercício do controle abstrato de constitucionalidade.

Em 2004, com a aprovação da Emenda Constitucional n. 45, o rol de provimentos judiciais vinculantes estabelecido na Constituição foi ampliado, sendo

¹⁸⁷ BRASIL, Lei n. 4.657: 1942: 4 de setembro de 1942 [Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro].

“Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

“Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas”.

criada a denominada Súmula Vinculante, cuja edição é de competência do Supremo Tribunal Federal.

Assim, vê-se que ao tempo em que a Constituição da República de 1988 assegura a independência funcional dos juízes, os quais podem decidir fundamentadamente conforme suas convicções, ela também estatui que em determinadas situações deve obrigatoriamente ser respeitado o entendimento vinculante do Supremo Tribunal Federal.

A Carta Magna vigente, mais do que admitir esta possibilidade, também estatui expressamente estas hipóteses, quais sejam, as súmulas vinculantes e as decisões proferidas pelo pleno do Supremo Tribunal Federal no exercício do controle concentrado de constitucionalidade.

No âmbito infraconstitucional, a Lei n. 13.105/2015 (Código de Processo Civil) inovou substancialmente a processualística civil, haja vista que determinou a uniformização das decisões dos Tribunais, com o intuito de que as respectivas jurisprudências se tornem mais estáveis, íntegras e coerentes¹⁸⁸, bem como estabeleceu outras hipóteses de decisões que são de observância obrigatória, e, por isso mesmo, vinculativas, o que certamente amplia o rol daquelas previstas constitucionalmente como vinculantes.

Dentre estas novas decisões previstas pela atual processualística civil destacam-se algumas oriundas dos Tribunais Superiores, como é o caso das decisões proferidas em recursos repetitivos e das súmulas não tratadas na Constituição como vinculantes, bem como outras provindas dos Tribunais locais, como os casos do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e do Incidente e Assunção de Competência¹⁸⁹.

Na doutrina, há questionamentos relevantes sobre a constitucionalidade da ampliação do rol de decisões vinculantes por lei infraconstitucional, no caso, pelo

¹⁸⁸ BRASIL, Lei n. 13.105: 16 de março de 2015 [Código de Processo Civil].

“Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

¹⁸⁹ BRASIL, Lei n. 13.105: 16 de março de 2015 [Código de Processo Civil].

“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.”

Código de Processo Civil, na medida em que a própria Constituição da República já regulou e estatuiu as hipóteses em relação às quais reputa pertinente a vinculação¹⁹⁰.

Contudo, sem maiores digressões acerca do tema, que comportaria trabalho específico a esta finalidade e não é o objeto principal da presente pesquisa, defende-se a constitucionalidade da previsão legislativa veiculada pela Lei n. 13.105/2015 (Código de Processo Civil), na medida em que, no Brasil, o respeito aos precedentes judiciais não deriva apenas da lei, mas sim da Constituição da República, que estrutura o Poder Judiciário de forma verticalizada e elenca a isonomia e a segurança jurídica como direitos fundamentais.

Nesta ordem de ideias, quando a Lei n. 13.105/2015 (Código de Processo Civil) estabelece que os Tribunais pátrios devem uniformizar sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente, está didaticamente aclarando uma constatação pré-existente, que decorre do próprio ordenamento jurídico constitucional brasileiro.

As inovações apresentadas pelo Código de Processo Civil no aspecto procedimental, relativamente à operacionalização de técnicas de julgamento para a observância dos precedentes judiciais, tão somente demonstram o cumprimento de seu papel de tornar efetivos os preceitos constitucionais.

No sistema jurídico brasileiro, tem-se, pois, que a Constituição da República e o Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) delinearam um modelo de respeito aos precedentes judiciais, onde há destaque para o efeito vinculante de determinadas decisões judiciais.

Ainda que o modelo brasileiro não corresponda a um modelo de precedentes nos termos existentes nos sistemas da tradição da *commom law*, é inegável que tem ocorrido a construção de um modelo que prima pela formação gradual do *stare decisis* na processualística civil brasileira, prestando-se o devido respeito à lei, o que gera um sistema que comporta em seu interior o subsistema normativo e o

¹⁹⁰ Dentre os autores que questionam a constitucionalidade das normas do Código de Processo Civil que estabelecem outras hipóteses de decisões vinculantes para além das previstas na Constituição da República, podem ser citados Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1912), Daniel Amorim Assumpção Neves (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Direito processual civil**. vol. único. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 2336) e Marcus Vinicius Rios Gonçalves (GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1146).

precedentalista, os quais se comunicam e podem, assim como devem, funcionar harmonicamente.

No modelo brasileiro, para a consideração dos fundamentos relevantes dos precedentes judiciais, os órgãos julgadores devem partir dos fatos que possuam relevância jurídica conferida pela legislação, a qual, após interpretada, será concretamente aplicada, com a consideração ao que se decidiu no passado sobre o mesmo tema.

Esse procedimento harmônico permite a materialização e a especialização da legislação pelos Tribunais, os quais contribuem com o aperfeiçoamento do Direito, ao mesmo tempo em que asseguram uniformidade, previsibilidade coerência e igualdade nas decisões judiciais¹⁹¹.

O modelo brasileiro de respeito aos precedentes judiciais apresenta também uma peculiaridade no que diz respeito à formação dos precedentes, em comparação com os sistemas da tradição da *common law*.

Assim como observado na tradição da *common law*, no Brasil os precedentes podem se constituir de forma gradual e natural, onde o juiz do caso subsequente, ao considerar e aplicar o entendimento do caso anterior paradigmático, o identificará como um precedente, cuja força vinculativa será tanto maior quanto mais as decisões futuras a ele se reportarem.

No modelo brasileiro, contudo, também se verifica a possibilidade de o surgimento do precedente ser anunciado e ter data certa para ocorrer. Isto porque o art. 927 da Lei n. 13.105/2015 (Código de Processo Civil) estabelece técnicas decisórias diferenciadas aptas a gerar decisões vinculantes desde o momento da publicação da decisão do caso, independentemente do seu reconhecimento pelo juiz do caso posterior.

Em outras palavras, desde o nascituro, a decisão, uma vez observada a técnica decisória diferenciada correspondente e prevista na legislação, possuirá a vocação determinada para se tornar um precedente vinculante.

Os precedentes vinculantes formados não impedirão o ajuizamento de novas ações referentes às mesmas teses jurídicas enfrentadas, tendo-se em vista a dinamicidade do Direito e a possibilidade de os entendimentos serem modificados no futuro, mas a força dos precedentes evidencia-se em diversos dispositivos

¹⁹¹ PUGLIESE, William. **Precedentes e a *civil law* brasileira**: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 86-87.

esparços do Código de Processo Civil Lei n. 13.105/2015, que preveem a abreviação do rito procedimental, possibilitando o julgamento das causas, ou a obtenção da tutela pretendida, de forma mais célere.

Nesta ordem de ideias, o inc. III do art. 311¹⁹² prevê a concessão da tutela de evidência caso o pedido formulado esteja em consonância com tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

O art. 332¹⁹³ permite ao juiz de primeiro grau julgar liminarmente improcedente a pretensão que estiver em desconformidade com enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, com acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos, com entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência e com enunciado de súmula de Tribunal de Justiça sobre Direito local.

Outra manifestação da força dos precedentes judiciais pode ser verificada no inc. III do § 4º do art. 496¹⁹⁴, o qual dispensa a remessa necessária das sentenças proferidas contra a Fazenda Pública, quando fundadas em súmula de Tribunal Superior, acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal

¹⁹² BRASIL, Lei n. 13.105: 16 de março de 2015 [Código de Processo Civil].

“Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

[...]

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”.

¹⁹³ BRASIL, Lei n. 13.105: 16 de março de 2015 [Código de Processo Civil].

“Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local. 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”.

¹⁹⁴ BRASIL, Lei n. 13.105: 16 de março de 2015 [Código de Processo Civil].

“Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

[...]

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula de tribunal superior;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa”.

de Justiça em julgamento de recursos repetitivos, entendimento firmado em resolução de demandas repetitivas ou assunção de competência e entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

No que diz respeito à fundamentação das decisões judiciais, os incs. V e VI do § 1º do art. 489¹⁹⁵, estabelecem que não se considera fundamentada qualquer decisão que aplicar um precedente judicial sem identificar a possibilidade de transposição de seus fundamentos determinantes para o caso atual, ou que deixar de aplicar um precedente judicial sem demonstrar a distinção ou a superação do entendimento.

Ainda há a previsão do inc. I do parágrafo único do art. 1.022¹⁹⁶, no sentido de que se considera omissa a decisão que deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento.

No âmbito recursal, os incs. IV e V do art. 932¹⁹⁷ estabelecem a possibilidade de o relator julgar monocraticamente o recurso, quando a respeito da questão

¹⁹⁵ BRASIL, Lei n. 13.105: 16 de março de 2015 [Código de Processo Civil].

“Art. 489 [...]

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

[...]

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”.

¹⁹⁶ BRASIL, Lei n. 13.105: 16 de março de 2015 [Código de Processo Civil].

“Art. 1.022 [...]

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:

I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento”.

¹⁹⁷ BRASIL, Lei n. 13.105: 16 de março de 2015 [Código de Processo Civil].

“Art. 932. Incumbe ao relator:

[...]

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência”.

jurídica nele debatida houver súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio Tribunal, ou acórdão proferido no julgamento de recursos repetitivos pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, ou, ainda, entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou assunção de competência.

O Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) estabelece dois mecanismos para assegurar o respeito ao precedente judicial: a nulificação da decisão que não o observar sem realizar a devida distinção ou superação e a possibilidade, em determinados casos, de manejo do instrumento denominado reclamação¹⁹⁸.

Da inobservância das decisões referidas nos incs. I, II, III, primeira parte, e V do art. 927 da Lei n. 13.105/2015 (Código de Processo Civil) caberá a apresentação de reclamação desde logo, sem a necessidade de qualquer outra providência.

Tais são as decisões prolatadas em sentido contrário àquelas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, aos enunciados de súmula vinculante, aos acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e à orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem os juízes vinculados, consoante preceituam os incs. III e IV do art. 988 da referida lei¹⁹⁹.

Em outros casos, notadamente na hipótese do inc. III, segunda parte do art. 927 do Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), ou seja, quando não forem observadas as decisões proferidas em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, caberá também a reclamação, mas apenas após se esgotar a via recursal própria.

Esta situação também se aplica às decisões que não observarem os julgamentos dos recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida, tudo

¹⁹⁸ BRASIL, Lei n. 13.105: 16 de março de 2015 [Código de Processo Civil].

“Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: [...]”

¹⁹⁹ BRASIL, Lei n. 13.105: 16 de março de 2015 [Código de Processo Civil].

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

[...]”

III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência; [...]”

nos termos do inc. II do § 5º do art. 988 do Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015)²⁰⁰.

Já quando a decisão não observar os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, que não sejam vinculantes, e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, ou seja, quando não forem observadas as decisões previstas no inc. IV do art. 927 da Lei n. 13.105/2015) (Código de Processo Civil), não caberá a reclamação, ante a falta de previsão normativa de seu cabimento para tais hipóteses, motivo pelo qual a insurgência relativa à não observância do precedente judicial respectivo haverá de ser arguida pela via recursal própria, em pretendendo a parte a nulificação da decisão por este motivo.

Diante deste panorama criado pelo novel diploma processual, parte da doutrina passou a classificar a eficácia dos precedentes, reputando-a como forte, nas hipóteses em que a reclamação é admissível desde logo, média, quando couber a reclamação apenas após a adoção de outras providências, e fraca, quando a via da reclamação não for admissível.

Clayton Maranhão²⁰¹ explica a relação entre esta classificação, adotada por parte da doutrina, entre a eficácia dos precedentes, o cabimento da reclamação e a necessidade da utilização dos recursos ordinariamente previstos na legislação:

A Reclamação Constitucional é desde logo cabível nos termos do art. 988, inc. III, para o caso de descumprimento dos precedentes arrolados no inc. I do art. 927 do Código de Processo Civil brasileiro (CPC, 2015), tornando-os precedentes vinculantes fortes. [...]. Outrossim, são dotados de grau médio de vinculatividade as decisões [...] que [para que] se possa manejar a Reclamação Constitucional [...] faz-se necessário o esgotamento das instâncias recursais ordinárias. [...]. Finalmente, consideram-se de grau fraco de vinculatividade as decisões [...] [em relação às quais o] art. 988 doCPC/15 [...] silencia a respeito do cabimento de Reclamação Constitucional [...] exigindo da parte o manejo e o esgotamento das vias recursais ordinárias. Assim, percebe-se que a classificação acima sugerida entre precedentes com grau *forte*, *médio* e *fraco* de vinculatividade está diretamente "atrelada", e porque não dizer "extraída" ou "deduzida" das

²⁰⁰ BRASIL, Lei n. 13.105: 16 de março de 2015 [Código de Processo Civil].

"Art. 988 [...] § 5º É inadmissível a reclamação:

I – proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada;

II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias".

²⁰¹ MARANHÃO, Clayton de Albuquerque. Jurisprudência, precedente e súmula no Direito brasileiro. In: VITORIA, Ignacio García; CID, José Manuel Almodí. **Direito e Justiça número III: protección de los derechos fundamentales en un contexto global**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 367-385, destaques do autor.

regras relativas às hipóteses de cabimento da reclamação constitucional, assim como dos recursos ordinários que podem ser interpostos simultaneamente, inclusive quanto ao cabimento de efeito suspensivo ou mesmo de uma tutela que permita restabelecer a autoridade do precedente num menor espaço de tempo possível.

Arruda Alvim, Conceição, Ribeiro e Mello²⁰² estabelecem a graduação da obrigatoriedade dos precedentes também em forte, média e fraca, mas com base em critérios diferentes, considerando como forte nos casos em que se faz cabível a reclamação, independentemente da possibilidade de sua adoção desde logo ou somente após cumpridas determinadas providências, média quando houver outra forma de insurgência em relação à decisão judicial que não a reclamação, e, por fim, fraca quando não houver providência judicial a ser adotada, sendo o respeito aos precedentes meramente cultural:

Há a obrigatoriedade que poderíamos chamar de forte – se não respeitada cabe, para correção da decisão que a desrespeitou, um remédio especificamente concebido com esta finalidade. Infelizmente, no Brasil, parece ser este o único caso em que se considera realmente haver obrigatoriedade. Um bom exemplo é o cabimento da reclamação contra decisão que desrespeita acórdão do STJ ou do STF, em julgamento de recursos repetitivos. Pode-se conceber, também, a obrigatoriedade média – ocorre quando desrespeitado o precedente. Pode a parte lançar mão de uma medida qualquer prevista no sistema, com o objetivo de adequar a decisão àquela desrespeitada. É o caso da decisão do STF que resolve o recurso interposto por A contra B, decidindo a inconstitucionalidade da lei aplicada, *incidenter tantum*. Por fim, há a obrigatoriedade fraca – esta é meramente cultural. Não há sanções no sistema, pelo fato de ser desrespeitada. Nem meios processuais existem para que se possa corrigir a decisão. É o caso de uma sentença que desrespeita jurisprudência não unânime, mas majoritária do Tribunal local.

Em contraposição a esta classificação, decorrente da relação entre a providência processualmente prevista e a decisão que, em tese, não respeitar o teor do precedente judicial, releva esclarecer que a constatação de que a principiologia constitucional é que impõe respeito aos precedentes judiciais faz com que estes possuam grau de vinculatividade único, qual seja, forte, conforme explica Clayton Maranhão²⁰³:

²⁰² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo civil**: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1315.

²⁰³ MARANHÃO, Clayton de Albuquerque. Jurisprudência, precedente e súmula no Direito brasileiro. In: VITORIA, Ignacio García; CID, José Manuel Almudí. **Direito e Justiça número III: protección de los derechos fundamentales en un contexto global**. Curitiba: Juruá, 2016. 367-385, grifo do autor.

É que as novas regras do CPC/15, devidamente conectadas com os princípios da isonomia e da segurança jurídica, expressamente previstos no catálogo de direitos fundamentais constantes do art. 5º da Constituição Federal do Brasil, conduzem a um entendimento no sentido de que todos precedentes judiciais são vinculantes **fortes**.

A devida utilização do subsistema precedentalista em harmonia com o subsistema normativo no sistema jurídico brasileiro pode impactar fortemente a prestação jurisdicional, com a racionalização da jurisprudência e com o resgate da segurança jurídica.

A segurança do sistema jurídico, considerado em sua integridade, somente pode ser obtida através da vinculação hermenêutica às decisões judiciais anteriores, observado o critério hierárquico e com base no critério da coerência.

O tema será objeto do próximo, e derradeiro, capítulo da presente pesquisa.

3 VINCULAÇÃO HERMENÊUTICA: SEGURANÇA SISTÊMICA

Em razão do quadro apresentado, onde resta abandonada a ideia de certeza e comprometida a segurança jurídica, soluções devem ser apresentadas para que seja preservado e revigorado este importante instituto essencial ao sistema jurídico, mesmo diante dos desafios da contemporaneidade, eis que a segurança jurídica está no coração e é um dos alicerces do Estado de Direito e também do Estado Constitucional.

Passa-se à análise de mecanismos que podem contribuir para o reestabelecimento da segurança jurídica e também de sua limitação diante da divergência jurisprudencial, razão pela qual se torna essencial o respeito aos precedentes judiciais.

3.1 SEGURANÇA JURÍDICA: RESTABELECIMENTO

O estabelecimento de critérios para a argumentação jurídica é uma questão fundamental para a pretendida racionalização do sistema jurídico, com o consequente resguardo da segurança jurídica. Neil MacCormick²⁰⁴ expõe seu entendimento de que a argumentação jurídica deve partir da lei:

“[...] há limites para a esfera de ação da atividade judicial legítima: os juízes devem fazer justiça de acordo com a lei, não legislar para o que parecer a seus olhos uma forma de sociedade idealmente justa. Embora isso não queira dizer e não possa dizer que eles somente devem proferir decisões diretamente autorizadas por dedução e a partir de normas válidas e estabelecidas do direito, em certo sentido e até certo ponto, quer dizer, sim, e deve querer dizer que cada decisão, por mais aceitável ou conveniente por motivos consequencialistas, deve também ser autorizada pela lei como ela é.”

Embora o autor abrande o aparente rigor de suas considerações, ao atribuir - assim como é atribuída à lei - natureza normativa aos precedentes judiciais, que também por esta razão devem ser observados²⁰⁵, esclarece ele que a argumentação deve ser generalizável, ou seja, aplicada a um conjunto de casos semelhantes, não

²⁰⁴ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 136.

²⁰⁵ Ibidem, p. 76.

sendo válida e nem mesmo aceitável a argumentação casuística, destinada a uma situação qualquer reputada como singular e única²⁰⁶.

Nesse cenário, o que se pretende destacar é que a argumentação jurídica contida na decisão judicial deve invocar fundamentos jurídicos normativos, ainda que implícitos, que lhe outorguem sustentação suficientemente convincente.

Conforme explica Mauro Cappelletti: “[...] o juiz, vinculado a precedentes ou à lei (ou a ambos), tem como dever mínimo apoiar a sua própria argumentação em tal Direito judiciário ou legislativo, e não (apenas) na “equidade” ou em casos análogos e vagos critérios de valoração²⁰⁷.”

Em outras palavras, o que não se mostra cabível é o voluntarismo e o apelo a argumentos tão somente de ordem lógica, moral e/ou política, afastando-se da normatividade. No mesmo sentido são as lições de Theodoro Júnior, Nunes, Bahia e Pedron²⁰⁸:

A crítica ao positivismo literalista na aplicação das normas não nos leva ao extremo oposto, que é uma nova forma de discricionariedade/decisionismo judicial: agora não mais quando há lacunas/antinomias, mas em qualquer caso. Juízes, assim como todos os demais sujeitos do processo, estão sobremaneira vinculados à normatividade. A invocação de um princípio precisa encontrar lastro normativo.

Não se desmerece a importância dos valores²⁰⁹ que subjazem à decisão judicial e das consequências²¹⁰ geradas por elas, fatores que não poderão ser

²⁰⁶ Nas palavras de MacCormick: “Eu diria que não se pode entender a equidade como algo particular em comparação com a universalidade da Justiça. Pode-se estabelecer um contraste melhor e mais correto entre a equidade e o direito, e isso apenas no sentido de que as normas formais do direito positivo podem causar injustiça em sua aplicação, o que pode justificar a criação de exceções à lei para as classes de situações às quais, por bons motivos, não deveria ser aplicada a lei previamente promulgada ou estabelecida (por meio de precedente). Mas, como essas palavras dizem, a equidade é tanto quanto a justiça uma questão daquilo que é universalizável. A tese aqui defendida é, portanto, clara e direta. É a de que a noção de justiça formal exige que a justificação de decisões em casos individuais seja sempre fundamentada em proposições universais que o juiz esteja disposto a adotar como base para determinar outros casos semelhantes e decidi-los de modo semelhante ao caso atual.” MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 125-126.

²⁰⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1999. p. 25.

²⁰⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 80.

²⁰⁹ Sobre a importância dos valores socialmente reconhecidos como fator de legitimação da decisão judicial, se recorre aos ensinamentos de Chaim Perelman: “Cada vez mais, os princípios gerais do direito são considerados regras de direito que o juiz deve levar em conta, mesmo independentemente de um texto legal que os consagre. Notou-se igualmente, o papel crescente dos tópicos jurídicos, ou seja, de argumentos considerados pertinentes na elaboração e na aplicação do direito, de valores aceitos numa sociedade que um direito, que se pretende razoável,

ignorados na argumentação jurídica contida nas decisões, as quais devem ser reputadas como aceitáveis pela sociedade. O que se pode afirmar é que mesmo tendo-se a devida consideração pelos valores e pelas consequências sociais, jurídicas e econômicas para a prolação da decisão, deve-se partir de fundamentos normativos.

Na realidade, todos estes fatores, embora por si não sustentem a decisão judicial sem que seja observada a normatividade, deverão ser considerados conjuntamente para se reputar aceitável a argumentação jurídica nela contida, a qual será, assim, considerada válida e adequada aos fins a que se destina, não apenas em relação ao caso objeto da decisão, mas também tendo-se em consideração o sistema como um todo, o que implica o revigoramento da segurança jurídica.

Conforme assevera Dorico²¹¹, a atividade jurisdicional “envolverá um equilíbrio entre a prescrição normativa (deontologia), os valores em jogo (filosofia moral) e os efeitos sobre a realidade (consequencialismo).”

Também se mostra relevante atentar para o efeito estabilizador que deve ser buscado com o resultado interpretativo decorrente da argumentação jurídica na pós-modernidade, reduzindo-se a complexidade do sistema jurídico e, conseqüentemente, do sistema social²¹².

Com a adoção destes critérios a decisão judicial contará com uma argumentação consistente, traduzindo-se em um mecanismo de estruturação da segurança jurídica, que, apesar de não ser o único, se mostra importante e até

não pode desprezar. Numa visão democrática do direito, que não considera este como o ato de uma autoridade competente, mas que quereria, ademais, que as decisões judiciárias fossem não só legais, mas também aceitáveis, porque não se opõem categoricamente a valores socialmente reconhecidos, o papel do juiz continental cresce singularmente, e se aproxima do papel do juiz anglo-saxão”. PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 577.

²¹⁰ Na argumentação jurídica não poderão ser esquecidas as consequências sociais, econômicas ou políticas da decisão, cabendo ao juiz “impedir que a aplicação do direito leve a consequências desarrazoadas.” PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 552.

²¹¹ DORICO, Eliane Aparecida. **A teoria da argumentação jurídica como instrumento para a solução justa dos casos**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-teoria-da-argumentacao-juridica-como-instrumento-para-a-solucao-justa-dos-casos,44965.html>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

²¹² Segundo Hespanha: “[...] um discurso coerente e partilhado sobre o que deve ser (sobre o justo) tem que nascer de uma estratégia de interpretação das normas de cada direito setorial que contribua para a sua compatibilização mútua e para a estabilização do sistema jurídico, bem como das expectativas sociais daí decorrente. Assim, uma “boa interpretação” é, antes de tudo, a que contribui para levar a cabo a função estabilizadora das normas jurídicas, reduzindo assim a complexidade do sistema social (N. Luhmann)”. HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e Direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013. p. 272-273.

mesmo essencial para a consolidação desta segurança, em homenagem aos valores e aos princípios que se encontram consagrados no regime democrático do Estado de Direito²¹³.

O restabelecimento da segurança jurídica também demanda a necessidade da releitura do papel do Poder Judiciário e do princípio da tripartição dos poderes na tradição romano-germânica na contemporaneidade, como resultante dos fenômenos do constitucionalismo e da judicialização da política.

No atual cenário que se apresenta contemporaneamente, em que a judicialização da política tem levado para a análise do Poder Judiciário discussões outrora travadas no âmbito do parlamento ou no seio da administração pública, não há como se pretender seja o princípio da tripartição dos poderes interpretado na forma originariamente concebida quando dos ideais liberais revolucionários do século XVIII.

Não cabe ao Poder Judiciário permanecer alheio e insensível aos anseios populares quando se verificar que os demais Poderes descumprem suas atribuições constitucionais, conforme explica Moreira de Paula²¹⁴:

Deve a atividade jurisdicional ter em conta o seu conceito e a sua missão no Terceiro Milênio; deve a atividade jurisdicional levar em conta que o descumprimento de um programa social ou a ausência de lei infraconstitucional que regulamenta um direito constitucional são lesões/ameaças ao direito material e que ela está apta a reparar a lesão/ameaça em face do princípio do acesso da justiça (...) Por isso, aceita-se a intervenção judicial em assuntos da administração pública quando forem lesados ou ameaçados interesses sociais; assim como aceita-se a intervenção judicial em assuntos legislativos quando houver omissão legislativa na regulamentação de direito constitucional.

Nesta nova perspectiva e com este atual panorama, há de se repensar o papel e a atuação da Jurisdição, tendo em conta o crescimento do Estado social e o problema da liberdade positiva²¹⁵.

²¹³ Cf. RAMIDOFF, Mário Luiz; NOVACKI, Eduardo; RAMIDOFF, Luísa Munhoz Bürgel. Processualística Civil e democracia: uma questão de segurança jurídica? *In*: ALVIM, Eduardo Arruda (Dir.); AGUSTINHO, Eduardo (Coord.); MACEI, Demetrius Nichele; CACHICI, Rogério Cangussu Dantas (Org.). **Segurança jurídica e Estado democrático de Direito**. Curitiba: Instituto Memória, 2017. p. 309-310.

²¹⁴ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A jurisdição como elemento de inclusão social**: revitalizando as regras do jogo democrático. São Paulo: Manole, 2002. p. 82.

²¹⁵ Este é o pensamento de Ferraz Jr., que esclarece: "O crescimento do estado social ou estado do bem-estar social reverteu alguns dos postulados básicos do estado de direito, a começar da separação entre Estado e sociedade, que propiciava uma correspondente liberação das estruturas jurídicas das estruturas sociais. Nessa concepção, a proteção da liberdade era sempre da liberdade individual enquanto liberdade negativa, de não impedimento, do que a neutralização do

Hodiernamente, mesmo na tradição da *civil law*, não mais se concebe a atuação do Poder Judiciário como mero proclamador da opção política do legislador, outrora tido como o único responsável pela normatização do Direito. Ao contrário, responsável por interpretar e aplicar o Direito – e entendendo-se que o Direito não se limita ao produto positivado do Poder Legislativo – ganha relevo a atuação do Poder Judiciário, cuja função também passa a ser reconhecida como a de participação na construção do próprio Direito.

Segundo Mauro Cappelletti: “[...] quando se fala dos juízes como criadores do direito, afirma-se nada mais do que uma óbvia banalidade, um truísmo privado de significado: é natural que toda interpretação seja criativa e toda interpretação judiciária *law-making*²¹⁶.”

Desta forma, resta revigorada a função e a forma de atuação do Poder Judiciário, reconhecendo-se sua função contributiva na criação da ordem jurídica, o que efetivamente afasta qualquer tentativa de caracterizar sua atitude como comprometedora do princípio da tripartição dos poderes, que passa a ser compreendido de uma forma contextualizada e não como originariamente concebido nos séculos XVIII e XIX²¹⁷.

Judiciário era uma exigência consequente. O estado social trouxe o problema da liberdade positiva, participativa, que não é um princípio a ser defendido, mas a ser realizado. Com a liberdade positiva, o direito à igualdade se transforma num direito a tornar-se igual nas condições de acesso à plena cidadania. [...]. Os direitos sociais, produto típico do estado de bem-estar social, não são, pois, conhecidamente somente normativos, na forma de um a priori formal, mas têm um sentido promocional prospectivo, colocando-se como exigência de implementação. Isto altera a função do poder Judiciário, ao qual, perante eles ou perante sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza) FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência? In: **Revistausp**. São Paulo, n. 21, 1994. p. 18.

²¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1999. p. 24-25

²¹⁷ Como explica Clève: “É preciso limitar o Estado, mas é preciso verificar que nem ele nem a sociedade correspondem às imagens oferecidas pelos séculos XVIII e XIX. Reivindica-se, agora, a atuação do Poder Público para quebrar o domínio dos grupos e corporações. Se, neste ponto da história, o princípio rígido e dogmaticamente interpretado da separação dos poderes não é funcional, cumpre lembrar que, como ideia racionalizadora do aparato estatal ou como técnica de organização do poder para garantia das liberdades, não pode ser esquecido, nem se encontra superado. Montesquieu criou para sua época um sistema de equilíbrio do poder (que não corresponde necessariamente a um sistema de equilíbrio entre os poderes), oferecendo as bases para a construção de um governo misto, moderado pela ação das forças dinamizadoras do tecido societário. A missão atual dos juristas é a de adaptar a ideia de Montesquieu à realidade constitucional do nosso tempo.” CLÈVE, Clemerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 43-44.

Em sentido similar, Estefânia Barbosa²¹⁸ justifica a atuação do Poder Judiciário e defende uma nova configuração da relação entre os Poderes:

O crescimento da importância dos Tribunais se deu não só no sentido quantitativo, mas também no sentido de que cada vez mais estes se manifestam sobre questões políticas centrais para sociedade, redesenhando os próprios papéis dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. [...] Apesar de ser aparentemente contra os interesses do Parlamento, é possível afirmar que há um consenso no sentido de que a assunção de novos papéis pelo Judiciário, incluindo as decisões sobre questões políticas, morais, religiosas, centrais tanto por parte da sociedade quanto por parte dos próprios atores políticos, vem sendo aceita pela sociedade, uma vez que os próprios atores políticos veem o Judiciário como um fórum apropriado para enfrentar tais questões. [...] Verifica-se, ainda, que a atuação do Judiciário é legítima, na medida em que provocada por atores políticos, como também por estar legitimado no próprio documento constitucional.

A devida compreensão a respeito do fato da atuação do Poder Judiciário ser legitimada constitucionalmente e ser fundamental para que seja garantido e implementado o exercício da cidadania, proporcionando aos cidadãos do Estado o direito à uma existência digna mesmo em face dos demais poderes do Estado, é fundamental para que na contemporânea redefinição das funções, deveres e limites dos poderes do Estado não se perca de vista a segurança jurídica.

A teoria da tripartição dos poderes ainda é fundamental para a estrutura e organização do Estado nos dias atuais, mas se faz necessária uma (re) leitura constitucional contemporânea da funcionalidade estatal, de modo a assegurar a efetivação das liberdades públicas e da igualdade material.

Ao Poder Judiciário cabe zelar pelo cumprimento dos preceitos contidos na Constituição, cujas normas balizam e limitam o próprio exercício da atividade jurisdicional, a ser exercida em um processo garantidor dos direitos fundamentais dos jurisdicionados, os quais não permanecem alheios à formação da decisão. Com isso, pode se ter por revigorada a segurança jurídica, firmada agora em preceitos sólidos e duradouros.

Importante se destacar também que, ao se tomar consciência das características das relações sociais na contemporânea pós-modernidade, se faz necessário um Direito que atenda a estes reclamos. Em outras palavras, a

²¹⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 95 e 105.

concepção do Direito com o viés da modernidade não é mais suficiente para fazer frente aos dias atuais.

Os componentes da pós-modernidade, como a globalização, o hiperconsumismo e a excessiva valorização do tempo, não de ter a consideração devida, sendo, como explica Jobim, os “marcos que modificam as relações sociais, econômicas, políticas, filosóficas, artísticas e jurídicas contemporâneas e qualquer teoria do Direito ou fase metodológica do processo que pretenda sobreviver deve ter este perfil [...]”²¹⁹.

Em tempos pós-modernos, a atenta interpretação e aplicação do princípio da efetividade, e sua coexistência com os demais direitos e garantias fundamentais, é fator imprescindível para a preservação e, até mesmo, para a otimização da segurança jurídica.

A efetividade do processo é um direito fundamental, imprescindível mesmo para a realização do direito material. Pode-se afirmar que a efetividade significa a própria realização deste direito e que, portanto, na condição de direito fundamental, deve balizar a feitura e a interpretação das normas jurídicas infraconstitucionais, respectivamente pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário.

Os direitos materiais devem ser efetivados em tempo razoável, na medida em que a morosidade na outorga da prestação jurisdicional prejudica a efetividade dos direitos fundamentais.

No entanto, cabe ao Poder Judiciário, mesmo tendo em forte consideração a efetividade, zelar pelos demais direitos fundamentais e pelos princípios processuais constitucionais, não os tendo como empecilhos ao encontro desta efetividade, mas, ao contrário, harmonizando-se a aplicação dos direitos e garantias, com o que se estará resguardando a segurança jurídica e o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Conforme esclarece Daniel Mitidiero²²⁰: “sendo certo que o processo civil vem dominado pelo conflito incessante e brutal entre seus dois valores fundamentais, o da segurança jurídica e o da efetividade do processo [...] as soluções de compromisso entre ambos se oferecem como uma realidade inafastável do campo forense”.

²¹⁹ JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 93.

²²⁰ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 55-56.

Tal desiderato somente poderá ser alcançado mediante a leitura contemporânea da segurança jurídica em sua concepção dinâmica, alinhada aos direitos fundamentais, e não apenas tendo-a como garantia formal ao devido processo legal, como se tal implicasse na estrita observância de fórmulas rígidas e, por vezes, destituídas de significado.

Mesmo em tempos pós-modernos²²¹ há de se controlar a pressa e se atentar que a duração razoável do processo não significa o atropelo das garantias processuais constitucionais²²².

Desta forma, a efetividade necessita ser almejada, perseguida e aplicada, através da prestação jurisdicional adequada e tempestiva, mas com observância aos demais princípios processuais constitucionais, inclusive a segurança jurídica que, lida sob a ótica contemporânea do Estado Democrático de Direito, haverá de ser respeitada e preservada para que se tenha um processo justo²²³.

A devida compreensão das coisas sob esta perspectiva torna possível a afirmação de que a efetividade é um corolário da própria segurança jurídica, conforme esclarecem Marinoni, Arenhart e Mitidiero²²⁴:

A tutela jurisdicional tem de ser *efetiva*. Trata-se de imposição que respeita aos próprios fundamentos do Estado Constitucional, já que é fácil perceber que a força normativa do direito fica obviamente combatida quando esse carece de *atuabilidade*. Não por acaso a *efetividade* compõe o princípio da *segurança jurídica* – um ordenamento jurídico só é *seguro* se há *confiança* na realidade do direito que se *conhece*.

²²¹ O conceito de pós-modernidade foi apresentado no item 1.3.1 desta pesquisa.

²²² Conforme alerta Pinho: “[...] Buscar uma decisão rápida, por si só, apenas para atender metas matemáticas e estatísticas não significa, nem de longe, garantir o processo justo. Uma decisão rápida demais normalmente não poderá ser tomada sob premissas justas. Isso é utilitarismo processual e deve ser combatido, pois se trata de uma praga dos tempos pós-modernos. Em outras palavras, tudo tem que ser rápido, muito rápido, a jato, voando... O problema é que não se sabe muito bem o motivo da correria e, não raras vezes, certos atos acabam tendo que ser refeitos, eis que declarados nulos (quer por falta de fundamentação, quer por inobservância de forma prescrita em lei) pela instância superior (que, paradoxalmente, é a mesma que cobrava dos juízes que lhe são subordinados a tal pressa!).” PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo**. vol. 1. Teoria geral do processo. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 77-78. *E-book*.

²²³ Afirma Daniel Mitidiero que “as técnicas processuais que servem à tutela jurisdicional do direito devem pautar-se, entre outras, pelas normas da adequação, da segurança e da efetividade, de modo a tornar constitucionalmente legítimo o comportamento jurisdicional”. MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 55-56.

²²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. vol. 1. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 276-277. Destaques dos autores. *Ebook*.

Contudo, mesmo estabelecendo-se critérios para a argumentação jurídica, tendo-se a devida consideração pela releitura do princípio da tripartição dos poderes e acurando-se a necessidade de a efetividade ser obtida em compasso com a segurança jurídica, tais mecanismos terão eficácia limitada se cada membro do Poder Judiciário tiver a possibilidade de decidir os casos que lhe são submetidos isoladamente, de acordo com suas convicções pessoais e sem a necessidade de respeito às decisões anteriores sobre o mesmo tema.

Cresceu a importância e o prestígio do Poder Judiciário na tradição da *civil law*, mas se os juízes atuais desta tradição podem interpretar as leis e preencher as cláusulas abertas no caso concreto, cada qual de acordo com o seu próprio entendimento, tal fato causa evidente insegurança jurídica, pois não há como se prever como serão tratadas as relações submetidas ao julgamento pelo Judiciário na generalidade dos casos²²⁵.

A atuação do Poder Judiciário deve se dar de forma íntegra, uniforme, coerente e estável, sob pena de, ao invés de proporcionar a almejada segurança, aumentar-se a insegurança. Conforme lição de Marinoni²²⁶ “imaginar que o juiz tem o direito de julgar sem se submeter aos precedentes das Cortes Supremas é não enxergar que o magistrado é uma peça no sistema de distribuição de justiça, e, mais do que isso, que este sistema não serve a ele, porém ao cidadão.”

Desta constatação podem surgir importantes indagações, como as trazidas por Pugliese²²⁷:

[...] como a integridade do ordenamento jurídico é preservada se cada magistrado pode ter um posicionamento com relação à constitucionalidade das leis? Mais do que isso: como se trabalha em um sistema jurídico em que cada juiz pode interpretar a lei da forma como julga correta? E como se justificam as cláusulas gerais abertas, uma vez que os magistrados podem ter entendimentos distintos a respeito de sua extensão e eficácia? [...] como se garante a igualdade do ordenamento jurídico a todo o jurisdicionado se cada juiz pode aplicar as leis da forma que julgar mais prudente?

A tomada de decisões com estas considerações concebidas de forma subjetivista, ou mesmo solipsista, prejudica a uniformidade acerca do entendimento

²²⁵ Cf. PUGLIESE, William. **Precedentes e a *civil law* brasileira**: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 32.

²²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 55.

²²⁷ PUGLIESE, op. cit., p. 31.

concernente à extensão e ao significado das normas existentes no próprio ordenamento jurídico.

Lenio Streck²²⁸ afirma que “o ato interpretativo não é produto nem da objetividade plenipotenciária do texto e tampouco de uma atitude solipsista do intérprete: *o paradigma do Estado Democrático de Direito está assentado na intersubjetividade.*”

Diante da transformação hermenêutica verificada na tradição de *civil law*, com as amplas possibilidades de solução de cada caso, especialmente no Estado Constitucional brasileiro, não há como cada juiz, de forma isolada, “delimitar o conteúdo aberto das normas de direitos fundamentais e dos valores encartados nas normas constitucionais²²⁹”, sob pena de se colocar em risco a segurança, a coerência e a integridade sistêmicas.

Constatação em sentido contrário seria efetivo limitador de todas as medidas estudadas ao reestabelecimento da segurança jurídica, que teriam sua eficácia comprometida, daí derivando, também, a necessidade de observância dos precedentes judiciais.

3.2 VINCULAÇÃO AOS PRECEDENTES JUDICIAIS

A consideração e o respeito à integridade do sistema jurídico, o qual deve manter sua unidade, sua coerência e sua continuidade, é imprescindível para seu regular e adequado funcionamento.

Para tanto, é necessária a observância de critérios aptos a legitimar a decisão judicial, inclusive com respeito à história institucional do poder de onde ela advém, para verificar como outros órgãos julgadores decidiram no passado questões semelhantes, somente com o que a mesma poderá ser considerada instrumento hábil à racionalização deste sistema.

²²⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Crise de paradigmas**: devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz. 05 jan. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos_importar_sim_doutrina?pagina=3>. Acesso em: 07 dez. 2017, destaques do autor.

²²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. vol. 1. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 565. *Ebook*.

Os valores da segurança, integridade e coerência justificam a inserção de mecanismos que possam preservar e até mesmo revigorar estas características do sistema de Justiça, atribuindo-lhe certa, senão suficiente, ordem.

A observância dos precedentes judiciais se mostra essencial à consecução destes valores, conforme explica Michele Taruffo²³⁰:

Os precedentes poderiam funcionar como as estruturas dissipativas das quais se fala nas teorias da complexidade, ou seja, como momentos de formação de áreas de ordem no interior do desordenado fluir do caos da jurisprudência. Eles poderiam, de fato, constituir importantes fatores de racionalização, de uniformidade de tipo flexível, de previsibilidade e de igualdade de tratamento, na incontável quantidade e variedade dos casos que vêm sendo decididos pelas cortes.

A imposição de ordem ao sistema jurídico é tarefa das mais difíceis, diante da complexa organização e estruturação do Poder Judiciário. Assim, cabe destacar a função dos precedentes judiciais como fator essencial para o trato da divergência jurisprudencial e para o revigoramento da segurança jurídica, que não repousa no texto da lei ou da Constituição, mas no Direito como integridade²³¹, o que será melhor explorado na sequência do presente capítulo²³².

Antes desta abordagem, cabe analisar o que se deve compreender quando se fala sobre a necessidade de os órgãos do Poder Judiciário observarem os precedentes judiciais, especialmente sobre o que se deve entender por esta “observância”.

A principal característica da vinculação aos precedentes judiciais consiste no fato de que as decisões consideradas precedentes não podem ser simplesmente ignoradas pelos demais órgãos julgadores quando da apreciação dos casos que lhe são submetidos, devendo ser efetivamente respeitadas.

Observar o precedente judicial significa respeitar o seu teor, mais especificamente respeitar as razões que compõe a decisão paradigmática que se afigura como tal, a qual deve ser considerada no novo caso em apreciação.

²³⁰ TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Tradução: 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: 14 dez. 2017.

²³¹ Cf. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 31.

²³² O assunto será abordado no item 3.3.

Esta consideração é o que o ordenamento jurídico exige, seja para a decisão anterior ser aplicada ao novo caso, seja para ser distinguida, superada ou até mesmo, em determinadas hipóteses, desafiada. O que não se admite é que seja ela ignorada pelo órgão julgante quando da apreciação de causa que guarde similitude ou semelhança com o caso no qual se formou o precedente.

A observância do precedente judicial não significa necessariamente a imposição do seguimento de um enunciado e sua aplicação automatizada no caso concreto.

Pelo contrário, a aplicação do precedente é questão bem mais complexa, eis que a *ratio decidendi* contida na decisão paradigmática é um princípio argumentativo, a ser trabalhada e complementada no caso em debate e julgamento, não significando um fechamento dialógico, eis que o precedente deve ser considerado como ponto de partida para a decisão do caso atual, mas não esgota a questão em apreço numa simples técnica de subsunção.

Na realidade, caberá ao órgão julgador analisar o caso em julgamento tendo em consideração a *ratio decidendi* contida no precedente, para, na sequência, acrescentar os fundamentos que se fizerem necessários, com o que contribuirá para o enriquecimento e para a integridade do ordenamento jurídico.

A observância do precedente poderá implicar não apenas sua aplicação, mas também sua não incidência no caso em julgamento. Isto porque há hipóteses que justificam o afastamento da aplicação de um precedente no caso em apreciação em praticamente todos os ordenamentos jurídicos no Direito comparado, bem como na legislação pátria, como, por exemplo, os institutos da distinção (*distinguishing*) e da superação (*overruling*)²³³.

Distinguishing significa distinção. Expressa a “distinção entre os casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento ao precedente²³⁴”. É uma análise operativa realizada pelo órgão julgador do caso atual, que, ao promover seu cotejo analítico com o caso paradigmático, reputa que as circunstâncias de ambos não autorizam a aplicação da solução adotada anteriormente neste àquele.

²³³ No Brasil, os institutos estão previstos no Código de Processo Civil de 2015, *in literis*: BRASIL, Lei n. 13.105: 16 de março de 2015 [Código de Processo Civil].

“Art. 489 [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...)

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”.

²³⁴ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 232.

Neste caso, a força do precedente resta imaculada e somente não se aplica a tese jurídica do caso paradigmático ao atual porque se reputa que este possui relevantes peculiaridades que o diferenciam daquele onde se formou e estruturou o precedente.

Através da distinção se verifica que a *ratio decidendi* do precedente não se mostra capaz de ser aplicada e resolver o caso em julgamento porque os fatos relevantes, também denominados fatos materiais, de ambos os casos são diferentes, a justificar soluções diferentes.

A operação que leva à distinção é similar a que se opera na aplicação do precedente, as quais podem ser consideradas como as duas faces da analogia, eis que em ambos os casos se realiza o cotejo analítico entre os fatos relevantes similares e distintos presentes em um e em outro.

Se os fatos semelhantes forem preponderantes, a tese jurídica do precedente haverá de ser aplicada ao caso em julgamento. Do contrário, se a distinção for tal que prepondere, para a solução do caso em julgamento não se aplicará a tese jurídica firmada no precedente, eis que haverá motivo suficiente para a distinção e a correspondente diversidade de tratamento na solução dos casos.

Com o *overruling*, ao contrário do *distinguishing*, a autoridade do precedente judicial resta comprometida, ou ao menos enfraquecida, não apenas no que diz respeito à solução do caso atual, mas também dos casos futuros idênticos ou semelhantes.

Overruling é a superação do entendimento consubstanciado na *ratio decidendi* do precedente, ou, em outras palavras, sua revogação. A superação pode ser justificada por diversos motivos, como a necessidade de adaptação do Direito às novas realidades jurídicas, econômicas e sociais, inclusive tecnológicas, ou mesmo ante a constatação de que o entendimento adotado no precedente estava equivocado²³⁵.

Marinoni leciona que o precedente deve ser revogado quando não atender mais aos critérios de congruência social ou consistência sistêmica e explica o que se deve entender por estes critérios²³⁶:

²³⁵ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 138.

²³⁶ *Ibidem*, p. 358.

O precedente deixa de corresponder aos padrões de congruência social quando passa a negar proposições morais, políticas e de experiência. Não tem consistência sistêmica quando não guarda coerência com as decisões da própria Corte Suprema. Isso ocorre especialmente quando a Corte passa a decidir com base em proposições incompatíveis com as que sustentaram o precedente.

O Direito, assim como as relações sociais, é dinâmico, constatação que enseja a necessidade de seu aprimoramento e, por vezes, modificação, o que impõe a criação de mecanismos que possibilitem a sua evolução.

Para a superação do precedente, a necessidade evolutiva ou adaptativa do Direito e da sociedade deve ser sopesada com os valores que justificam a observância do precedente, em especial, a segurança jurídica. Como afirma Marinoni²³⁷:

A revogação de um precedente depende da adequada confrontação entre os requisitos básicos para o *overruling* – ou seja, a perda da congruência social e o surgimento da inconsistência sistêmica – e os critérios que ditam as razões para a estabilidade ou para a preservação do precedente – fundamentalmente a confiança justificada e a prevenção contra a surpresa injusta.

A possibilidade de superação dos precedentes judiciais não significa que a força vinculante do Instituto resta comprometida, mas ao contrário, o *stare decisis* é compatível com a possibilidade de superação dos precedentes, na medida em que a sua força obrigatória continua a existir e a merecer consideração, mas ela não é absoluta, e sim limitada por um Direito que respeita a dinâmica da evolução das relações sociais, jurídicas e econômicas.

Como esclarece Duxbury²³⁸, o juiz não precisa ser um escravo do passado e um déspota do futuro, razão justificadora do mecanismo de superação do entendimento firmado no precedente.

Mas a superação do precedente pressupõe um ônus argumentativo convincente e suficiente, não sendo justificável pela alteração do entendimento

²³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 254.

²³⁸ No original: “*The judge who acts fairly and reasonably, and who performs his duties with professionalism and skill, need not be a slave to the past and a despot for the future, bound by the decisions of his dead predecessors and binding for generations to come the judgments of those who will succeed him*”. DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge University Press, 2009. p. 130.

pessoal de um dos integrantes do órgão julgador ou pela mera alteração de composição dos membros do Tribunal²³⁹.

A autoridade para superar um precedente, importante frisar, pertence ao órgão judicial responsável por sua criação, motivo pelo qual não se mostra possível que a superação se dê por outro órgão, especialmente por quem esteja em posição hierárquica inferior, a quem, como regra, cabe apenas a sua observância, salvo se for o caso de distinção.

Para a superação do precedente, todos os critérios especiais referidos devem ser observados pelos Tribunais que os formaram, sendo possível afirmar, como o faz Marinoni²⁴⁰, que “não há sistema de precedentes quando as Cortes Supremas não se submetem a critérios especiais para revogar os seus precedentes”.

Com estas considerações, tem-se que o que se deve entender por observância é a necessidade do respeito ao precedente judicial, seja para aplicá-lo no caso subsequente, seja para, fundamentadamente, afastar-se do seu preceito, nas situações onde tal afastamento se repute admissível.

Estefânia Barboza²⁴¹ explica a essência do respeito aos precedentes e como isto pode ocorrer mesmo não sendo seguida a decisão, *in verbis*:

[...] a doutrina do *stare decisis* não significa apenas a vinculação do juiz aos precedentes no sentido de seguir o precedente, mas também inclui as possibilidades de superação e revogação (*overruling*), bem como de distinção dos precedentes (*distinguishing*), na medida em que em todos estes casos há compromisso com o passado. Veja-se que o Tribunal que não se considera vinculado ao precedente não precisa nem revogar nem distinguir um precedente, basta apenas ignorá-lo, como se não existisse.

Desta forma, a necessidade de observância dos precedentes significa que as decisões judiciais que são consideradas como tais “não podem ser simplesmente ignoradas pelos demais órgãos julgadores, devendo ser efetivamente observadas, para o fim de serem aplicadas, distinguidas ou superadas²⁴².”

²³⁹ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 260.

²⁴⁰ Idem, p. 253.

²⁴¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 214-215.

²⁴² Cf. BAGGIO, Andreza Cristina; NOVACKI, Eduardo. O Direito do consumidor nos Tribunais Superiores brasileiros: avanços e retrocessos em tempos de precedentes judiciais vinculantes. **Revista de Direito do Consumidor**: São Paulo, ano 27, n. 11. p. 393-422, jan./fev. 2018. p. 403.

Para além das possibilidades de superação, revogação e distinção do precedente judicial, parte da doutrina²⁴³ admite a possibilidade de ocorrer o desafio aos seus fundamentos determinantes, o que, igualmente implicaria na não aplicação destes fundamentos ao caso atual em julgamento.

Para esta corrente, o desafio aos fundamentos do precedente judicial pode ser realizado pelos órgãos julgadores que estejam em posição hierárquica inferior àquele responsável por sua criação.

Estes órgãos inferiores não podem revogar ou superar o precedente criado por um órgão superior, lhes faltando autoridade para tanto, mas como a aplicação dos fundamentos do precedente judicial ao caso atual não se dá de forma automática, por técnica meramente subsuntiva, cabe-lhes a análise acerca da observância da coerência e da integridade do Direito pelo precedente judicial.

Nas situações em que se verifique que o precedente judicial não guarda coerência com as soluções apresentadas por outros precedentes sobre a mesma temática, ou nas hipóteses em que se constate que o precedente judicial não está em consonância com os demais elementos do sistema jurídico, considerado como um todo, lhe faltando integridade, seria legítima a não aplicação de seus fundamentos²⁴⁴, para além da hipótese de *distinguishing*.

O desafio aos fundamentos do precedente, nestas hipóteses, dependeria da devida fundamentação pelo órgão julgador do caso atual, com a necessidade da desicumbência de pesado ônus argumentativo, e, em tal ocorrendo, não implicaria em desrespeito ou desobediência hierárquica, podendo sinalizar a necessidade de o órgão superior revisitar os fundamentos que levaram à construção do precedente judicial desafiado.

Nesta situação, há de se esclarecer que o desafio aos fundamentos do precedente judicial não implica na desconsideração dos seus fundamentos, ou na violação do dever de observância e consideração devido ao precedente judicial, mas, ao contrário, seus fundamentos não são ignorados, mas sim analisados e, dialeticamente, enfrentados.

Analisado o que se deve compreender por dever de observância aos precedentes judiciais, cabe verificar os fundamentos para a vinculação.

²⁴³ Cf. LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 230.

²⁴⁴ Ibidem, p. 296.

Há vários fundamentos que podem ser invocados para justificar a necessidade de observância dos precedentes judiciais por parte do Poder Judiciário. Pode-se partir de razões filosóficas, constitucionais, legais e, ainda, de fundamentos consequencialistas.

Na perspectiva filosófica, o que impõe o respeito aos precedentes judiciais não é o produto do legislador constitucional ou infraconstitucional, ou seja, a Constituição e a legislação. A necessidade de respeito aos precedentes judiciais decorre da própria integridade e coerência do Direito, o que é mesmo anterior à motivação constitucional.

A observância obrigatória do precedente judicial garante a integridade do sistema jurídico e a uniformidade da interpretação do Direito, assegurando-se a igualdade dos jurisdicionados e a coerência da ordem jurídica²⁴⁵.

Apesar da multiplicidade de soluções que podem ser tidas por racionais e aceitáveis em decorrência da interpretação, a integridade do Direito traz a exigência de que o Poder Judiciário adote um dos entendimentos, mas o fazendo de forma unívoca.

Diante das várias interpretações possíveis, depois da aplicação das regras e dos princípios existentes, ainda que implicitamente, no ordenamento jurídico, para se chegar à melhor solução do caso o fato é que a coerência e a integridade do Direito impõem que a mesma solução seja aplicada a todos os casos similares, o que se torna factível com o respeito aos precedentes judiciais.

A necessidade de uniformização dos entendimentos pelo Poder Judiciário, sem a qual sua atividade não pode ser considerada legítima, é destacada por Marinoni²⁴⁶:

Na verdade, é pouco mais do que absurdo pensar que o Poder Judiciário, caracterizado por um déficit democrático em relação ao Legislativo, possa ter várias concepções acerca de um mesmo direito fundamental, para num momento admitir e em outro negar a constitucionalidade do produto da casa habitada pelos representantes eleitos pela maioria.

O dever de uniformização de entendimentos decorre da necessidade de se conferir segurança jurídica ao sistema jurídico e não é incompatível com a atividade

²⁴⁵ Cf. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 210-212.

²⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 115.

criativa desenvolvida pelos juízes, como explica Marinoni²⁴⁷: “o que está por detrás da concepção atual de uniformização não é a segurança jurídica como vedação de o juiz criar o direito, mas a segurança jurídica como proibição de o juiz criar normas diferentes para casos iguais”.

A doutrina do Direito como integridade, desenvolvida por Ronald Dworkin, é totalmente compatível com a apregoada necessidade de respeito aos precedentes judiciais, conforme amplamente verificado nos sistemas da tradição da *common law*²⁴⁸.

No Brasil, a necessidade de observância dos precedentes judiciais também não passou ao largo da Constituição da República, que impõe que a ordem jurídica contemple as características de segurança, igualdade e coerência. A respeito, Marinoni, Arenhart e Mitidiero²⁴⁹ asseveram:

A segurança jurídica, a igualdade e a necessidade de coerência da ordem jurídica impõe respeito aos precedentes judiciais. Vale dizer: a Constituição impõe respeito aos precedentes. A tarefa do legislador infraconstitucional, portanto, não está em determinar a vinculação aos precedentes judiciais, já que essa vinculação advém da própria Constituição, mas sim em prever técnicas processuais idôneas para reconhecimento e aplicação dos precedentes judiciais em juízo. A obrigação do Poder Judiciário de seguir precedentes é oriunda da Constituição. Trata-se de imposição do Estado Constitucional.

A Constituição da República de 1988 apresenta o arquétipo organizacional do Poder Judiciário de forma verticalizada, de maneira a assegurar a integridade e a coerência do sistema de Justiça. São previstos expressamente os princípios da isonomia, da segurança jurídica e da razoável duração do processo como direitos fundamentais do cidadão, daí derivando a necessidade de respeito aos precedentes judiciais.

No âmbito legislativo, a Lei n. 13.105/2015 (Código de Processo Civil) impõe o respeito aos precedentes judiciais, ao determinar que os Tribunais devem uniformizar sua jurisprudência, mantendo-a íntegra, estável e coerente, bem como

²⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 315.

²⁴⁸ Cf. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 246-247.

²⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. vol. 1. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 564, destaques dos autores. *Ebook*.

ao estatuir que determinadas técnicas decisórias gerarão frutos vinculativos, conforme analisado no capítulo anterior²⁵⁰.

Se na tradição da *common law* a existência de lei determinando a observância dos precedentes é algo impensável, por absolutamente desnecessária a previsão legislativa, aqui, ao contrário, há lei dispendo sobre a necessidade desta observância.

A necessidade de observância dos precedentes judiciais também se justifica por argumentos consequencialistas, ou seja, os resultados positivos da prática de respeito aos precedentes judiciais representam boas razões para que sejam observados.

Dentre várias consequências positivas que podem se verificar com a adoção de um modelo de respeito aos precedentes judiciais, merecem destaque o incremento da segurança jurídica, da isonomia, da duração razoável do processo, da estabilidade, da economia processual e a diminuição do número de litígios²⁵¹.

O respeito aos precedentes judiciais permite materializar os direitos fundamentais à segurança jurídica e à isonomia entre os jurisdicionados, ao contribuir para a previsibilidade na aplicação do Direito e para a imagem de imparcialidade do Poder Judiciário, na medida em que a mesma solução há de ser esperada para os casos semelhantes, independentemente de quem figure nos litígios submetidos à apreciação da Justiça.

Com o respeito aos precedentes judiciais torna-se legítimo esperar, igualmente, a materialização do princípio da duração razoável do processo, notadamente no Direito pátrio onde, como visto, há previsão de mecanismos para abreviação do rito procedimental ou para a efetivação da tutela para os casos semelhantes aos já decididos através de decisões vinculativas.

A estabilização da jurisprudência é também um resultado esperado com a adoção de um modelo de respeito aos precedentes judiciais, na medida em que o afastamento da solução jurídica consubstanciada no precedente exige um pesado

²⁵⁰ O tema foi tratado no capítulo 2.3, quando se analisou o modelo brasileiro.

²⁵¹ Há autores que citam outras consequências desejáveis decorrentes da observância dos precedentes judiciais, como o faz Marinoni, ao afirmar que esta prática pode resultar ainda a garantia de imparcialidade, a possibilidade de orientação jurídica, a definição de expectativas, o favorecimento de acordos, a despersonalização das demandas e maior facilidade de aceitação das decisões, a racionalização do duplo grau de jurisdição e a maior eficiência. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 130-140.

ônus argumentativo e o enquadramento do novo caso dentro das restritas hipóteses onde tal se mostra possível.

A economia processual também pode ser uma consequência positiva decorrente do respeito aos precedentes judiciais e parte da premissa de que, em grande parte dos litígios, após o dispêndio de custos, de tempo e de energia na solução do caso paradigmático, nos casos semelhantes subsequentes a operação seria mais simples, concernente à transposição da *ratio decidendi* daquele para estes.

A diminuição do número de litígios é uma decorrência direta da maior previsibilidade do Poder Judiciário.

Eliminadas, ou ao menos minoradas, as nefastas práticas da jurisprudência lotérica, onde casos similares ou idênticos recebem soluções diferentes, a depender do órgão julgador, e da constante mudança de rumos dos entendimentos jurisprudenciais, por falta de estabilidade, a tendência é de que a posição firme e consolidada de um Tribunal sobre determinada matéria venha a inibir a procura da Jurisdição para os mesmos casos sem novos e relevantes argumentos.

Os principais argumentos contrários à imposição de força obrigatória aos precedentes judiciais, em geral, estão relacionados às ideias de violação da independência funcional do magistrado e de engessamento do ordenamento jurídico, sendo um obstáculo ao desenvolvimento do Direito²⁵².

Com a necessária observância dos precedentes judiciais, estariam os juízes limitados em sua atuação, o que não se coadunaria com a necessária independência funcional, que possui o *status* de garantia constitucional em nosso sistema jurídico.

A vinculação aos precedentes judiciais, na visão crítica, também dificultaria a evolução do Direito e implicaria na desconsideração do dinamismo das relações sociais, que permaneceriam atreladas aos entendimentos de outras épocas, por vezes firmados com base em outros valores sociais.

Contudo, a Constituição deve ser analisada de forma sistêmica e com amparo na integridade, não se podendo olvidar que, ao tempo em que a Magna Carta

²⁵² Marinoni também elenca, para depois rebater um a um, como argumentos contrários à observância dos precedentes o óbice à realização da isonomia substancial, a violação ao princípio da separação dos Poderes, a violação ao juiz natural e à garantia de acesso à Justiça. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 144-157.

assegura a independência funcional dos juízes, também prevê a segurança jurídica e a isonomia como direitos fundamentais dos cidadãos, os quais restariam comprometidos sem o devido respeito aos precedentes judiciais, em especial os emanados das Cortes Superiores.

O respeito aos precedentes judiciais não diminui a função do juiz, muito pelo contrário, eis que possibilita seja o Poder que ele representa respeitado e dotado de credibilidade, conforme explica Marinoni²⁵³:

O ponto tem grande relevância: tem o valor de demonstrar, àqueles que pensam que o respeito aos precedentes minimiza a figura do juiz ordinário, que o poder do juiz não depende da circunstância de ele estar livre para decidir, mas sim de ele fazer parte de um poder que se respeita, que é respeitado e que se faz respeitar.

Quanto ao suposto engessamento do Direito, o respeito aos precedentes judiciais não possui esta pretensão, na medida em que não se desconsidera a possibilidade de distinção, e mais, da superação do entendimento firmado na decisão paradigmática, justamente com base na dinamização e na evolução das relações sociais e jurídicas.

Também se faz necessário destacar que sempre será assegurado ao magistrado a utilização de mecanismos como a denominada concordância crítica, ou ressalva do entendimento pessoal, onde a norma contida no precedente judicial é aplicada, mas o julgador deixa registrada sua posição contrária ao entendimento firmado.

A possibilidade do magistrado respeitar o precedente e ressaltar seu entendimento pessoal quando da fundamentação da decisão preserva sua independência funcional e pode, inclusive, motivar a reconstrução do precedente, através da sua revisão pelo Tribunal que o criou, permitindo a evolução do Direito, conforme explica Pugliese²⁵⁴:

Em primeiro lugar, os tribunais inferiores podem estimular a mudança de opinião das cortes supremas sem divergir. Isso pode ser feito por meio da concordância crítica, ou seja, uma decisão que adota o precedente, mas ao mesmo tempo expõe deficiências do precedente e incentiva o tribunal superior a rever seu posicionamento. A concordância crítica tem os pontos

²⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 144-157.

²⁵⁴ PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira**: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 73.

positivos defendidos pela tese da desobediência judicial, mas ao mesmo tempo não sofre suas deficiências, pois, ao aplicar o precedente, o juiz não subverte o ordenamento e não fere os princípios que justificam o respeito às decisões.

A observância dos precedentes judiciais, assim, é uma necessidade, mesmo nos sistemas da tradição da *civil law*, para a preservação da integridade do Direito e da coerência sistêmica do Poder Judiciário, que deve pautar sua atuação no afã de tratar de forma isonômica os jurisdicionados, outorgando aos cidadãos a tão proclamada segurança jurídica, conforme assevera Marinoni²⁵⁵:

A segurança jurídica, postulada na tradição do *civil law* pela estrita aplicação da lei, está a exigir o sistema de precedentes, há muito estabelecido para assegurar essa mesma segurança no ambiente do *common law*, em que a possibilidade de decisões diferentes para casos iguais nunca foi desconsiderada e, exatamente por isso, fez surgir o princípio, inspirador do *stare decisis*, de que os casos similares devem ser tratados do mesmo modo (*treat like cases alike*).

Resta constatada, pois, a necessidade de os precedentes judiciais serem observados no Brasil, sob pena de desrespeito à sistematização verticalizada do Poder Judiciário, bem como à integridade e coerência do sistema de Justiça, a gerar insegurança jurídica e afetar a isonomia entre os cidadãos, ao contrário do estabelecido pela Constituição da República de 1988, o que não se afigura admissível.

A integridade e a coerência do sistema jurídico serão objeto de análise no próximo tópico.

3.3 INTEGRIDADE E COERÊNCIA JURÍDICAS

Todo sistema jurídico deve apresentar algumas características para funcionar adequadamente e propiciar a propalada e almejada segurança jurídica, como a coerência e a integridade.

No presente tópico, analisar-se-ão estas características, na medida em que a observância aos precedentes judiciais visa justamente conferir integridade e

²⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 82, destaques do autor.

coerência ao ordenamento jurídico, o que, conseqüentemente, se traduz na materialização da segurança jurídica.

A coerência pode ser entendida sob dois aspectos, o primeiro como a ausência de contradição dentro do ordenamento jurídico, e o segundo como a conexão positiva de sentido²⁵⁶, o que pode ser considerando em relação aos seus subprodutos normativo e precedentalista.

A imposição de ausência de contradição interna no sistema de Direito impõe que o ordenamento jurídico seja observado de forma sistêmica, com a consideração de todos os elementos que o integram, como a Constituição, as leis, os princípios e os precedentes judiciais, cada qual devendo guardar coerência com as suas respectivas produções anteriores e conjunturais.

Nos dizeres de Dworkin²⁵⁷, “[...] a busca da coerência pode explicar por que os juízes se preocupam tanto com o passado, com as diversas leis e os diversos precedentes que se situam nas imediações do novo Direito que criaram nos casos difíceis.”

No que diz respeito à aplicação do Direito pelos órgãos jurisdicionais, a coerência há de ser analisada a partir de uma dimensão da congruência interna da própria decisão judicial, bem como da compatibilidade da decisão com relação a outras decisões anteriores do órgão julgador ou dos órgãos que lhe são superiores, conforme explicam Didier Jr., Braga e Oliveira²⁵⁸:

A exigência de coerência produz efeitos também em duas dimensões: interna e externa. Do ponto de vista externo, os tribunais devem coerência às suas próprias decisões anteriores e à linha evolutiva do desenvolvimento da jurisprudência. A coerência é, nesse sentido, uma imposição do princípio da igualdade - casos iguais devem ser tratados igualmente, sobretudo quando o tribunal já tem um entendimento firmado [...] Além disso, a dimensão externa do dever de coerência reforça o inafastável caráter histórico do desenvolvimento judicial do Direito: o direito dos precedentes forma-se paulatinamente, em uma cadeia histórica de decisões, que vão agregando sentido e dando densidade à norma jurídica geral construída a partir de um caso concreto [...] A dimensão interna do dever de coerência relaciona-se à construção do precedente e, por isso, ao dever de fundamentação. Coerência, nesse sentido, é uma dimensão de congruência que se exige de qualquer decisão judicial.

²⁵⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. vol, 2. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 554.

²⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 162.

²⁵⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, op. cit, p. 554-556.

A coerência externa é responsável por agregar força a um precedente judicial, na medida em que, em razão da integridade, o conjunto sistêmico dos julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário se mostra mais relevante do que uma decisão individualizada. Juraci Mourão Lopes Filho ilustra a questão, ao explicar que a força do precedente não é atômica, e sim molecular²⁵⁹.

A busca de coerência do sistema jurídico também justifica a operação com princípios, a partir dos quais se faz possível encontrar argumentos generalizáveis e aplicáveis aos casos iguais ou semelhantes²⁶⁰.

Segundo Dworkin²⁶¹, a coerência de princípio “exige que os diversos padrões que regem o uso estatal da coerção contra os cidadãos seja coerente no sentido de expressarem uma visão única e abrangente da justiça.”

Desta forma, a inserção de princípios em um sistema de Direito estima torná-lo um conjunto coerente de normas, que visam garantir objetivos gerais e relevantes dentro deste sistema.

Não apenas as normas legisladas devem guardar coerência de princípios, mas também as decisões judiciais e, para tanto, imprescindível o respeito aos precedentes judiciais, como forma de respeito ao passado e à sua própria história institucional, e de evitar-se que o conjunto de decisões se torne uma “selva de exemplos isolados²⁶².”

A coerência pode evitar a aplicação meramente subsuntiva do precedente, exigindo uma postura analítica e comparativa por parte do magistrado, ao mesmo tempo em que pode representar um freio à decisões voluntaristas, ou mesmo solipsistas, o que afasta a arbitrariedade na aplicação do Direito, que não deve se pautar a partir de ideais ou valores pessoais, mas sim através dos entendimentos construídos histórica e coletivamente, de forma paulatina e institucional²⁶³.

²⁵⁹ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 442.

²⁶⁰ Conforme lições de Neil MacCormick: “Formular princípios de um sistema jurídico com o qual a pessoa está comprometida envolve uma tentativa de lhe dar coerência em termos de um conjunto de normas gerais que expressam valores justificatórios e explanatórios do sistema.” MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 198.

²⁶¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 163.

²⁶² Cf. MACCORMICK, Neil, op. cit., p. 243.

²⁶³ Cf. LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 286.

Marinoni²⁶⁴ adverte que “inexiste coerência num direito que se expressa mediante decisões que tratam de casos iguais de maneira desigual”, constatação que relaciona a isonomia com a segurança jurídica.

A concretização da isonomia permite aos cidadãos terem conhecimento acerca do modo pelo qual se porta o Poder Judiciário e, conseqüentemente, lhes possibilita prever e planejar suas atitudes, o que configura o fortalecimento da segurança jurídica.

Portanto, coerência, segurança jurídica e isonomia são conceitos que se completam e que ganham especial relevo quando da atuação do Poder Judiciário, na solução dos casos concretos²⁶⁵:

Deixe-se claro que, por direito coerente, entende-se principalmente direito judicial coerente. É absurdo desejar legislação clara e coerente e não prestar atenção ao local em que a coerência é mais importante. O direito produzido pelos juizes, quando fragmentado, constitui sinal aberto à insegurança jurídica e obstáculo ao desenvolvimento da sociedade. 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.

A integridade significa, ao mesmo tempo, mais e menos que a coerência²⁶⁶.

As normas que possuem o *status* de normas jurídicas – sejam as oriundas da produção legislativa, sejam as decorrentes da aplicação do Direito pelo Judiciário - o são por pertencerem ao sistema jurídico e pertencem a este sistema porque satisfazem critérios operativos de reconhecimento, critérios considerados como tais pelos órgãos encarregados de decidir e que são reconhecidos como detentores desta atribuição²⁶⁷.

A integridade possui relação com a ideia de unidade do Direito. As normas jurídicas, fruto da Constituição ou da produção legislativa, e as geradas pelas decisões judiciais, devem ser produzidas de acordo com a compreensão de que o Direito é um sistema ordenado de normas e não a simples junção e somatória aleatória das normas produzidas.

²⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 129.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 314.

²⁶⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 264.

²⁶⁷ Cf. HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

As decisões judiciais devem ser proferidas em conformidade com o Direito existente, sendo necessário o respeito à hierarquia normativa e jurisprudencial, de acordo com suas diferentes graduações e competências.

Com base nestas considerações, pode-se entender a integridade como um aspecto da coerência.

Cabe também considerar que, conforme esclarecido anteriormente²⁶⁸, na prolação das decisões os órgãos julgadores se utilizam de argumentos baseados em princípios, analogias e nas consequências da decisão, para além do texto legal, razão pela qual, em respeito à integridade, todos estes elementos devem relacionar-se harmonicamente²⁶⁹, sempre levando-se em consideração os valores de uma comunidade política.

Nesse ponto, vê-se que a integridade é mais abrangente do que a coerência, posto que exige a coerência também com os princípios da comunidade²⁷⁰, e não apenas com os elementos concretos do ordenamento jurídico, numa visão holística do sistema jurídico como um todo.

A coerência da legislação e dos precedentes judiciais implica apenas na reprodução de uma linha de entendimento anteriormente estabelecida, ao passo que a integridade representa um compromisso com todos os elementos do sistema jurídico, especialmente os principiológicos, reconhecidos por critérios hermenêuticos²⁷¹.

A importância dos princípios resta evidenciada na visão do Direito como integridade, na medida em que eles estabelecem os limites dentro dos quais são legítimas as decisões judiciais, para que estas decisões não se afastem da normatividade e não se tornem arbitrárias²⁷².

²⁶⁸ O tema foi abordado no Capítulo 1, item 1.3.2 e no Capítulo 3, item 3.1.

²⁶⁹ MacCormick explica que: “É a interação de argumentos a partir de princípios e de argumentos consequencialistas que justifica plenamente as decisões em casos exemplares – e mesmo nesse caso ainda precisamos levar em conta a importante questão da ‘coesão’ mencionada anteriormente. Pode-se demonstrar que uma deliberação no direito está amparada por princípios e é desejável em suas consequências. Mesmo assim, deve-se provar que ela não entra em conflito com normas do direito já estabelecidas e de caráter compulsório”. MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 252-253.

²⁷⁰ Cf. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 260.

²⁷¹ Cf. LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 288.

²⁷² Cf. MACCORMICK, Neil, op. cit., p. 209 e 216.

A consideração de que há regras não explícitas que decorrem dos princípios é necessária para a compreensão do Direito como integridade, na medida em que dentro dos limites impostos pelos princípios inerentes, o ordenamento jurídico pode expandir-se e contrair-se organicamente, sem a necessidade de um detalhamento específico da legislação ou da jurisprudência para toda e qualquer situação determinada²⁷³.

A ambição do Direito como integridade em reconhecer o Direito como sendo uma comunidade de princípios “pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem [...]”²⁷⁴, a fim de que a solução seja justa e equitativa, baseada nas normas adjetivas existentes.

A justiça reputa-se como o resultado acertado do sistema político; a equidade, como a estrutura adequada deste sistema; e o devido processo legal adjetivo, como a adoção dos procedimentos corretos para aplicação das regras produzidas por este mesmo sistema político²⁷⁵.

A amplitude da integridade encontra-se, pois, em grau bastante superior ao da coerência, eis que um conjunto de decisões judiciais que observa a mesma linha de orientação pode atender ao requisito da coerência, mas não necessariamente atenderá o da integridade, se negar os princípios relevantes a um sistema jurídico²⁷⁶ sobre a justiça, equidade ou devido processo legal adjetivo.

Com estas considerações a integridade, a equidade e a justiça são virtudes que não se dissociam, mas ao contrário, apenas fazem sentido se analisadas conjuntamente²⁷⁷.

Embora a integridade seja uma questão de princípio, é vista também como um ideal político²⁷⁸, na medida em que reputar a comunidade como uma comunidade de princípios não significa que os seus cidadãos se satisfaçam com

²⁷³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 229.

²⁷⁴ Ibidem, p. 291.

²⁷⁵ Ibidem, p. 483.

²⁷⁶ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 290.

²⁷⁷ DWORKIN, Ronald, op. cit., p. 291.

²⁷⁸ Ibidem, p. 406.

quaisquer princípios, desde que uniformes, mas sim que exijam os melhores princípios que a política seja capaz de fornecer²⁷⁹.

Decidir com respeito ao dever de integridade corresponde ao dever do órgão julgador enfrentar e solucionar um caso considerando toda a complexidade do Direito²⁸⁰.

Dworkin afirma que o Direito não apresenta apenas controvérsias de fato, mas também de conteúdo, razão pela qual as teorias semânticas não se mostram adequadas para a sua compreensão²⁸¹, sendo necessária a observância de outras técnicas e fundamentos, eis que “o direito é um conceito interpretativo²⁸².”

Ao partir desta premissa acerca da insuficiência das teorias semânticas, o autor afirma que há três concepções antagônicas do Direito, as quais denomina convencionalismo, pragmatismo jurídico e Direito como integridade²⁸³.

As duas primeiras concepções rejeitam a necessidade de respeito e observância às decisões passadas e apenas a terceira o exige na aplicação do Direito.

Afirma Dworkin²⁸⁴ que, segundo o convencionalismo, “[...] a moral política não exige respeito pelo passado, de tal modo que, quando a força da convenção se esgota, os juízes devem encontrar, para tomar suas decisões, um fundamento resultante de uma visão prospectiva [...] ignorando qualquer forma de coerência com o passado como algo que tenha valor por si mesmo [...]”.

Para os convencionalistas como as convenções nunca são completas, ante a dinâmica das relações sociais, podem surgir casos difíceis, nos quais não haja uma convenção prévia que os solucione, casos em que os juízes decidirão de forma discricionária²⁸⁵, criando novo Direito e o aplicando retroativamente²⁸⁶. Para fazê-lo, nestes casos, o juiz estaria liberado das amarras das leis e dos precedentes judiciais²⁸⁷.

²⁷⁹ Cf. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 314.

²⁸⁰ Cf. LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 293.

²⁸¹ DWORKIN, Ronald, op. cit., p. 112.

²⁸² Ibidem, p. 109.

²⁸³ Ibidem, p. 118.

²⁸⁴ Ibidem, p. 119.

²⁸⁵ Ibidem, p. 142-143.

²⁸⁶ Ibidem, p. 147.

²⁸⁷ Ibidem, p. 158.

Importante esclarecer que o convencionalismo rejeita a coerência de princípio como uma fonte de direitos, o que o diferencia do Direito como integridade, que parte da ideia de que as pessoas têm direitos, os quais “decorrem de decisões anteriores de instituições políticas, e que, portanto, autorizam a coerção – que extrapolam a extensão explícita das práticas políticas concebidas como convenções²⁸⁸.”

O pragmatismo jurídico “é uma concepção cética do direito porque rejeita o pressuposto de que as decisões passadas estabelecem os direitos daquelas ainda por vir²⁸⁹.”

O pragmatismo é uma concepção voltada para o futuro, para a qual as decisões devem ser tomadas visando o bem da comunidade. Segundo esta concepção, as pessoas nunca terão direitos apenas porque legislações pregressas ou decisões judiciais anteriores assim estabeleceram, se tal estiver em contradição com o que for melhor para comunidade²⁹⁰. O juiz deve pensar instrumentalmente de acordo com as melhores regras para o futuro²⁹¹.

A concepção do Direito como integridade não o limita o Direito àquilo que a convenção encontra nas decisões passadas, mas também considera Direito o que seria sugerido pela moral política como a melhor justificativa dessas decisões do passado²⁹².

Da mesma forma, o Direito como integridade nega que o Direito seja um programa instrumental do pragmatismo jurídico, voltado para o futuro, mas, ao contrário, afirma que as manifestações do Direito são opiniões interpretativas e, por isso mesmo, combinam elementos tanto voltados para o passado quanto elementos destinados para o futuro, ao compreender a prática jurídica como um processo em desenvolvimento²⁹³.

Dworkin entende que há várias interpretações possíveis, mas apenas uma melhor resposta para os casos levados a julgamento, a qual deve ser buscada pelo Poder Judiciário.

²⁸⁸ Cf. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 164.

²⁸⁹ Ibidem, p. 126.

²⁹⁰ Ibidem, p. 186.

²⁹¹ Ibidem, p. 272.

²⁹² Ibidem, p. 148.

²⁹³ Ibidem, p. 271.

O Direito como integridade significa que para obter a melhor decisão, ou a resposta correta, o órgão julgador deverá levar em conta todos os argumentos das partes, a reconstrução fático-probatória e a história institucional para se verificar o que foi decidido anteriormente sobre a questão em análise.

O Direito como integridade, na visão do autor, reputa que não há discricionariedade na atividade judicial²⁹⁴ e tampouco criação do Direito com aplicação retroativa pelos magistrados. As decisões devem levar em consideração o que já foi decidido e seus argumentos irão colaborar com a construção do Direito para os casos futuros, como em um romance em cadeia.

Neste passo, mesmo sem entrar na célebre polêmica entre o autor e seu professor Herbert Hart acerca da discricionariedade do Poder Judiciário na criação do Direito e da completude da ordem jurídica²⁹⁵, por não ser o objeto do presente estudo, tem-se que, sob qualquer ótica, é considerado o papel construtivo da ordem jurídica pela atividade jurisdicional, seja por se entender, como Hart, que nos casos difíceis o juiz cria discricionariamente o Direito, seja por se reconhecer, conforme lição de Dworkin, o papel construtivo das decisões judiciais no Direito visto como integridade, as quais, apesar de não criarem o Direito para aplicação retroativa, enriquecem o ordenamento jurídico e devem ser consideradas pelas decisões seguintes sobre a mesma temática, que ainda podem lhe acrescentar fundamentos.

O Direito como integridade impõe a consideração do histórico de decisões proferidas pelo Tribunal a respeito da mesma ou de similar questão jurídica, sendo considerados todos os fundamentos enfrentados nos julgamentos que versaram sobre a mesma temática.

²⁹⁴ Esta é a principal divergência entre a doutrina de Dworkin e de Herbert Hart. O próprio Herbert L. A. Hart explica esta polêmica, afirmando que: “o conflito directo mais agudo entre a teoria jurídica deste livro e a teoria de Dworkin é suscitado pela minha afirmação de que, em qualquer sistema jurídico, haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto. Se, em tais casos, o juiz tiver de proferir uma decisão [...] então deve exercer o seu *poder discricionário* e *criar* direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido preexistente. HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 335, destaques do autor.

²⁹⁵ Conforme explica Hespanha, o “centro das críticas de Dworkin está no facto de que, contrariamente a Hart – que entende que se pode observar que, para uma certa questão, não existem normas jurídicas válidas; ou seja, que existem lacunas, a preencher discricionariamente pela entidade decisória – Dworkin crê que as decisões de litígios jurídicos nunca são arbitrarias, porque... nunca há lacunas no direito. HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e Direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013. p. 176.

Assim, o Direito como integridade impõe a aplicação do *stare decisis*, não de forma meramente automática, mas através da dialética, considerando-se os princípios que são subjacentes à decisão anteriormente proferida, reputada como precedente judicial.

Ao partir de tais premissas, o julgador do caso atual acrescerá seus fundamentos, necessários à solução da situação contemporânea, contribuindo para o enriquecimento do ordenamento jurídico, assim como na analogia dworkiniana do romance em cadeia, onde o atual romancista não inicia sua escrita do zero, mas considera os capítulos anteriores escritos e escreve ele próprio um novo capítulo do romance, que será considerado por um futuro romancista.

Nesta analogia, assim como na complexidade de decidir um caso difícil com base nas premissas do Direito como integridade, um grupo de romancistas escreve um romance em série, no qual cada romancista interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, no qual acrescentará os melhores argumentos possíveis, preparando o caminho para o novo romancista, que escreverá o capítulo seguinte, e assim sucessivamente, a fim de que o romance possa ser visto como obra de um único autor, embora seja produto do trabalho de muitos romancistas diferentes²⁹⁶.

A integridade impõe que os órgãos julgadores construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, o que desautoriza atitudes voluntaristas e subjetivistas. Por mais que determinada interpretação de uma questão jurídica seja possível, ela não poderá ser adotada se não estiver em harmonia com a integridade do Direito.

A univocidade na aplicação do Direito por parte do Poder Judiciário, lastreada no Direito como integridade traz evidentes benefícios ao sistema jurídico, notadamente para fins de estabelecimento da segurança jurídica.

A integridade no Direito pode ser analisada sob mais de uma ótica, uma mais geral e outra mais específica²⁹⁷.

O aspecto geral se expressa na interpretação e aplicação do Direito pela ideia de harmonia entre as diferentes espécies normativas – decorrentes da Constituição,

²⁹⁶ Cf. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 276.

²⁹⁷ Ibidem, p. 261.

dos princípios, das leis e dos precedentes - que coexistem dentro de um sistema jurídico.

O segundo aspecto, mais específico em relação à atividade jurisdicional, considera a necessidade de ser levado em consideração para a solução do caso atual o que já se decidiu no passado sobre a mesma temática, o que se opera através do respeito aos precedentes judiciais, em harmonia com os argumentos que são subjacentes à decisão paradigmática.

No ordenamento jurídico brasileiro os precedentes judiciais, para além da criação do Direito, possuem a função interpretativa das normas legisladas, inclusive das normas constitucionais, conforme já destacado nesta pesquisa²⁹⁸, com o que se mostra relevante expor a inter-relação entre a integridade na legislação, na Constituição e nos precedentes, tudo na complexa atividade inerente à aplicação do Direito.

Em ambos os aspectos, há de reiterar e destacar, deve ser prestado respeito aos valores subjacentes da comunidade política, numa visão sistêmica. O Direito como integridade, é formado por uma comunidade de princípios para além do texto escrito da Constituição, onde a interpretação do Direito se dá à luz de uma teoria da filosofia moral e política, com a consideração da tradição cultural e intelectual de um povo²⁹⁹.

Assim, para o Direito como integridade, se mostra imprescindível o respeito aos precedentes judiciais. A necessidade de observância dos precedentes é essencial para o estabelecimento da segurança jurídica, se mostrando pertinente a advertência de Neil MacCormick³⁰⁰ para a insegurança observada em uma sociedade que não se pauta neste preceito:

Ou nossa sociedade é organizada de acordo com esse valor da racionalidade ou não, e não consigo contemplar sem repugnância a incerteza e insegurança de uma sociedade gerida arbitrariamente, na qual decisões de todas as espécies são tomadas de acordo com a veneta ou o capricho de alguém naquele momento, sem referência a processos decisórios passados ou futuros.

²⁹⁸ O tema foi abordado no capítulo 2 desta pesquisa, especificamente no item 2.1.

²⁹⁹ Cf. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 247.

³⁰⁰ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 98.

A integridade e a coerência são princípios que dão embasamento ao sistema jurídico e devem reger a interpretação e aplicação do Direito, evitando-se surpresas aos cidadãos, que possuem o direito fundamental de não se verem submetidos a decisões subjetivistas, que desconsiderem os precedentes legitimamente firmados pelos Tribunais.

O Direito como integridade impõe que o aplicador do Direito reconheça que “a verdadeira história política de sua comunidade irá às vezes restringir suas convicções políticas e seu juízo interpretativo geral”³⁰¹. Nas decisões que comportem mais de uma interpretação aceitável, o juiz deve decidir com base naquela que represente a melhor moral política da comunidade e a melhor estrutura das instituições³⁰².

A necessidade de univocidade de entendimento do Poder Judiciário sobre determinada questão não deve causar perplexidade, mas, ao contrário, esta é uma exigência da coerência e do Direito como integridade, hábil a conferir a propalada segurança jurídica e a igualdade de tratamento aos jurisdicionados.

Respeitar o precedente não significa jamais alterá-lo, mas sim observá-lo, ciente da importância da atividade jurisdicional de contribuir, a todo tempo, para a construção e reconstrução do ordenamento jurídico, com a consciência de que a “segurança jurídica e a previsibilidade não estarão no epílogo do romance ou em seu capítulo final, mas no seu intermitente processo de construção”³⁰³.

Para se ter materializada a integridade e a coerência deve haver harmonia sistêmica, a partir da consideração do sistema jurídico como fruto do acerto fluído entre a Constituição, a legislação, os princípios, os precedentes judiciais, as consequências das decisões e os valores da comunidade política.

Desta forma, a integridade do Direito e a coerência do sistema jurídico são essenciais para a segurança jurídica e tais ideários somente poderão ser concretizados através do respeito aos precedentes judiciais, donde se verifica que a vinculação hermenêutica, proveniente da observância dos precedentes judiciais, é condição fundamental para o revigoração da segurança jurídica no sistema de Justiça, tão essencial à vida e aos negócios dos jurisdicionados.

³⁰¹ Cf. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 305.

³⁰² Ibidem, p. 306.

³⁰³ Cf. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 290.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A segurança jurídica é um princípio essencial para a configuração do Estado de Direito e do Estado Constitucional, eis que responsável por atribuir suficiente ordem ao sistema jurídico de uma comunidade política, o que, por sua vez, possibilita o seu regular funcionamento. O ordenamento jurídico deve ser compreendido de forma sistêmica e não mediante a análise de cada elemento que o compõe isoladamente, como se fosse a mera junção das partes que o integram, razão pela qual se denota a importância da existência de mecanismos hábeis a tornar o sistema ordenado e operacional.

No presente trabalho, por uma perspectiva epistêmica, se procurou demonstrar que na contemporaneidade, assim como se verifica com o conhecimento científico em geral, o conhecimento jurídico se caracteriza pelo arrefecimento da ideia de consolidação da certeza, tão cara à modernidade, situação que realça a importância conferida à segurança jurídica para, em geral, este ramo específico do conhecimento científico, caracterizado pela linguagem, por seus problemas semânticos e pelas suas diversas possibilidades interpretativas, e, em especial, para o exercício da Jurisdição.

A polissemia do termo “segurança jurídica” permite sua análise com base em diferentes acepções, em consideração aos destinatários do princípio e também às funções do instituto. No presente trabalho se destacou a prescrição da segurança jurídica como um dever atribuído aos poderes estatais e também como uma garantia direcionada aos cidadãos deste Estado, com realce às suas principais características, quais sejam, as da previsibilidade e da confiança, na dimensão subjetiva, e a da estabilidade, na dimensão objetiva.

A segurança jurídica também pode ser objeto de observação nos seus aspectos material – relativo à substância das prescrições normativas e jurisprudenciais dirigidas aos jurisdicionados - e processual – tendo-se em conta o instituto onde as normas jurídicas, previstas abstratamente, são interpretadas e aplicadas pelos órgãos julgadores nos casos que lhe são submetidos. Vê-se, pois, que no âmbito processual se destacou a importância da segurança jurídica para o exercício da prestação jurisdicional. Defendeu-se que no sistema jurídico brasileiro o

princípio da segurança jurídica possui, em ambos os aspectos, material e processual, origem e fundamento constitucionais.

Vários fatores contemporâneos, sociológicos e jurídicos, todavia, têm contribuído para a instauração de uma crise de segurança jurídica, a merecer a devida consideração e o respectivo tratamento, dada a importância destacada do princípio para o sistema jurídico. No presente estudo não se tratou a crise, necessariamente, como algo negativo, dadas as possibilidades que dela emergem, no sentido de serem promovidas adequações, alterações e aperfeiçoamentos nos sistemas que a ela se submetem. A crise é um fator que precede as revoluções científicas, o que, se não significa que toda crise gere uma revolução, quer dizer que embora a crise possa ensejar toda uma reformulação sistêmica, também pode motivar o aperfeiçoamento tópico deste sistema, no caso pesquisado, o sistema jurídico.

A pesquisa, nesta primeira etapa, buscou identificar fatores relevantes para a crise da segurança jurídica na contemporaneidade, com relevo para os problemas verificados na tradição da *civil law*, onde se insere o sistema jurídico brasileiro, para, em um momento posterior, apresentar mecanismos que possuam a potencialidade de se consubstanciar em alternativas, ou mesmo soluções, para a crise instaurada no sistema jurídico, e, em especial, no âmbito da Jurisdição.

A busca desenfreada pela materialização do princípio da efetividade na prestação jurisdicional, típica da contemporânea era pós-moderna, faz com que a leitura deste princípio, por parte considerável dos operadores do Direito, o eleve a uma posição superior a outros princípios, inclusive sobre o princípio do devido processo legal, a ponto de daí se extrair uma razão justificatória para que a Jurisdição relativize o último em favor do primeiro. A relativização do devido processo legal, por quaisquer razões que se apresentem, ocasiona um prejuízo à segurança jurídica, em todos os seus aspectos.

O desenvolvimento das teorias da interpretação e da argumentação jurídica, à toda evidência, enalteceram as atribuições da dogmática, proporcionando estudos aprofundados e reflexivos sobre o sistema jurídico e sobre as melhores formas de compreendê-lo, descrevê-lo e aprimorá-lo. Condizente com a ideia de abandono da certeza, passou-se a se admitir mais de uma resposta aceitável às grandes questões jurídicas. A busca de respostas exatas deu lugar à procura pelas respostas mais aceitáveis, ou mais razoáveis. A aceitação de amplas possibilidades

interpretativas causou relevantes impactos na Jurisdição, que, com o reforço à importância da hermenêutica e a inserção, cada vez mais perceptível e explícita, dos valores na análise dos casos concretos submetidos a julgamento, ensejou soluções diversas e reputadas como aceitáveis aos casos idênticos ou similares, a configurar a consolidação da divergência jurisprudencial, importante fator de manifesto abalo à segurança jurídica.

Outro fator relevante de comprometimento da segurança jurídica é o fenômeno do constitucionalismo. O constitucionalismo possui nobilíssimas origens e relevantes fundamentos, não se afigurando possível a cogitação de abandono, ou mesmo de enfraquecimento de seus preceitos na contemporaneidade. Todavia, ao determinar que os atos dos demais Poderes, inclusive a legislação editada pelo Poder Legislativo, devam se adequar à Constituição e ao permitir que tais atos sejam questionados com base nas normas constitucionais, indagações que deverão ser enfrentadas e resolvidas pelo Poder Judiciário no exercício de sua atribuição jurisdicional, o constitucionalismo traz a consequência de tornar mais incerto, e, conseqüentemente, mais inseguro o Direito.

O constitucionalismo deu origem a outro fenômeno, cuja importância e magnitude são facilmente aferíveis hodiernamente. Trata-se do que se passou a denominar de judicialização da política, termo que pode ser objeto de investigação em diversos sentidos, compreendendo a judicialização da macro e também da micropolítica. Para o presente estudo o que releva é que tal é um fenômeno que se sedimentou e que corresponde ao questionamento junto ao Poder Judiciário de importantes temas de natureza política, outrora discutidos nos palcos dos Poderes Executivo e Legislativo, sejam decorrentes da ação estatal violadora de direitos fundamentais, sejam relacionados à omissão estatal em promover os direitos fundamentais de seus cidadãos. A judicialização da política amplia os efeitos do constitucionalismo, inclusive no que diz respeito aos seus reflexos na segurança jurídica, dada a abrangência social, econômica, política e jurídica do exercício da Jurisdição, por meio das decisões judiciais a ela relacionadas, que se traduzem nas relevantes matérias que lhe são correspondentes.

Após a identificação de relevantes fatores que comprometem a segurança jurídica, e antes do direcionamento da pesquisa ao enfrentamento do problema, passou-se a analisar os precedentes judiciais e as grandes tradições jurídicas ocidentais contemporâneas.

O sistema jurídico é altamente complexo, e é caracterizado pela existência, em seu interior, de normas prescritivas de condutas que se fazem acompanhar da previsão de sanção. Dada sua complexidade, são vários os elementos que compõem o sistema jurídico, como a Constituição, as normas legisladas, os precedentes judiciais, os princípios e os costumes, elementos que devem se ajustar de forma coesa e harmônica, para que haja o funcionamento do sistema de forma ordenada e racionalizada.

Os precedentes judiciais são decisões proferidas pelos membros do Poder Judiciário, em casos concretos, que produzem acréscimo hermenêutico ao ordenamento jurídico e cujos fundamentos jurídicos devem ser utilizados nos julgamentos de casos futuros análogos. A lógica da utilização dos precedentes judiciais parte da premissa de que o exercício da Jurisdição pode ocasionar efeito criativo na ordem jurídica e seu princípio nuclear consiste na consideração de que se trata de princípio de administração da justiça que casos iguais sejam decididos de forma igual e casos diferentes de modo diferente.

Com a presente pesquisa se considerou que os precedentes judiciais são princípios argumentativos, que devem ser considerados como pontos de partida pelo órgão julgador responsável pelo julgamento do caso que se ajusta ou se assemelha ao caso que o gerou, denominado caso paradigmático. Esta análise, segundo constatou-se, não é meramente subsuntiva, mas sim dialética, cabendo ao órgão julgador do novo caso a realização de diversas averiguações, como o acréscimo hermenêutico gerado pela decisão que se pretende reputar como precedente judicial, seguido do cotejo analítico entre os contornos de fato do caso paradigmático e do caso em julgamento para, após, analisar os argumentos jurídicos levados a debate pelas partes e enfrentados na fundamentação da decisão do caso paradigmático e compará-los com os argumentos apresentados no caso em julgamento.

A diferenciação entre os precedentes judiciais e os institutos semelhantes foi objeto de investigação. O precedente judicial, constatou a pesquisa, não se confunde com a jurisprudência dos Tribunais, eis que estas representam os conjuntos de entendimentos das Cortes de Justiça sobre determinados temas, que podem ser uniformes ou não, ao passo que aquele corresponde a uma decisão paradigmática que tenha enfrentado as relevantes questões jurídicas que se replicam, não obstante o precedente possa ser aperfeiçoado paulatinamente através

de mais de uma decisão judicial, que venha a complementar ou elucidar a anterior. O precedente também não se confunde com a súmula, que é um extrato decisório, cuja finalidade é representar as decisões de um Tribunal que se repetem e se aplicam de forma subsuntiva, diferentemente do que ocorre com a aplicação do precedente judicial.

A compreensão e a diferenciação dos elementos específicos que compõem os precedentes judiciais é de fundamental importância para se encontrar os seus fundamentos determinantes, que se afiguram no conteúdo que deverá ser observado pelas decisões futuras em casos idênticos ou similares. Os fundamentos determinantes da decisão recebem a denominação *ratio decidendi*, que corresponde à deliberação que seja necessária e suficiente para estabelecer uma proposição jurídica, cuja ausência implicaria outra solução para o caso. Os demais fundamentos, que não possuem potencialidade de alterar a resolução do caso, embora possam ser relevantes, são ditos de passagem, para os quais se emprega o termo *obiter dicta*. Estes fundamentos não vinculam os aplicadores do Direito nos casos futuros, muito embora possam representar boas razões para a solução dos casos seguintes.

O trabalho constatou que, de acordo com a vinculatividade, os precedentes judiciais podem ser reputados como dotados de autoridade vinculante (*binding authority*), e portadores de autoridade persuasiva (*persuasive authority*). Apesar de serem encontradas divergências sobre o tema, verificou-se que os órgãos judiciais superiores não estão obrigados a seguir os entendimentos dos órgãos judiciais inferiores, e se o fizerem, terão em consideração os bons argumentos das decisões, as quais serão tidas por precedentes judiciais de natureza persuasiva. Já os órgãos judiciais inferiores não estão autorizados a deixar de seguir os entendimentos advindos dos órgãos judiciais que lhe são superiores, os quais serão considerados precedentes vinculantes.

A vinculação dos órgãos julgadores que se encontram em posição inferior aos entendimentos dos Tribunais que lhe são superiores configura o que se denomina eficácia vertical dos precedentes judiciais. Para além da eficácia vertical, observou-se que os precedentes judiciais também possuem eficácia horizontal, eis que os Tribunais, independentemente de suas graduações, devem observar seus precedentes anteriores, em respeito aos comandos de integridade e coerência e ao

respeito à segurança jurídica e ao tratamento isonômico que deve ser conferido aos jurisdicionados.

Os precedentes judiciais são típicos da tradição da *common law*, onde sempre se reconheceu a atividade criativa do Poder Judiciário e cujos sistemas se estruturam a partir do julgamento dos casos concretos (*case law*). Nestes sistemas, a lei possui caráter secundário, eis que mais importante é a interpretação conferida pelo Poder Judiciário à legislação, quando existente. Nos sistemas da tradição da *civil law*, caracterizados por abstrações e generalizações, a lei ainda continua a ser tida como a principal fonte de Direito, embora a atuação dos Tribunais tenha, paulatinamente, merecido consideração e respeito. Diante da contemporânea aproximação entre as duas grandes tradições jurídicas ocidentais, ao tempo em que se passou a verificar com mais frequência a produção legislativa nos sistemas da *common law*, também se observou o crescente respeito aos precedentes judiciais nos sistemas jurídicos dos países da tradição romano-germânica.

A ordem jurídica brasileira, pertencente à tradição da *civil law*, não permaneceu alheia a esta realidade aproximativa a ponto de ser constatado na presente pesquisa que, contemporaneamente, se faz possível afirmar que o sistema jurídico brasileiro é formado por dois subsistemas, o normativista e o precedentalista, ambos submetidos às regras e princípios de origem constitucional. A importância dos precedentes judiciais foi se intensificando no ordenamento jurídico pátrio, inicialmente mediante emendas constitucionais que atribuíram força vinculante a determinadas decisões judiciais e, após, mediante expressa previsão na legislação processual, que ampliou o rol das decisões vinculantes e materializou os preceitos constitucionais sobre o tema, ao regular os meios processuais para que a vinculação seja respeitada.

O modelo brasileiro de precedentes judiciais, segundo se verificou no presente trabalho, não se traduz em mera adaptação dos modelos da *common law*. O modelo pátrio possui certas peculiaridades, como no que diz respeito à formação dos precedentes que, para além da criação através da consideração pelo órgão julgador responsável pelo caso posterior de ser o anterior um precedente, típica da tradição da *common law*, também pode ocorrer mediante um julgamento previamente anunciado como gerador de um precedente judicial, através da utilização e técnicas decisórias previstas na legislação processual. Aliás, se defendeu na pesquisa que estas técnicas decisórias não esgotam as possibilidades

que podem ensejar a criação dos precedentes judiciais obrigatórios no Direito brasileiro. Também se destacou a importância dos precedentes judiciais interpretativos no sistema jurídico pátrio, que continua a conferir grande deferência ao Direito legislado.

Após o estudo dos precedentes judiciais, sua importância nas tradições jurídicas ocidentais e as peculiaridades do modelo brasileiro, finalmente se fez possível analisar medidas de tratamento da insegurança jurídica, constatadas no primeiro capítulo da pesquisa.

Com base nos fatores elencados como causas da insegurança jurídica na contemporaneidade, as medidas de seu restabelecimento passam pelo enfrentamento destas causas. Constatou-se que o estabelecimento de critérios para a argumentação jurídica é questão fundamental. Embora os valores do sistema social e jurídico e as consequências dos pronunciamentos judiciais devam ser levados em consideração, a fundamentação das decisões deve observar a normatividade. A necessidade da releitura do papel do Poder Judiciário e do princípio da tripartição dos poderes na tradição romano-germânica, em razão dos fenômenos do constitucionalismo e da judicialização da política, também foi observada, por meio de uma necessária reconfiguração da relação entre os Poderes, com base em critérios contemporâneos. A necessária aplicação do princípio da efetividade em harmonia com os demais princípios constitucionais e processuais, sem a relativização das garantias inerentes ao princípio do devido processo legal, também não passou despercebida, como medida de resgate da segurança jurídica.

O tratamento da insegurança jurídica na forma sugerida, todavia, teria eficácia limitada se cada membro do Poder Judiciário pudesse decidir os processos de sua competência de acordo com suas convicções pessoais, sem a imposição de vinculação hermenêutica à determinadas decisões judiciais anteriores sobre o mesmo tema, com o que se observou que o respeito aos precedentes judiciais se faz imprescindível para o restabelecimento da segurança jurídica.

A observância às decisões judiciais reputadas como precedentes judiciais, explicou-se, é necessária, mas coube esclarecer no presente trabalho o que se deve entender por esta vinculação. Viu-se que observar o precedente judicial significa respeitar as suas razões determinantes, as quais devem ser consideradas pelos juízes dos casos posteriores, seja para serem aplicadas, seja para serem

distinguidas, se as razões de fato do caso em julgamento e do paradigmático forem distintas e assim exigirem, ou, ainda, seja para serem superadas pelo órgão jurisdicional que criou o precedente, caso ele não mais atenda aos critérios de congruência social ou consistência sistêmica.

Constatou-se também na pesquisa que parte da doutrina ainda admite a possibilidade de desafio aos fundamentos dos precedentes, realizado pelos órgãos julgadores que se encontram em posição hierárquica inferior ao órgão que os criou. Para esta corrente, seria cabível o desafio quando se verificar que o precedente não guarda respeito com os princípios da coerência ou da integridade, o que não se confundiria com o fato de ignorar o precedente, mas, ao contrário, significaria enfrentá-lo, podendo a técnica sinalizar a necessidade de o órgão superior revogar o precedente.

Diversos fundamentos foram elencados para justificar a vinculação aos precedentes judiciais no trabalho, a depender do critério utilizado. Foram apresentadas as principais razões filosóficas, constitucionais, legais e, ainda, consequencialistas por meio das quais se reputa necessário o respeito aos precedentes judiciais. Após, se indicou os principais argumentos contrários à sua utilização, com destaque para as alegações de violação da independência funcional do magistrado e de engessamento do ordenamento jurídico, as quais, todavia, segundo se constatou, não mereciam ser acolhidas no contemporâneo estágio do conhecimento jurídico.

Dentre os argumentos apresentados, destacou-se que as razões filosóficas – inerentes à própria Teoria do Direito - são as melhores justificativas para a vinculação hermenêutica, promovida pelos precedentes judiciais. Estas razões são as mais sólidas e as mais aptas ao restabelecimento da segurança jurídica, na medida em que sustentariam a necessidade de respeito aos precedentes judiciais mesmo em caso de eventuais alterações legislativas, ou, até mesmo, alterações constitucionais, ainda que tais modificações implicassem no abandono da previsão normativa explícita acerca da necessidade de respeito aos fundamentos determinantes dos precedentes judiciais. Os fundamentos filosóficos dizem respeito à coerência e à integridade do Direito.

Por exigência da coerência, constatou-se que todos os elementos que compõem o ordenamento jurídico – como a Constituição, as leis, os princípios, os costumes e os precedentes judiciais – devem guardar harmonia com suas

respectivas produções anteriores, em respeito ao passado e às suas respectivas histórias institucionais. A coerência implica que a legislação e os precedentes judiciais, individualmente considerados, reproduzam uma linha de entendimento anteriormente estabelecida, sem descuidar o necessário respeito para com os princípios que regem os respectivos subsistemas normativo e precedentalista, os quais devem representar padrões correspondentes a uma visão abrangente do sistema jurídico. Por meio da coerência se pode materializar o princípio da isonomia substancial, ao se evitar a prolação de decisões subjetivistas ou voluntaristas, o que representa um significativo ganho à busca pela segurança jurídica.

A pesquisa procurou demonstrar que a integridade, por sua vez, decorre da observância sistêmica do ordenamento jurídico, através de uma ideia de unidade do Direito, pela qual todos os elementos do sistema devem se relacionar de forma ordenada e com fundamento nos valores políticos de uma comunidade política. A visão do sistema jurídico, para a integridade, é holística e não decorre simplesmente do respeito de cada elemento do sistema às suas próprias origens e fundamentos. A integridade, nesse passo, se mostra superior à coerência, eis que, em razão dos princípios da comunidade, pode mesmo orientar ou até impor que as leis e os precedentes judiciais sejam superados, ante a dinâmica verificada nos sistemas sociais.

O conceito e os fundamentos do Direito como integridade foram desenvolvidos por Ronald Dworkin, que externou a importância dos princípios, a ponto de reconhecer o Direito como uma comunidade de princípios sobre a equidade, a justiça e o devido processo legal adjetivo. Não são quaisquer princípios que servem à integridade, mas sim os mais adequados aos valores políticos da comunidade.

No que diz respeito à Jurisdição, o Direito como integridade impõe o respeito àquilo que a moral política reputa como a melhor justificativa das decisões judiciais do passado, mas também apresenta elementos destinados ao futuro, numa compreensão da prática jurídica como um processo em desenvolvimento. Decorre daí a analogia entre a prática judicial e um romance em cadeia, produzido por vários romancistas, no qual cada romancista não inicia seu trabalho do nada, mas interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo no romance, no qual acrescentará os melhores argumentos possíveis, preparando o caminho para o próximo romancista, que escreverá o capítulo seguinte, e assim sucessivamente. A

integridade representa, pois, o respeito ao passado, a consideração com o presente e a preocupação com o futuro do sistema jurídico.

Somente através do respeito aos precedentes judiciais, com a consideração das decisões predecessoras para fins de aplicação, distinção ou superação, é que se poderá ter por respeitadas a coerência e a integridade do Direito no exercício da atividade jurisdicional. Procurou-se demonstrar no presente trabalho que a integridade do Direito e a coerência do sistema jurídico são essenciais para o restabelecimento da segurança jurídica, em bases sólidas e estáveis, motivo pelo qual um sistema jurídico onde haja preocupação com esta segurança não pode funcionar adequadamente sem o respeito aos precedentes judiciais.

A conscientização dos aplicadores do Direito – especialmente dos membros do Poder Judiciário nos processos que lhe são submetidos - sobre a necessidade de respeito aos precedentes judiciais na contemporaneidade é providência que não pode esperar. É medida que racionaliza a prestação jurisdicional e outorga efetividade aos preceitos constitucionais tão caros a um Estado Democrático de Direito, em especial, a segurança jurídica. Enfim, é um relevante ganho ao sistema de Justiça em geral, à estabilidade processual em particular e aos jurisdicionados, para quem, e em razão de quem, a atividade jurisdicional possui razão de existir.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BAGGIO, Andreza Cristina; NOVACKI, Eduardo. O Direito do consumidor nos Tribunais Superiores brasileiros: avanços e retrocessos em tempos de precedentes judiciais vinculantes. **Revista de Direito do Consumidor**: São Paulo, ano 27, n. 11. p. 393-422, jan./fev. 2018.

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

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. *In*: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Temas de Direito Constitucional**. Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. (*Syn*) *thesis* 5.1, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BERTAGNOLLI, Ilana; BAGGIO, Andreza Cristina. **Os precedentes vinculantes do novo Código de Processo Civil e a aproximação entre *common law* e *civil law* no Direito brasileiro**. *Ius Gentium*. Curitiba, vol. 8, n. 1, p. 162-181, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://www.uninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/download/325/26>. Acesso em: 27 jul. 2017.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**: 5 de outubro de 1988.

BRASIL, **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil.

BRASIL, **Dec-lei n. 4.657 de 04 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro – LINDB.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe de. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1999.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COSTA, Newton Carneiro Afonso da. Conjetura e quase-verdade na obra de Miguel Reale. *In*: MOTOYAMA, Shozo (org.). **Cidadania e cultura brasileira: homenagem aos 90 anos do professor Miguel Reale**. São Paulo: EDUSP, 2001.

COSTA, Pietro. **Poucos, muitos, todos**: lições sobre história e democracia. Curitiba: ed. UFPR, 2012.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais**: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. 4. ed. New York: Oxford University Press, 2004.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução: Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. 1. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

_____; BRAGA, Paulo Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. vol. 2. 13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

_____; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de Direito processual civil**. vol. 4. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DORICO, Eliane Aparecida. **A teoria da argumentação jurídica como instrumento para a solução justa dos casos**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-teoria-da-argumentacao-juridica-como-instrumento-para-a-solucao-justa-dos-casos,44965.html>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge University Press, 2009.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

FERRARI, Alfonso Trujillo. **Metodologia da pesquisa científica**. São Paulo: MacGraw-Hill do Brasil, 1982.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

_____. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência? In: **Revistausp**: São Paulo, n. 21, 1994.

FIORAVANTI, Maurizio. **Estado y constitución**. In: FIORAVANTI, Maurizio (Org.). **El Estado moderno en Europa: instituciones y derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

FIORAVANTI, Maurizio (Org.). **El Estado moderno en Europa: Instituciones y derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

FREIRE, Alexandre. Precedentes judiciais: conceito, categorias e funcionalidade. *In*: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. Estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FREIRE-MAIA, Newton. **A ciência por dentro**. Petrópolis: Vozes, 1990.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015**. Parte geral. São Paulo: Forense, 2015.

GOODHART, Arthur L. *Determining the ratio decidendi of a case*. **The Yale Law Journal**, vol. 40, n. 2, p. 161-183, 1930. Disponível em: <http://users.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/goodhart-1930-ratio.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HAMILTON, Alexander. O Federalista n. 78. *In*: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Editora Russell, 2009.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Editora Russell, 2009.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e Direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Fordham Law Review**, v. 75, n. 2, 2006. Tradução: Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>. p. 140-141. Acesso em: 24 ago. 18.

JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

KUHN, Thomas. **A Estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. Sistematização de precedentes e ordenamento jurídico: proposta de um paradigma teórico. **Revista de Direito Brasileira**. São Paulo, vol. 18. n. 7, p. 149-172, set./dez. 2017.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MARANHÃO, Clayton de Albuquerque. Jurisprudência, precedente e súmula no Direito brasileiro. In: VITORIA, Ignacio García; CID, José Manuel Almudí. **Direito e Justiça número III: *protección de los derechos fundamentales en un contexto global***. Curitiba: Juruá, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. vol. 1. 2. ed. *Ebook*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. 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**, Curitiba, n. 49, p. 11-58, 2009. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/17031/11238>. Acesso em: 22 jul. 2018.

_____. Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social. **Revista de Direito processual civil**, v. 8, n. 30, 2003.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 58. Nov. 2000. p. 189. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2018.

MERRYMAN, John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez. **A tradição da *civil law***: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: SAFE, 2009.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MONTESQUIEU, Charles Louis de. **O espírito das leis**. Tradução: Cristina Muraschco. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2014.

MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014.

NERY JR. Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

NERY JR. Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEUMMANN, Franz. A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. *In: Revista brasileira de estudos políticos*. Belo Horizonte, n. 109, p. 13-87, jul./dez. 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Direito processual civil**. vol. único. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. **Em defesa do Tribunal Constitucional**: resposta aos críticos. Coimbra: Almedina, 2014.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. Estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A jurisdição como elemento de inclusão social**: revitalizando as regras do jogo democrático. São Paulo: Manole, 2002.

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo**, vol 1. Teoria geral do processo. São Paulo: Saraiva, 2015. *E-book*.

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 2013.

PORTO, Sergio Gilberto. **Cidadania Processual**: processo constitucional e o novo processo civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

POSCENTE, Vince. **A era da velocidade**: aprendendo a prosperar em um universo mais rápido já. Tradução: Suely Cuccio. São Paulo: DVS, 2008.

PUGLIESE, William; **Precedentes e a civil law brasileira**: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **A redução da idade penal**: do estigma à subjetividade. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <file:///Users/eduardonovacki/Downloads/191339.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2017.

RAMIDOFF, Mário Luiz; NOVACKI, Eduardo; RAMIDOFF, Luísa Munhoz Bürgel. Processualística civil e democracia: uma questão de segurança jurídica? In: ALVIM, Eduardo Arruda (Dir.); AGUSTINHO, Eduardo (Coord.); MACEI, Demetrius Nichele;

CACHICI, Rogério Cangussu Dantas (Org.). **Segurança jurídica e Estado democrático de Direito**. Curitiba: Instituto Memória, 2017.

REDONDO, Bruno Garcia. Aspectos essenciais da teoria do precedente judicial: identificação, interpretação, aplicação, afastamento e superação. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, ano 38, vol. 217, mar. 2013. p. 401-417.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

RUBIN, Fernando. **Fragments de processo civil moderno de acordo com o novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SADEK, Maria Tereza. Poder Judiciário: uma nova instituição. **Cadernos Adenauer XI**, 2010.

SADEK, Maria Tereza. **Judiciário: mudanças e reformas**. Estudos avançados v.18, n. 51. São Paulo mai./ago. 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200005> Acesso em: 18 jul. 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso no direito constitucional brasileiro. *In*: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. **Curso de Direito constitucional**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.) **A constitucionalização do Direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHAUER, Frederick. **Precedent**. Virginia: SSRN, 2011. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1836384>. Acesso em: 08 dez. 2018.

SILVA, Almiro do Couto e. **Conceitos fundamentais do Direito no Estado constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.) **A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Crise de paradigmas: devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz**. 05 jan. 2006. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos_importar_sim_doutrina?pagina=3>. Acesso em: 07 dez. 2017.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **OAB in foc**, Uberlandia, ano 4, n. 20, p. 15, ago./set., 2009.

TALAMINI, Eduardo. Objetivação do controle incidental de constitucionalidade 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**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. **Precedente Judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TARUFFO, Michele. **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: 14 dez 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; **Curso de Direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. vol. I. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. Jurisprudência e precedentes vinculantes no novo Código de Processo Civil – demandas repetitivas. **Revista de Processo**, vol. 255/2016, mai./2016.

_____; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VANBERG, Georg. *The politics of constitutional review in Germany*. **Cambridge University Press**, 2009. p. I. Disponível em: <http://assets.cambridge.org/97805218/36470/excerpt/9780521836470_excerpt.pdf>. Acesso em: 23 ago. 18.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. São Paulo: **Revista de Direito GV**. p. 441-464. jul-dez 2008.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

VITORIA, Ignacio García; CID, José Manuel Almudí. **Direito e Justiça número III: protección de los derechos fundamentales en un contexto global**. Curitiba: Juruá, 2016.

WALDRON, Jeremy. *Legislatures judging in their own cause*. **3 *Legisprudence*** 125, 2009.

WALUCHOW, Wil. *Constitutions as living trees: an idiot responds*. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo civil: artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.