FACULDADES INTEGRADAS DE ARACRUZ

ALEXANDRE PEREIRA ALVARENGA

A COMPATIBILIDADE E VINCULAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS NA TRADIÇÃO DO CIVIL LAW

ARACRUZ

2018

ALEXANDRE PEREIRA ALVARENGA

A COMPATIBILIDADE E VINCULAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS NA TRADIÇÃO DO CIVIL LAW

Monografia apresentada no Curso de Direito das Faculdade Integradas de Aracruz como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Me. Flávia Spinassé Frigini

ARACRUZ

2018

ALEXANDRE PEREIRA ALVARENGA

A COMPATIBILIDADE E VINCULAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS NA TRADIÇÃO DO CIVIL LAW

Monografia apresentada no Curso de Direito das Faculdade Integradas de Aracruz como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em: 06 / dezembro / 2018

COMISSÃO EXAMINADORA

Flávia Spinassé Frigini

Prof. Flávia Spinassé Frigini

Prof. Wagner José Elias Carmo

Prof. Diego Crevelin de Sousa

A meus pais, Alessandra Parteli Pereira Alvarenga e Paulo Sérgio Alvarenga.

Por sempre cuidarem de mim.

RESUMO

O presente trabalho se propõe a estudar e investigar as interações entre o Ordenamento Jurídico brasileiro, oriundo da tradição do *Civil Law*, e o sistema de precedentes, o qual possui forte ligação com o *Common Law*. Visa realizar essa análise por meio da compreensão de alguns elementos históricos de ambas as tradições supracitadas, identificando neles a sua importância para a caracterização desses sistemas como hoje são conhecidos. Além disso, pretende identificar as características mais relevantes do conceito de precedente, bem como a fonte de sua vinculação, buscando realizar a compatibilização com o ordenamento jurídico brasileiro. Diante disso, objetiva ainda estudar a natureza jurídica dos provimentos elencados pelo artigo 927 do Código de Processo Civil, compreendendo se efetivamente se constituem de precedente judiciais vinculantes, tendo por base as conclusões obtidas por meio da análise crítica do conceito de precedente. Tal estudo ainda passará pelas teorias construídas por Norberto Bobbio e Ronald Dworkin, que tratam sobre a coerência e a integridade do direito, respectivamente, identificando a relação e a importância dos precedentes para a concretização desses ideais.

Palavras chave: Precedente, *Common Law, Civil Law.*

ABSTRACT

The present work intends to study and investigate the interactions between the Brazilian legal system, originating from the tradition of the Civil Law, and the system of precedents, which has a strong connection with the Common Law. Try to understand some historical elements of both traditions mentioned above, identifying in them their importance for the characterization of these systems as they are known today. In addition, it intends to identify the most relevant characteristics of the concept of precedent, as well as the source of its connection, seeking to achieve compatibility with the Brazilian legal system. Faced with this, it also aims to study the legal nature of the institutes listed in article 927 of the Code of Civil Procedure, understanding whether they are legally binding precedents, based on the conclusions obtained through a critical analysis of the concept of precedent. This monography will also go through the theories constructed by Norberto Bobbio and Ronald Dworkin, which deal with the coherence and integrity of law, respectively, identifying the relation and importance of precedents for the realization of these ideals.

Keywords: Precedent, *Common Law, Civil Law*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO **7**

2 ELEMENTOS HISTÓRICOS RELEVANTES AO TEMA **10**

2.1 AS REVOLUÇÕES FRANCESA E GLORIOSA COMO ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO CIVIL LAW E DO COMMON LAW **10**

3 A COMPREENSÃO BÁSICA DO CONCEITO DE PRECEDENTES **13**

3.1 A ESTRUTURA NORMATIVA DO PRECEDENTE **13**

3.2 RATIO DECIDENDI **13**

3.3 OBTER DICTUM **15**

3.4 A FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES **16**

3.4.1 Argumentos de princípio e argumentos de política **18**

3.4.2 Força vinculante horizontal e força vinculante vertical **19**

3.5 MÉTODOS DE RESSALVA DOS PRECEDENTES **21**

3.6 STARE DECISIS **24**

3.7 A DIFERENCIAÇÃO ENTRE JURISPRUDÊNCIA, SÚMULA E PRECEDENTES **25**

4 A NECESSIDADE DO RESPEITO A UNIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO **30**

4.1 A COERÊNCIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO **30**

4.3 O DIREITO COMO INTEGRIDADE NA VISÃO DE RONALD DWORKIN **35**

5 O PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E O IMPACTO DA COMPREENSÃO DA VINCULAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAS NO SEU COMBATE **44**

6 A RELAÇÃO ENTRE PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS E O CIVIL LAW **51**

6.1 O ARTIGO 927 DO CPC/15 E OS PROVIMENTOS VINCULANTES **51**

6.2 O SENTIDO DE PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS APLICÁVEL AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO **58**

7 CONCLUSÃO **61**

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS **66**

1 INTRODUÇÃO.

O Civil Law e o Common Law são tradições jurídicas que surgiram de contextos históricos diferentes e foram influenciados de forma diversa, constituindo em dois sistemas que em muitos pontos divergem quanto ao modo de tratar o direito.

De qualquer forma, mesmo diante de tais diferenças, durante a história ambos os sistemas acabam se entrelaçando e se influenciando, sendo um bom exemplo disso a instituição do controle de constitucionalidade que tem raízes no icônico caso julgado pela suprema corte estadunidense “Marbury vs. Madson”, onde restou declarada veementemente a supremacia da constituição sobre as demais leis, cabendo ao judiciário deixar de aplicar as normas que foram compreendidas como inconstitucionais.

> “Foram necessários poucos anos para que a Suprema Corte desse o primeiro passo, fundamental para a instituição de um modelo de justiça constitucional que se tornou célebre e influenciou vários sistemas no mundo” (MARINONI, In: SARLET; _____; MITIDIERO, 2014, p.872)

Atualmente, com a promulgação do Novo Código de Processo Civil passou-se a discutir se o referido diploma legal teria instaurado no ordenamento jurídico brasileiro um sistema de precedentes judiciais e quais os reflexos de sua adoção.

Naturalmente, muitos entendimentos foram construídos a respeito do tema, tornando-o um real problema, no que se refere a sua compreensão dentro da tradição do *Civil Law.*

Diante disso, se faz necessário identificar a compatibilidade do sistema de precedentes com o ordenamento jurídico brasileiro, o qual, tem fundamento na tradição do *Civil Law*, se preocupando principalmente quanto à seu embasamento dentro do sistema, sua necessidade e relevância, bem como o método adequado para sua utilização.

O tema se justifica pela sua importância no que se refere ao mundo jurídico, considerando que o tema se tornou amplamente controvertido, conduzindo a opiniões divergentes quanto à inúmeros aspectos que se relacionam a matéria, havendo por um dos mais importantes, por exemplo, a compreensão se os dispositivos positivados pelo Novo Código de Processo Civil no artigo 927, se constituem efetivamente precedentes judiciais, e, consequentemente, qual a real acepção jurídica do instituto.

Contudo, não se pode ignorar a extrema relevância social vinculada à matéria, considerando que naturalmente toda elemento que tem fundamento no direito resulta em imensa influência sobre a sociedade, tendo em vista, obviamente, que o direito tem por principal função regulamentar as relações sociais.

A adoção de um sistema de precedentes em muito poderá impactar nas relações do cotidiano, considerando que poderão ser utilizados como parâmetro para a compreensão dos padrões de comportamento que o próprio direito impõe, na medida que ao se observar dois casos semelhantes, necessariamente haverá de ser aplicada a ambos a mesma medida jurídica, consideradas, sem dúvidas, as peculiaridades de cada situação.

Além disso, a importância do estudo se revela ainda pela possibilidade de se compreender como os precedentes podem conviver com a noção de primazia da lei, sem ferir tal preceito tão característico da tradição do *Civil Law*, permitindo ao mesmo tempo um aperfeiçoamento da segurança jurídica no ordenamento jurídico pátrio e da própria ciência do direito.

Diante disso, em prol da identificação da compatibilidade entre os elementos destacados, busca-se analisar os fatores históricos sociais mais relevantes à formação do *Civil Law*, bem como do *Common Lawl,* este, pioneiro na utilização do sistema de precedentes.

Outrossim, visa obter o entendimento quanto ao conceito de precedente vinculante, bem como a origem de sua vinculação em um ordenamento jurídico embasado no sistema do *Civil Law*.

E por fim, constatar a natureza dos principais provimentos elencados pela reforma do Código de Processo Civil nacional, detectando ainda a possibilidade, funcionalidade e finalidade de um sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, buscando fundamento nas teorias de Norberto Bobbio e Ronald Dworkin, que tratam sobre a coerência e a integridade do direito, respectivamente.

Tais objetivos, serão proporcionados por meio de pesquisa bibliográfica, se utilizando de autores renomados, através de uma análise crítica do conteúdo, se atentando aos detalhes necessários para a adequada percepção de cada elemento aqui estudado,

confrontando o conceito de precedente judicial vinculante com as características do *Civil Law,* buscando nesses uma relação de intimidade e de viabilidade.

2 ELEMENTOS HISTÓRICOS RELEVANTES AO TEMA

2.1 AS REVOLUÇÕES FRANCESA E GLORIOSA COMO ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO CIVIL LAW E DO COMMON LAW.

Primeiramente é relevante estipular que, quando se discute as similitudes e as divergências entre o *Common Law* e o *Civil Law*, muito se utiliza o termo “sistema jurídico”, que remete o leitor ao entendimento de que se trata de um conjunto de regras apenas.

Ocorre que, tratar desses dois elementos e suas características é discutir um caráter mais ligado a um conjunto de atitudes e hábitos que são inerentes a eles.

Nesse sentido:

> “Ao se comparar civil law e common law [...] mais do que uma análise de sistemas jurídicos, em verdade, está se realizando uma comparação entre tradições jurídicas. Isso porque a tradição jurídica consistiria em perspectiva mais ampla sobre o fenômeno uma vez que a tradição legal não implica o conjunto de regras jurídicas acerca dos principais institutos jurídicos de determinado ordenamento jurídico.
>
> [...]
>
> A tradição jurídica consiste, verdadeiramente, em um conjunto de práticas, costumes e hábitos profundamente arraigados em uma comunidade, historicamente condicionados, a respeito da natureza do direito, do papel do direito na sociedade e na política, a respeito da organização e da operação adequada de um sistema legal, bem como a respeito da forma que deveria criar-se, aperfeiçoar-se, aplicar-se e ensinar-se o direito.” (MERRYMAN, 2007 apud, STRECK; ABBOUD, 2015, p.21)

As características do Common Law são herança da Revolução Gloriosa, que diferentemente da Revolução Francesa, foi apoiada e encabeçada, também, pelos magistrados da época. Dessa forma, a confiança que a burguesia inglesa depositava nos magistrados era claramente bem mais alta do que a que os burgueses franceses depositavam nos magistrados da França, esses apoiadores do Monarca.

Esse grau de confiança gerou efeitos distintos e antagônicos entre os sistemas, pois, enquanto no Common Law o Juiz era tido como um aliado da Burguesia na contenção dos poderes do soberano, no Civil Law, eram os magistrados, também, quem deveriam ser controlados.

Por tal motivo, foi construído no Civil Law uma perspectiva de que o Magistrado deveria apenas dizer o que já estava estabelecido na lei consagrada pelo Legislativo,

não lhe sendo permitido interpretar para além, aquém, ou qualquer outro parâmetro que não estivesse nos moldes do texto legal.

O oposto foi construído no Common Law, onde o magistrado, aliado da revolução foi constituído de poderes para controlar os atos discricionários do soberano. O magistrado possuía liberdade para ditar os limites dos poderes do Monarca, cabendo ao Judiciário, também, proteger o povo dos atos discricionários do chefe de Estado.

Como consequência da Revolução Gloriosa na Inglaterra, surgiu o entendimento da "Supremacy of the English Parlament", ou da Supremacia do Parlamento Inglês, tal concepção não pode e nem deve ser confundida com os parâmetros estabelecidos pela supremacia do legislativo e do princípio da legalidade instituídos na sociedade Francesa pós-revolucionária. "Não obstante a Revolução Inglesa tenha vencido o absolutismo, com ela o parlamento não assumiu o poder absoluto, como aconteceu na Revolução Francesa." (MARINONI, 2016, p. 41)

A Supremacia do Parlamento Inglês não instituiu o Judiciário como um poder menor do que o Legislativo, e nem limitou a atuação dos magistrados, pelo contrário, visava dar aos Juízes legitimidade para atuar em face das atrocidades e dos atos "soberânicos" do Monarca. No fim, a Supremacia do Parlamento Inglês tornou o Judiciário mais forte do que antes, com poderes que afetavam diretamente as decisões do Soberano.

Por outro lado, na sociedade francesa pós-revolucionária, origem do Civil Law, o entendimento da supremacia do Legislativo e da estrita legalidade, visavam impor ao próprio Juiz, que era tido como aliado do Monarca, limites a sua atuação.

Esse entendimento estipulava que, apenas aquilo que era produzido pelo Parlamento era dotado de valor normativo (deôntico), ou seja, os dizeres do parlamento são os dizeres do Direito.

A consequência disso era que ao Juiz não era permitido empregar no texto legal qualquer valor interpretativo. Assim, bastava ao juiz aplicar a norma na sua estrita legalidade, o que "amarrava" hermeneuticamente o Magistrado, o qual se via sem brechas para atuar no sentido de satisfazer as vontades do Soberano absolutista.

Diante dessa filosofia, surgiu a compreensão no Civil Law, do Juiz "*Boche de la loi",* ou Juiz Boca da Lei, pois, a única função deste era a de declarar o que o texto legal

dizia e aplicar a lei ao caso que lhe era apresentado, sem, supostamente, empregar qualquer valor interpretativo ao texto. “Nesse sentido, o poder dos juízes ficaria limitado a afirmar o que já havia sido dito pelo Legislativo, devendo o julgamento ser apenas “um texto exato da lei.” (MARINONI, 2016, p. 44-45) Contudo, como já superado, tal fato é impossível. Ora, não importa quão fechado está o sentido do texto, sempre haverá necessidade de valoração interpretativa, pois inerente ao ato da leitura e compreensão dos textos e símbolos.

Esses aspectos colidentes entre a história Francesa e Inglesa, foram alguns dos fatores que fizeram com que esses sistemas jurídicos se distanciassem de modo que o Common Law e Civil Law tomassem caminhos hermenêuticos e estruturais distintos. Contudo, mesmo trabalhando o Direito de formas diversas, conseguiram influenciar um ao outro no decorrer da história.

Compreendida a diferença entre os juízes pós-revolucionários da Inglaterra e da França, passa-se a perceber que tais elementos refletem no Civil Law e Common Law conhecido atualmente, delineando as caraterísticas desses sistemas jurídicos tão icônicos no mundo atual.

Considerando o que foi exposto, percebe-se que o *Common Law* construiu desde seus primórdios um ambiente propício ao surgimento do sistema de precedentes, o que não ocorreu no *Civil Law,* pois, estabelecer um respeito a precedentes judiciais é delegar nas mãos dos magistrados um poder de editar normas, concretas e individuais, as quais, inclusive, podem repercutir em situações futuras para além da decisão do caso concreto. E isso não é algo que se podia imaginar no sistema do *Civil Law* pós-revolucionário*,* tendo em vista que a pretensão da burguesia revolucionária era além de tudo, limitar os poderes dos juízes.

Diante disso, no Civil Law, onde as atitudes dos magistrados eram tidas como uma extensão das forças e interesses do Monarca, a Lei foi instituída como fator absoluto para garantia da Segurança Jurídica e a Igualdade, tendo em vista que sua produção se dava unicamente pelo Poder Legislativo, dominado pela Burguesia revolucionária da época, cabendo aos juízes apenas aplicar a letra fria do texto legislativo.

Por outro lado, no Common Law, onde o magistrado era uma força que trabalhava em conjunto com a classe revolucionária, desenvolveu-se um ambiente propício a adoção do sistema de respeito obrigatório de precedentes e ao surgimento do *stare decisis*.

3 A COMPREENSÃO BÁSICA DO CONCEITO DE PRECEDENTES.

3.1 A ESTRUTURA NORMATIVA DO PRECEDENTE.

O objetivo desse tópico é identificar o modo como deve ser tratado o conceito de precedentes, delimitando uma compreensão mínima do conteúdo, a fim de se rechaçar constatações equivocadas e aplicações indevidas, de modo que firam a própria natureza do elemento aqui abordado.

Primeiramente, deve ser entendido que a decisão judicial quando pensada como um precedente judicial possui uma divisão interna quanto ao seu conteúdo, sendo uma parte vinculante e a outra não. Ao primeiro elemento se dá o nome de *ratio decidendi* e ao segundo, *obter dictum.*

Caberá ao julgador no momento da valoração, identificar se o fundamento utilizado na decisão anterior configura uma *ratio decidendi* ou um *obter dictum*. Essa análise deve ser feita de forma que sejam confrontados o caso anterior (precedente) com o posterior, sendo que, verificando-se a existência de similitudes entre as duas situações cotejadas, deverá, então, ser aplicado o precedente ao caso futuro, nos limites do elemento vinculante.

3.2 RATIO DECIDENDI.

A *ratio decidendi* é o elemento vinculante da decisão precedente e a parte que interessa ao intérprete quando realiza a análise dos casos análogos.

É importante entender que nem toda a decisão antecedente pode ser tida como vinculante, pois nem todos os seus elementos efetivamente constituem precedentes judiciais capazes de serem reproduzidos nos casos futuros.

A força vinculativa do precedente está na *ratio decidendi* que é parte da decisão proferida para deslinde de determinado caso. Esta parte da decisão sempre será um fragmento da fundamentação utilizada, sendo que, nem sempre todo argumento utilizado será capaz de vincular como um precedente, mas tão somente aquele que for aceito como *ratio decidendi.*

De qualquer forma, é importante a análise completa do caso com todos os seus elementos e peculiaridades, pois, embora a *ratio decidendi* esteja localizada na

fundamentação, sua construção e compreensão se dá pela análise completa do caso precedente, com identificação adequada de todos os seus fatos e fundamentos.

No entendimento de Streck e Abboud (2015, p. 47) a *ratio decidendi* “configura o enunciado jurídico a partir da qual é decidido o caso concreto. Em suma, ela é a regra jurídica utilizada pelo Judiciário para justificar a decisão do caso.”

Vital é a compreensão de que nem todo fundamento será *ratio decidendi*, mas toda *ratio decidendi* faz parte do fundamento da decisão.

Diante disso, percebe-se que caberá delimitar quais são os argumentos da decisão que efetivamente constituem *ratio decidendi* e quais não possuem força vinculante.

De acordo com Marinoni (2016, p.162), nem mesmo no *common law*, tradição jurídica onde os precedentes foram utilizados pela primeira vez, há um consenso sobre como se realiza a identificação da *ratio decidendi.* Contudo, dois métodos se destacam: o teste Wambaugh e o método de Goodhart.

Em preceitos básicos, o teste de Wambaugh prevê que ao intérprete caberá identificar qual fundamento, dentre aqueles utilizados para a solução do caso, cuja ausência acarretaria a alteração do resultado obtido. (WAMBAUGH, 1894, p.18, apud, MARINONI, 2016, p.162).

O presente critério para identificação da *ratio decidendi* foi considerado insuficiente pela doutrina nos casos em que a decisão estivesse sustentada por mais de um argumento, pois, ao se retirar um deles, o resultado se manteria o mesmo em razão do outro fundamento utilizado. (DUXBURY, 2005, p.953-966, apud, MARINONI, 2016, p.163)

Por outro lado, o método de Goodhart impõe que deverá ser realizada a identificação dos fatos do caso e quais deles foram utilizados como materiais para decidir, como exemplo, é utilizado o caso *Rylands v. Fletcher:*

> “Fletcher contratou um empreiteiro para construir um reservatório em sua propriedade. O empreiteiro atuou com negligência e a água do reservatório invadiu as terras do vizinho, causando prejuízos. Goodhart, ao analisar a situação admitiu como “fatos do caso”: i) B tinha um reservatório em sua propriedade; ii) o empreiteiro, contratado por B para edificá-lo, agiu com negligência; e iii) a água escoou do reservatório e prejudicou A. Foram considerados “fatos materiais: i) B tinha um reservatório em sua propriedade; e iii) a água escoou do reservatório e prejudicou A. Anota Goodhart que a Corte ignorou o fato relacionado à negligência do empreiteiro, que então foi considerado como fato imaterial. [...] não houve responsabilização de B pela

> negligência do seu contratado, mas instituição da doutrina da "*absolute liability" (*responsabilidade objetiva)." (GOODHART, 1931, p.15, apud, MARINONI, 2016, p. 164)

Claramente tal método evidencia que a identificação da *ratio decidendi* não pode ser realizada de modo despreocupado, pois, ela em si, configura o próprio precedente judicial, além disso, tal tarefa é demasiadamente complexa considerando que não basta constatar que a decisão precedente é análoga, mas identificar dentro dela os pontos relevantes que justificaram o resultado obtido.

Ainda há a definição de Rupert Cross citada por Marinoni (2016, p. 166) que entendia a *ratio decidendi* como "qualquer regra de direito expressa ou implicitamente tratada pelo juiz como passo necessário para alcançar a sua conclusão."

Assim, tendo por base os métodos tratados, pode-se entender que a *ratio decidendi* será definida após uma adequada análise dos elementos inerentes ao caso precedente, identificando os pontos que foram essenciais e insubstituíveis para a solução da lide ali discutida, a qual, por se assemelhar ao caso futuro, poderá ser aplicada a este.

3.3 OBTER DICTUM.

Na visão de Marcelo Alves dias de Souza (2007, p.184) citado por DIDIER (2015, p.445), "normalmente *obter dictum* é definido de forma negativa: é *obter dictum* a proposição ou regra jurídica que não compuser a ratio decidendi."

O *obter dictum* constitui efetivamente o contraposto da *ratio decidendi,* enquanto esta é vinculante e tem aplicabilidade nos casos futuros, o *obter dictum* não vincula, nem se configura como precedente.

Importante ressaltar que o *obter dictum* pode representar um elemento relevante da decisão precedente, desde que ele não seja essencial à solução da demanda da forma como foi decidida.

Fato é que a identificação do *obter dictum* é tão relevante quanto a conclusão acerca da *ratio* decidendi, sendo sua constatação tão complexa quanto desta.

Luiz Guilherme Marinoni ainda deixa claro, ao citar Rupert Cross, que no *common law*, embora não haja uma real vinculação dada às partes das decisões entendidas como *obter dictum*, tais elementos podem se revestir de um alto poder persuasivo:

> "Em Perry v. Kendrick's Transport havia duas questões perante a Corte de Apelação. Uma dizia respeito à impossibilidade de se obter indenização por injúrias pessoais com base em Rylands v. Fletcher. A outra era relativa à viabilidade de o réu invocar, em sua defesa e no seu recurso, que o dano for causado pelo ato de um estranho. A decisão, fundando-se em um ou outro ponto, seria favorável ao réu-apelante. A Corte decidiu o primeiro ponto em favor do autor-apelado, concluindo que os danos por injúrias pessoais poderiam ser cobrados com base em Rylands v. Fletcher. Mas decidiu a segunda questão em favor do réu-apelante, que, assim, saiu vitorioso na apelação.
> Havia questões independentes em Perry v. Kendrick's Transport. Uma foi decidida em favor do apelado e outra em favor do apelante. Ou seja, a segunda pôde ser decidida em favor do apelante ainda que a adecisão da primeira tenha dado razão ao apelado. Porém, e aí é que surge a abordagem que realmente interessa, Cross afirma que a decisão a respeito da primeira questão não constitui *Ratio decidendi,*mas *obter dictum*. *Ratio decidendi* seria apenas a declaração sobre a segunda questão. (MARINONI, 2015, p. 169)
> [...]
> Porém, Cross deixa claro que é difícil acreditar que um órgão de primeiro grau se sentiria livre para decidir que os danos por injúrias pessoais não podem ser cobrados com base em *Rylands v. Fletcher*, embora esta declaração seja apenas *dictum* perante a Câmara dos Lordes. Cross está aludindo ao efeito persuasivo da *obter dictum*, que ,em casos como o referido, pode ter intensidade tão forte quanto a do efeito obrigatório particular à *ratio decidendi." (CROSS, 1991, p.82-83, apud, MARINONI, 2015, 170)*

Tal efeito se assemelha muito àquele em que se observa na aplicação da jurisprudência brasileira, considerando que formalmente ela não possui força vinculativa.

No mesmo sentido se encontravam as súmulas antes que fossem revestidas de força vinculante pela norma do 927 e 489 V e VI do CPC. Não havia nelas vinculação real, mas apenas uma força persuasiva. Tal elemento ainda será abordado mais a frente.

Assim, resta claro que embora *o obter dictum* não seja formalmente vinculante por carecer de uma força normativa que ultrapasse a decisão do caso concreto, atuando de forma a vincular também casos futuros, ele em si pode e geralmente influencia muitas decisões, mesmo que não constitua um precedente judicial.

3.4 A FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES.

A vinculação dada ao precedente não é algo que está positivado nos códigos dos países que adotam o Common Law, e nem mesmo é algo que está na Constituição

desses países, assim como nos ensinam os Professores STRECK e ABBOUD (2015, p.34): “O precedente possui uma *holding*, que irradia o efeito vinculante para todo o sistema. Isso não está na Constituição, nem na lei, e, sim na tradição. ”

Pois, o fato de serem seguidos os entendimentos firmados pelos precedentes não decorrem de uma vinculação normativa positivada, mas da própria concepção de que um sistema deve ser unificado e não admite decisões conflitantes sobre o mesmo tema.

O entendimento da desnecessidade de uma previsão legal para se dar força vinculante aos precedentes é também seguido por Marinoni (2016, p.108), o qual defende que:

> “o respeito aos precedentes não depende de regra legal que afirme sua obrigatoriedade, pois as normas constitucionais que atribuem às Cortes Supremas as funções de uniformizar a interpretação da lei federal e de afirmar o sentido da Constituição Federal são indiscutivelmente suficientes para dar origem a um sistema de precedentes obrigatórios.”

No entanto, a visão de Marinoni, nesse aspecto, se baseia na previsão constitucional que estabelece as funções do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, por entender que estes tribunais seriam responsáveis por unificar o direito através da edição de precedentes vinculantes.

Importante frisar, entretanto, que na visão do autor “uma falta de explicitação legal pode ser vista como autêntica falta de tutela da segurança jurídica, verdadeira omissão do legislador.” (MARINONI, 2016, 108).

Assim, ao mesmo tempo que defende uma autonomia da força vinculativa dos precedentes com relação ao texto legal, deposita nele a eficácia social do instituto.

De todo modo, segue-se o entendimento firmado e defendido por Lênio Streck e Georges Abboud, de que os precedentes judiciais não são vinculantes por uma previsão positivada, mas em decorrência da própria tradição jurídica que se aperfeiçoou ao ponto de inadmitir resultados incongruentes dentro de seu próprio sistema jurídico.

A coerência e a integridade do ordenamento jurídico são essenciais na compreensão da força vinculante dos precedentes, de qualquer forma, serão tratados mais a fundo em um capítulo específico.

3.4.1 Argumentos de princípio e argumentos de política.

Ainda tratando da força vinculante dos precedentes judiciais, se faz necessária uma pequena quebra da narrativa para tratar do entendimento de Ronald Dworkin acerca dos argumentos de princípio e os argumentos de política.

Para Dworkin (2002, p.36) princípio e política se divergem da seguinte forma:

> "Denomino política aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino princípio um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social, considerada desejável, mas porque é um exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade."

Além disso, também convém distinguir a compreensão entre argumentos de princípio e argumentos de política, sendo que o segundo sustenta uma decisão comprovando que nela estão garantidos objetivos de determinada comunidade, enquanto o primeiro, justifica a decisão esclarecendo que nela estão sendo resguardados direitos e prerrogativas de um indivíduo. (DWORKIN, 2002, p. 129)

A decisão que se sustenta em argumentos de princípios está amparada pelo direito e tem nele força, em razão disso há nela grande solidez, considerando que para ser efetivamente desconstituída, deve ser comprovado que o direito que embasa o argumento não é aplicável ao caso ou mesmo não constitui direito.

Por outro lado, a decisão baseada em argumento de política não possui a mesma solidez daquela que baseia em argumentos de princípios, não tendo a força normativa que emana do direito.

A decisão baseada em critérios meramente políticos tem lugar na atuação administrativa e até mesmo na atuação legislativa, contudo, não pode ser admitida na prestação jurisdicional, pois os juízes não podem ser compreendidos como legisladores secundários.

Na visão de Dworkin a atuação do juiz deve se dar exclusivamente com base em argumentos de princípios, pois do contrário, a decisão perde a sua efetividade, a qual se encontra na força normativa do argumento de princípio em que ela baseia: "Não obstante, defendo a tese de que as decisões judiciais nos casos civis, mesmo em

casos difíceis como o da *Spartan Steel*, são e devem ser, de maneira característica, gerados por princípios, e não por políticas.” (DWORKIN, 2002, p.131)

Dessa mesma forma, pode-se concluir que a força vinculante dos precedentes judiciais decorre do fato de que estes estão sempre firmados naquilo que Dworkin denominava ”argumentos de princípios”, os quais efetivamente declaram e suportam direitos e prerrogativas garantidas pelo ordenamento jurídico.

Assim, a decisão que não tem base em argumentos de princípios, mas se sustenta por argumentos de política, não pode ser considerada, nem defendida como um precedente vinculante judicial, no sentido em que foi abordado neste capítulo.

3.4.2 Força vinculante horizontal e força vinculante vertical.

No que se refere a força vinculante dos precedentes judiciais, cabe ainda tratar da extensão de seus efeitos, pois neles pode ser identificado uma força vinculante horizontal e outra vertical.

De forma vertical o precedente vincula todos os tribunais que estão em situação hierarquicamente inferior ao do tribunal que proferiu a decisão a ser replicada, e de forma horizontal, esse mesmo tribunal vincula a si mesmo e o julgamento dos casos futuros que vier a analisar. (MARINONI, Luiz Guilherme, 2016, p.94).

Não basta que os tribunais de 1º grau respeitem os precedentes para que haja uma efetividade do instituto, se faz necessário ainda que o próprio tribunal responsável pela edição do precedente, mantenha a sua posição de modo a gerar estabilidade e confiança naquilo que está sendo julgado.

A importância dessas vinculações é grande, tendo sido ambas contempladas no texto do Código de Processo Civil de 2015.

No caso da vinculação horizontal, exemplo claro é a previsão do artigo 489, §1º, V e VI, o qual vincula os juízes e tribunais a observar a aplicação dos precedentes judiciais, assim como as súmulas e jurisprudência.

A vinculação no caso é bem palpável, considerando que o artigo entende não devidamente fundamentada a decisão que deixar de seguir o entendimento firmado na jurisprudência, nos precedentes e positivado nas súmulas, pois, uma decisão não

fundamentada viola o dever constitucional previsto no artigo 93, IX da Constituição Federal (1998):

> Art. 93:
>
> IX - **todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade**, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (**grifo nosso)**

Da mesma forma, o CPC ainda contemplou a vinculação horizontal ao positivar em seu artigo 926 que "Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.".

A vinculação horizontal permite assim que o próprio tribunal seja vinculado a suas decisões, de modo que não seja possível a criação da uma estrutura instável.

O estabelecimento dessa estrutura instável representa exatamente o oposto daquilo que um sistema de precedentes vem a proporcionar que é a segurança jurídica e a estabilidade do ordenamento jurídico.

Esse entendimento é seguido por Lênio Streck (2015, p.3) sendo inclusive ele o responsável por sugestionar a mudança no projeto do Novo Código de Processo Civil que proporcionou a adição do artigo 926 do CPC:

> "A questão mais grave referia-se à *commonlização* que representavam. Poucos juristas se davam conta de que, com o Projeto qualitativamente, havia uma grande chance de perda no nosso sistema decisório, porque, de um lado, esse Projeto não combatia a possibilidade de o STJ e o STF continuarem a decidir discricionariamente e, de outro, ele atribuía irrefletidamente, efeito vinculante para a quase totalidade das decisões desses tribunais (inclusive dos *obter dictum).*
> Sendo mais claro: o Projeto trazia um modelo de "como-seguir-precedentes"... só que esse modelo só servia para as instâncias inferiores. Não havia nada que indicasse que quem faz o precedente devesse sofrer algum controle. Porque quem elabora os precedentes mais relevantes não precisa seguir os caminhos que as instâncias inferiores devem seguir?"

Não faz sentido que os tribunais profiram decisões diferentes sobre casos semelhantes de modo despreocupado, sem se atentar ao modelo que o sistema de precedente impõe fazendo com que a cada semestre os juízes de primeiro grau se vejam vinculados a decisões distintas, resultando numa aplicação desigual do direito.

Pois, ora, isso não tem nada a ver com o sistema de precedentes, quando se pensa neles, logo se remete aos conceitos de coerência, integridade e segurança jurídica, os quais veremos mais adiante.

Mais do que importante, vital é compreender que o sistema de precedentes vincula a todos, sem distinção, tanto quando se pensa como um receptáculo de direitos, como quando veículo de obrigações. Sendo um dos deveres inerentes a esse sistema a sua vinculação, ou seja, a obrigatoriedade de sua observância, seja por quem for, seja por qual tribunal for.

3.5 MÉTODOS DE RESSALVA DOS PRECEDENTES.

A aplicação dos precedentes embora vinculante, não é absoluta pois a sua utilização visa exatamente o oposto, que é proporcionar um ordenamento jurídico mais democrático, igualitário e com decisões que permitam uma maior segurança jurídica ao jurisdicionado.

Além disso, uma aplicação absoluta resultaria no retorno ao juiz "*boche de la loi*", onde o juiz deveria, supostamente, apenas aplicar a norma que estava diante dele, sem adequadamente observar as peculiaridades do caso concreto, o que na verdade até proporcionava um juiz isento, mas desvinculado da atividade mais importante na aplicação do direito que a interpretação.

Da mesma forma, defender uma tese de aplicação absoluta dos precedentes é substituir a lei, pela norma prevista no precedente, mais ainda, é exatamente deturpar aquilo que os precedentes mais necessitam, que é a atividade interpretativa, a qual permite a identificação da *ratio decidendi* e do *obter dictum* e a constatação de que os casos em discussão são realmente análogos.

Nesse sentido, se fez necessário a instituição de métodos que pudessem ressalvar a aplicação dos precedentes quando fosse identificado neles uma distinção ou uma superação do entendimento nele firmado.

Tais métodos são denominados como *overruling* e *distinguishing.* O primeiro é a compreensão de que o entendimento firmado no caso já está ultrapassado e não é mais aplicável, regendo apenas aquela situação jurídica prévia que já se encontra solidificada pela coisa julgada. De outro lado, o *distinguishing,* configura a

identificação de elementos que diferem o caso em julgamento daquele que está sendo utilizado como parâmetro, o que também inviabiliza sua replicação, considerando que a aplicação dos precedentes demanda uma adequada subsunção do fato pretérito àquele que está sendo julgado, não sendo possível que casos diferentes demandem a aplicação da mesma norma.

No que se refere ao *distinguishing,* a diferenciação que deve ser feita não se resume a estipular que os casos não são idênticos, até mesmo porque nenhum caso será perfeitamente igual ao outro.

A identificação que deve ser feita na análise dos casos é quanto a fatos que sejam efetivamente importantes para ressalvar a aplicação do precedente:

> "Diferenças fáticas entre casos, portanto, nem sempre são suficientes para se concluir pela inaplicabilidade do precedente. Fatos não fundamentais ou irrelevantes não tornam casos desiguais. Para realizar o *distinguishing,* não basta ao juiz apontar fatos diferentes. Cabe-lhe argumentar para demonstrar que a distinção é material, e que, portanto, há justificativa para não se aplicar o precedente." (MARINONI, 2016, p.231)

Assim, deve haver responsabilidade na atuação do juiz quando identifica o *distinguishing,* pois esses métodos de ressalva não são uma autorização para não aplicar o precedente que o magistrado não gosta.

Ainda é importante entender que o *distinguishing,* ao contrário do *overruling,* não representa que o entendimento firmado no precedente é ultrapassado ou equivocado, mas, tão somente, que os casos em análise não são suficientemente semelhantes para permitir a aplicação do caso antecedente ao caso futuro.

De qualquer modo, é possível compreender que sendo detectadas muitas distinções, tal condição pode ser entendida como um enfraquecimento do referido precedente, podendo até mesmo conduzir a sua revogação em um futuro próximo. (DUXBURY, 2008, p.115, apud, MARINONI, 2016, p.231).

Por outro lado, há a técnica do *overruling* - o qual representa efetivamente a superação do precedente -, em razão da conclusão de que o entendimento nele firmado se encontra ultrapassado, sendo insustentável a sua existência no ordenamento jurídico como norma a vincular casos futuros, sem que isso produza decisões inaptas a satisfazer a real necessidade da sociedade.

Os critérios apresentados para a realização do *overruling* são a não correspondência aos padrões de congruência social e a perda da consistência sistêmica do precedente. Luiz Guilherme Marinoni cita tais critérios, indicados por Melvin Eisenberg como base para a utilização do *overruling*, revelando uma técnica básica para entender como esse método de ressalva dos precedentes é utilizado.

Na visão de Eisenberg, citado por Marinoni:

> "Um precedente deixa de corresponder aos padrões de congruência social quando passa a negar proposições morais, políticas e de experiência. [...] É possível dizer que as proposições morais determinam uma conduta como certa ou errada a partir do consenso moral geral da comunidade, as proposições políticas caracterizam uma situação como boa ou má em face do bem estar geral e as proposições de experiência dizem respeito ao modo como o mundo funciona, sendo que a maior classe dessas últimas proposições descreve as tendências de condutas seguidas por subgrupos sociais. [...] De outra parte, o precedente não tem consistência sistêmica quando deixa de guardar coerência com outras decisões." (EISENBERG, 1998, p.14, 26 e 37, apud, MARIONONI, 2016, p.252)

Aqui é possível enxergar que o *overruling* decorre de um enfraquecimento do entendimento firmado no precedente, a qual tem razão pela não compatibilidade do precedente com as características da sociedade que ele mesmo se propõe a vincular, geralmente ocorrido pela percepção da evolução da sociedade.

A norma vinculada aos precedentes também se desgasta socialmente, assim como as normas positivadas nas legislações, demandando que frequentemente sejam revisitadas.

De qualquer forma, a realização do *overruling* não se dá de forma abrupta, ou seja, de um instante para o outro, mas demanda que haja uma prévia indicação da probabilidade de revogação do referido precedente.

Essa prévia indicação é exatamente aquilo que se entende como a ausência de congruência social e a inconsistência sistêmica, pois o entendimento firmado no precedente passa a ser alvo de impugnações e críticas, ou mesmo de algumas pequenas ressalvas, que quando ocorrem com frequência acabam por conduzir ao enfraquecimento daquela antiga compreensão acerca do direto que ficou estabelecida como precedente.

A doutrina e a jurisprudência são as grandes responsáveis por indicar para o jurisdicionado a possibilidade de revogação de um precedente, especificamente nos Estados Unidos, cabendo a elas sinalizar tal situação, conduzindo a um cenário que

permite a revogação do precedente, pois, ao considerar que esses dois veículos já cientificaram da fragilidade do referido entendimento ao jurisdicionado, a revogação não mais fere a segurança jurídica e a previsibilidade que tanto se visa proteger. (MARINONI, 2016, p.239)

A previsibilidade é tão importante que em alguns casos, retarda-se a revogação do precedente em nome dessa garantia, evitando assim que pessoas sejam pegas de surpresa pela mudança abrupta do entendimento judicial. Tal técnica é conhecida como técnica de sinalização, e visa exatamente dar ciência aos jurisdicionados que um determinado precedente se reveste de grande instabilidade, podendo ser revogado a qualquer momento. (MARINONI, 2016, p. 236-243)

Claramente, pelo o que foi exposto, pode-se entender que a ressalva admitida pelo *overrruling* e pelo *distinguishing* impede que haja uma aplicação desenfreada e automatizada dos precedentes, cabendo ao jurista analisar cada caso individualmente, se certificando que inexistem elementos diferenciadores e que o entendimento firmado no caso precedente ainda pode aplicado ao caso futuro.

3.6 STARE DECISIS.

Não se pode desvincular a compreensão do sistema de precedentes da doutrina do *stare decisis.* Embora muitas vezes sejam tratados como se representassem a mesma coisa, tais institutos são efetivamente coisas distintas.

A doutrina, todavia, não possui uma conclusão absoluta sobre a compreensão do que representa realmente o *stare decisis:*

> *"*Há autores que estabelecem uma diferenciação entre precedentes e *stare decisis.* De acordo com eles, a doutrina do precedente está ligada à estrutura hierárquica do Judiciário, segundo o qual Cortes inferiores devem obedecer às decisões das Cortes superiores. Já o *stare decisis* seria a doutrina que obriga as Cortes a seguirem suas próprias decisões anteriores. Tal distinção, porém, está longe de ser consensual, tratando-se mais de uma visão bastante particular do fenômeno." (NETO FACCHINI; CORDEIRO, 2016, p. 83)

Na visão de Zaneti Jr.:

> "O princípio do *stare decisis* assegura um predicado – a estabilidade – para as decisões do tribunal, sendo especialmente voltado para as próprias cortes que estabelecem o precedente, forçando o cotejo racional das decisões dos casos precedentes com os casos atuais."

Por outro lado, há a compreensão de que, enquanto o sistema de precedentes originalmente tratava de uma sequência de casos que serviriam de base para o julgamento de casos posteriores, o sistema do *stare decisis* identifica elementos de *ratio decidendi* em uma única decisão que poderão servir como fundamento para um outro caso análogo futuro. (BERMAN, p.275, apud, STRECK; ABBOUD, 2015, p.45.)

No que se refere ao momento da sua origem, também se diferem tais institutos, pois, o sistema de precedentes e o *stare decisis* surgiram em momento distinto do Common Law, sendo o nascimento daqueles, posterior a este. O objetivo desses institutos jurídicos era garantir a igualdade e a segurança jurídica na aplicação do Direito ao jurisdicionado, fator que era delegado à letra da Lei na tradição do Civil Law, isso se deve, como dito anteriormente, às características adquiridas por cada sistema jurídico.

> "a elaboração de regras e princípios regulando o uso de precedentes e a determinação e aceitação da sua autoridade são relativamente recentes, para não se falar da noção de precedentes vinculantes, que é mais recente ainda. Além de o common law ter nascido séculos antes de alguém se preocupar com tais questões." (SIMPSON, apud, MARINONI, Luiz Guilherme. 2016, p.30).

Assim, pode-se obter uma compreensão mais adequada da doutrina de *stare decisis* pela análise conjunta de ambas as opiniões indicadas aqui, tendo por resultado que o *stare decisis* se constitui de um aperfeiçoamento do trabalho com o sistema de precedentes e visa realizar uma melhor distinção entre aquilo que é *ratio decidendi* e *obter dictum*, a fim de ser identificado aquilo que é vinculante e o que não é, proporcionando uma uniformidade ao sistema quanto à aplicação dos casos precedentes, tornando-se vinculante as decisões não só verticalmente para os tribunais hierarquicamente inferiores aquele que editou o precedente, mas também horizontalmente, vinculando o próprio tribunal a suas decisões.

3.7 A DIFERENCIAÇÃO ENTRE JURISPRUDÊNCIA, SÚMULA E PRECEDENTES.

Inevitavelmente, é necessário tratar da diferenciação entre Jurisprudência, Súmula e Precedentes, pois, embora considerados por muitos como se fossem a mesma coisa, cada um desses institutos é um elemento diferente que possui características próprias.

Aqui é clara a diferenciação que se construiu entre os sistemas do *common law* e do *civil law*, onde cada tradição buscou construir uma forma mais adequada de dar segurança jurídica aos seus jurisdicionados, no tocante à padronização das decisões judiciais.

Notadamente, como se verá, independente de qual método utilizado, tanto as súmulas, como a jurisprudência e os precedentes, todos visam estabelecer uma maior segurança jurídica ao ordenamento jurídico, visando evitar que as decisões judiciais sejam proferidas de forma desgovernada.

O elemento que diferenciará mais claramente cada um desses institutos é o grau de engessamento que dele emana, de modo a impedir a atuação interpretativa do magistrado. De qualquer forma, não é essa característica a única que separará os conceitos aqui delimitados.

A súmula, seja ela vinculante ou comum, é um enunciado, extraído de uma reiteração de julgamentos a respeito de determinado tema, o objetivo desse instituto é promover uma uniformização na aplicação do direito pelos juízes e tribunais de hierarquia inferior ao Tribunal que editou o texto da súmula. A principal característica das Súmulas é que reduzem, assim como a lei, a norma a um verbete, limitando a interpretação a ser empregada na aplicação (STRECK; ABBOUD, 2015, p. 68-80).

Observa-se que na súmula o grau de engessamento é alto, considerando que seu texto traz uma regra cujo objetivo de seu elaborador é a sua aplicação pelo princípio do “tudo ou nada”. Isso se deve em razão de que a súmula se faz obrigatória e vinculante não pelo respeito que se dá a ela, ou pela tradição de ser aplicada, mas por uma previsão legislativa ou constitucional que impõe a sua utilização nos casos em que ela for aplicável.

Essa percepção é clara, tendo em vista que antes da vigência do Código de Processo Civil de 2015 as súmulas dos tribunais, inclusive as pertencentes aos Tribunais Superiores não eram tidas como vinculantes, mas apenas como “persuasivas”.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil e do artigo 927 desse diploma legal, sugestionou-se a criação de um sistema de precedentes vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro, tendo por precedente vinculante a obrigatoriedade de observância do conteúdo das súmulas e outros provimentos jurisdicionais.

Tal compreensão se revela muito equivocada e decorrente de uma inexperiência naquilo que são efetivamente os precedentes judiciais.

Ressalta-se que nem mesmo as súmulas vinculantes devem ser tidas como sinônimo de precedentes judiciais obrigatórios, pois, obviamente, possuem as mesmas característica das súmulas convencionais, sendo, de certo modo, mais peculiares do que essas, considerando que são exclusivamente editadas pelo Supremo Tribunal Federal.

De todo modo, a diferenciação entre súmulas comuns e súmulas vinculantes perde o sentido desde a instituição do Novo Código de Processo Civil, tendo em vista que antes apenas essas eram obrigatórias, enquanto, após a promulgação do artigo 927 do CPC, as súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional se tornaram plenamente vinculantes para os tribunais e juízes.

A única ressalva a ser feita no caso é que as súmulas vinculantes são obrigatórias diretamente também para a Administração Pública, que deverão observar nas suas decisões os preceitos estabelecidos no texto das súmulas editadas pelo Supremo Tribunal Federal na modalidade vinculante.

Importante mencionar que o engessamento citado decorrente da utilização das súmulas e até mesmo do texto legal não representa a inexistência de atividade interpretativa, o que por óbvio, se faz impossível.

A lei e até mesmo os textos das súmulas visam estipular parâmetros bem delineados para a atuação do magistrado a fim de evitar a sua atuação arbitrária.

Certo que, inicialmente, nos primórdios do *civil law*, a lei realmente visava a anulação da atividade interpretativa do juiz, o que gerou a figura do juiz "*boche de la loi*" , entretanto, não importa o quão limitado está o juiz o quão restritos são os parâmetros para sua atuação, sempre haverá intepretação.

Diante disso, é equivocado compreender que as súmulas impedem a interpretação do juiz, tornando-o uma máquina de proferir julgados, de qualquer forma, sua atuação fica absurdamente limitada e a até mesmo prejudicada diante dos delineamentos previstos pelos textos sumulares.

Por outro lado, é vital que na própria utilização da súmula os magistrados observem a cadeia de julgados responsáveis por sua edição, pois deles nunca será desvinculada, mesmo que agora tenha vinculação editada pela lei. A correta aplicação das súmulas sempre demandará uma análise do histórico de decisões que lhe deram origem, a fim de permitir sua melhor compreensão e adequada aplicação. (STRECK; ABBOUD, 2015, p.65)

A jurisprudência, por outro lado, representa a reiteração de decisões a respeito de casos semelhantes, cuja principal finalidade é a identificação de regras que foram aplicadas em todos os julgamentos, as quais poderão ser reduzidas em verbetes sumulares, sendo assim, é pelo fato de haver reiteração de decisões sobre o mesmo fato que se replica aquele entendimento no momento de julgar um novo caso semelhante. (STRECK; ABBOUD, 2015, p.107)

Assim, a jurisprudência se torna uma máquina de produção de súmulas e ementas, que são replicadas sem a interpretação adequada e necessária a solução dos casos em julgamento.

Ao fim, há uma real padronização desenfreada dos entendimentos jurisprudenciais, não para garantir uma melhor aplicação do direito ou a segurança jurídica dos jurisdicionados, mas uma mais célere, e nem sempre eficiente, prestação jurisdicional.

Tal compreensão pode ser evidenciada pela prática comum de advogados, pareceristas, juízes, promotores e tantos outros indivíduos que se utilizam da reprodução ementas de julgados apenas para evidenciar determinada posição de um tribunal ou apenas para reforçar um argumento utilizado, contudo, sem indicar adequadamente os elementos que vinculam o caso citado na ementa com aquele que está sendo apreciado na situação.

Sendo assim, torna-se o termo jurisprudência um sinônimo para a mesma padronização efetivada pelo texto das súmulas, todavia, sem a autorização normativa que as súmulas tem, considerando que nem uma, nem a outra possuem, em si, força vinculante.

O precedente, como já visto e discutido aqui, pode ser retirado de um único julgado apenas, e isso o difere da Jurisprudência que demanda uma reiteração de julgados, além disso, o precedente, no momento de sua aplicação, requer um trabalho

hermenêutico exaustivo, fazendo “links” entre o caso passado (precedente) e o caso futuro, a fim de ser afastada a aplicação do *distinguishing* e do *overruling,* e identificada a *ratio decidendi*, o que o diferenciará da Súmula, cujo objetivo principal é limitar a atividade interpretativa do julgador.

Na aplicação dos precedentes o engessamento observado pela utilização das súmulas quase desaparece, pois, não só se permite ao jurista a realização da interpretação, como se exige dele que a faça minuciosamente.

Assim, entender esses institutos como sinônimos importa num erro imenso, que é cometido por muitos operadores do direito, os quais não se aprofundam no estudo desses instrumentos jurídicos.

4 A NECESSIDADE DO RESPEITO A UNIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

4.1 A COERÊNCIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO.

Para compreender se é possível ou não a aplicação de um sistema de precedentes no *Civil Law* ou se há uma incompatibilidade entre esse instituto e a tradição jurídica adotada no Brasil, deve-se ter em mente que o ordenamento jurídico é um ente complexo formado por inúmeras normas jurídicas.

Essa linha de pensamento tem fundamento nas lições de Norberto Bobbio, o qual concebia como objeto do estudo do direito o ordenamento jurídico e não a norma jurídica, especificamente como fazia Kelsen.

Um fator que caracteriza o pensamento de Bobbio é compreender o ordenamento jurídico como um conjunto sistemático, ou seja, o ordenamento jurídico é um ente complexo composto por normas jurídicas individualmente consideradas, que estão conectadas por uma relação-dever de compatibilidade.

> "Diz-se que um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele normas incompatíveis." (BOBBIO, Norberto,1995, p.80)

Nessa mesma visão o autor ainda destaca a compreensão acerca de sistema estático e dinâmico, conceitos trazidos primeiramente por Kelsen.

O sistema estático seria aquele em que a relação entre os elementos do sistema seria em razão de seu conteúdo, assim, tendo em vista o ordenamento jurídico, todas as normas deveriam ter entre si uma relação de coerência quanto ao seu conteúdo, devendo cada um trazer dentro de si, pressupostos normativos que não ferissem aquilo previsto por uma outra norma do mesmo sistema.

Por outro lado, sistema dinâmico seria aquele cujas normas componentes do conjunto teriam entre si apenas uma relação formal, no que se refere à autoridade responsável por editá-las.

> "Sistema estático é aquele no qual as normas estão relacionadas umas às outras como as proposições de um sistema dedutivo, ou seja, pelo fato de que derivam uma das outras partindo de uma ou mais normas originárias de caráter geral, que têm a mesma função dos postulados ou axiomas num sistema científico.
>
> [...]
>
> Sistema dinâmico, por outro lado, é aquele no qual as normas que o compõem derivam umas das outras através de sucessivas delegações de poder, isto é, não através de seu conteúdo, mas através da autoridade que

> as colocou; uma autoridade inferior deriva de um autoridade superior, até que chega à autoridade suprema que não tem nenhuma outra acima de si." (BOBBIO, 1995, 71-72)

Assim, pode-se compreender que mesmo Kelsen já tratava da noção de ordenamento jurídico como sistema, de qualquer forma, não defendia o autor a necessidade de coerência quanto ao conteúdo, por entender que o ordenamento jurídico na verdade se tratava de um sistema dinâmico, ou seja, as normas seriam válidas e pertencentes ao ordenamento jurídico desde que guardassem entre si identidade quanto à autoridade responsável pela sua edição, considerando que, na verdade, apenas os ordenamentos morais seriam sistemas estáticos e assim relacionados quanto ao seu conteúdo. (BOBBIO, 1995, p.73)

Para Bobbio, contudo, a condição de sistema do ordenamento jurídico se dá em razão da impossibilidade coexistência de normas conflitantes. Na visão do autor, a coerência necessária não se dá apenas quanto ao ordenamento jurídico num todo, mas pode ocorrer entre duas partes desse ordenamento. Situação que se aproxima muito da compreensão de sistema estático previsto por Kelsen. (BOBBIO, 1995, p. 80)

Nesse sentido, Bobbio diverge da posição de Kelsen, tratando que nem toda norma editada pela autoridade cumpre com o requisito de validade, pertencendo ao Ordenamento Jurídico, mas pelo princípio que ele denomina, princípio da compatibilidade, essa mesma norma deverá ser confrontada com as demais, a fim de se verificar se existe dentro daquele sistema alguma norma que com ela seja incompatível, e sendo identificado o conflito, uma das duas deverá ser expulsa daquele conjunto, em prol da ordem do sistema.

> "Se se admitir o princípio de compatibilidade, para se considerar o enquadramento de uma norma no sistema não bastará mostrar a sua derivação de uma das fontes autorizadas, mas será necessário também mostrar que ela não é incompatível com outras normas. Nesse sentido, nem todas as normas produzidas pelas fontes autorizadas seriam normas válidas, mas somente aquelas compatíveis com as outras." (BOBBIO, 1995, p.81)

Numa outra posição, Maria Helena Diniz (2001, p.8) defende um conceito básico de sistema, entendendo como "uma reunião de coisas ou conjunto de elementos", todavia, para a autora, o direito em si não pode ser compreendido como um sistema, mas como um objeto passível de estudo de modo sistemático.

Na visão de DINIZ (2001, p.6), a necessidade de positivação pós revolução francesa gerou a problematização do direito como sistema e quanto à necessidade de coerência do ordenamento jurídico.

Ressalta-se que, embora a positivação que marcou o período pós revolução francesa seja o marco para a problematização desses conceitos, isso não significa que eles já não existiam. A positivação apenas tornou o problema das antinomias muito mais claro.

O problema das antinomias conduz a uma incerteza do certo e errado, na visão do direito, impede que o indivíduo decida corretamente que atitude tomar. Esta concepção não surgiu apenas em razão da prática do positivismo, mas deriva da própria existência do direito que se propõe a regular a vida das pessoas, como pode ele assumir a responsabilidade de regular quando na verdade prevê disposições contraditórias que na realidade mais desregulam o cotidiano do que ordenam.

Após essa compreensão de que o Ordenamento Jurídico se sustenta na forma de um sistema, percebeu-se não ser admissível a existência de antinomias, em outras palavras, normas distintas que veiculam mandamentos incompatíveis entre si.

> "Se num ordenamento vêm a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas. Se isso é verdade, quer dizer que as normas de um ordenamento têm um certo relacionamento entre si, e esse relacionamento é o relacionamento de compatibilidade, que implica a exclusão da incompatibilidade" (BOBBIO,1995, p.80)

Desse modo, não pode o ordenamento jurídico, permitir a coexistência de normas incompatíveis entre si, sob pena de haver uma incoerência interna dentro do próprio sistema.

Quando Bobbio disserta acerca da constatação da existência de antinomias, primeiramente define que as normas se dividem em 4 modalidades, aquelas que emanam uma obrigação, uma proibição, uma permissão negativa ou uma permissão positiva.

Da relação entre essas normas haverá antinomia ou não. Na visão de Bobbio ocorre antinomias quando há conflito entre normas que proíbem e obrigam, ou que obrigam e permitem não fazer, ou que proíbem e permitem fazer. Assim, não há solução nos casos em que há uma norma obrigando determinada conduta e outra que proíbe a mesma conduta, assim como não se pode obrigar a realização de algo que se permite

não fazer por outra norma, nem se pode proibir a prática de uma atividade quando ela é permitida de ser realizada por outra ordem. (BOBBIO, 1995, 81-85)

O grande problema da antinomia é exatamente que ela impede ao jurisdicionado uma certeza de qual conduta deverá ele seguir, pois, evidentemente se obedecer a uma estará violando o preceito previsto na outra, conduzindo sempre a um ato antijurídico, num ciclo sem fim e sem solução certa.

Assim, se o ordenamento jurídico admitir existência de antinomias sem se preocupar com a sua expulsão, ele estará submetido a uma eterna incoerência interna, desvirtuando a sua existência como uma sistema organizado e unívoco.

Percebe-se dessa forma que desde Bobbio já existia a preocupação quanto à coerência e unicidade do ordenamento jurídico, contudo, considerando ser um doutrinador da tradição do *Civil Law*, este priorizava normas como aquelas veiculadas pela lei e não vislumbrava a importância da unicidade das decisões judiciais e sua repercussão como precedentes judiciais.

No entanto, entender as normas individuais e concretas como parte desse ordenamento jurídico é relevante quando se apreende que essas normas são resultados da interpretação que se faz do direito.

Interpretação é sempre a técnica de aplicar sentido a um suporte fático o qual porta uma essência. Conseguir alcançar a verdadeira essência daquele suporte fático nem sempre significa obter a mesma resposta, a interpretação pode conduzir a resultados variados a depender do intérprete e das condições a que ele se submete, de modo que um mesmo indivíduo pode atingir resultados diferentes em situações idênticas, desde que haja variação em algum dos elementos a que ele se submeteu.

Aqui as decisões judiciais devem ser compreendidas como resultado de uma interpretação feita da norma que emana do Ordenamento Jurídico, e como já esclarecido, não é razoável e lógico que uma interpretação varie sem a razão adequada, pois, da mesma forma, como casos com elementos semelhantes podem ter um resultado diferente sem uma explicação fundamentada?

Mais importante ainda é entender que no direito nem todos os elementos conduzem à variação do resultado, qualquer mudança para ser admitida deve estar adequadamente prevista em uma norma.

Nesses casos, muitas vezes, a lei em si é insuficiente para sanar todas as dúvidas e positivar todas as exceções possíveis, cabendo ao magistrado realizá-la no caso concreto. Diante de situações difíceis, muitos doutrinadores depositam na discricionariedade a solução para essas lacunas, inclusive, Bobbio.

Bobbio, quando disserta sobre as antinomias reais, as quais seriam conflitos de normas cuja opção por uma delas acarretaria imediata violação da outra, esclarece que nessas situações caberá ao magistrado decidir de forma discricionária, inovando no direito. (BOBBIO, 1995, p. 100)

Há, no entanto, doutrinadores que rechaçam qualquer possibilidade de discricionariedade dentro do Direito, como Dworkin, o qual será estudado mais a frente.

Outro aspecto relevante a ser abordado é a conclusão de que Ordenamento Jurídico não é exclusivamente composto por normas gerais e abstratas, estas produzidas pelo legislador, mas, também, compreende as normas individuais e concretas produzidas pelos magistrados.

Bobbio entendia que o dever de compatibilidade do ordenamento jurídico se aplica a dois indivíduos, o produtor da norma, que é o legislador e ao aplicador, considerado como o magistrado. Contudo, tal aplicação se dá de forma e em momentos distintos, ao primeiro havia a imposição de não criar antinomias e ao segundo, o dever de retirá-las do ordenamento quando se deparasse com elas. Assim para o magistrado há uma responsabilidade de atuar apenas repressivamente diante das antinomias, quando elas já se encontrem inseridas no ordenamento. (BOBBIO, 1995, p.110-111)

Aqui é necessário frisar que já foi superada a compreensão do juiz *boche de la loi*, de modo que o juiz deixa de ser apenas um aplicador da norma, para ser um produtor de normas individuais e concretas.

Por tal motivo, esse dever de não produzir antinomias e de compatibilidade entre normas se estende também aos magistrados, não sendo exclusivamente aplicado ao legislador no momento de produzir normas gerais e abstratas, mas também aos juízes quando produzem normas individuais e concretas.

Pois, um Ordenamento Jurídico deve ser coerente de modo que as normas sejam compreendidas pelo jurisdicionado e que este não se veja confundido com decisões contraditórias sobre casos semelhantes.

O Ordenamento Jurídico deve emanar segurança àqueles que estão submetidos a ele, de modo que saibam de antemão as consequências pelos seus atos, sejam positivos ou negativos, em conformidade ou discordância com o direito.

4.2 O DIREITO COMO INTEGRIDADE NA VISÃO DE RONALD DWORKIN.

A compreensão de direito como integridade é essencial, pois, Dworkin, mais do que Bobbio apreendeu a necessidade de observância da coerência do sistema jurídico para sua própria sustentação.

Bobbio como um jurista oriundo de um país do Civil Law enxergava a necessidade de coerência apenas como uma preocupação no que se refere às leis, as quais deveriam, em tese, estar completas e íntegras o suficiente para reger todas as condições e situações da vida humana, o que obviamente compreende uma utopia, mas que deve ser perseguida em prol da segurança jurídica e da manutenção da ordem no conjunto normativo de um país.

Assim, como já esclarecido, por estar inserido em uma tradição de Civil Law, Bobbio enxergava nos magistrados apenas um indivíduo responsável pela interpretação da lei criada pelo parlamento, devendo assim, ser responsável simplesmente pela repressão das tidas antinomias, quando identificadas a sua presença.

Certo que, Bobbio revela uma opinião mais afastada daquela defendida pelos revolucionários franceses, que repudiavam qualquer tipo de atitude interpretativa do magistrado, pois confia na discricionariedade dos juízes para solucionar as conhecidas antinomias reais, como já exposto acima.

Dworkin, numa outra compreensão repudia a atuação discricionária dos juízes, buscando estabelecer em sua teoria do direito uma solução mínima que evite a prática da discricionariedade. Na visão do autor, todos os casos podem ser solucionados juridicamente, pois, o próprio direito providencia a sua completude:

> Dworkin não concorda com essa tese de incompletude do direito. Ele sustenta que o direito vai muito além das regras jurídicas postas (settled rules) de Hart,

> não sendo possível utilizar padrões “extrajurídicos” para decidir os casos difíceis. Para Dworkin, o fato de não haver uma lei ou um precedente aplicáveis ao caso concreto não significa que o direito não fornece nenhuma resposta; significa, apenas, que o juiz terá de buscar padrões de direito que estão além das regras jurídicas postas.” (ABREU, 2014, p.53)

Dworkin tece intensas críticas ao pensamento positivista, em especial às manifestações de Herbert Hart, este defensor da atuação discricionária do magistrado nos tidos casos difíceis, onde as regras positivadas são insuficientes para promover a solução dos casos em julgamento.

> “Se Herbert estivesse nessa posição, teria bons motivos para acatar os juízos do homem comum. Hebert pensa que, quando as regras positivas do direito são vagas ou indeterminadas, os litigantes não têm direito institucional algum, de modo que qualquer decisão que ele possa vir a tomar será sempre um novo elemento na legislação. Uma vez que nada do que ele decida irá privar as partes daquilo a que elas têm direito como resultado das decisões dele, é no mínimo plausível o argumento de que ao legislar, ele deve ver a si próprio como agente da maioria. Hércules, porém, não pode ver as coisas da mesma maneira. Ele sabe que a questão que ele deve decidir é a questão dos direitos institucionais das partes. Sabe também que, se decidir erradamente, como faria se seguisse os pontos de vista do homem comum, estará privando as partes daquilo que é seu direito. [...] Hércules, uma vez que pensa que as partes têm direitos tanto nos casos difíceis quanto nos fáceis, também não se submeteria à opinião popular nos casos difíceis.” (DWORKIN, 2002, p. 202)

A crítica de Dworkin se fundamenta exatamente nessa concepção positivista de enxergar na discricionariedade a saída para os casos insolvíveis pelas regras positivadas. Diante dessa situação, Dworkin desenvolve a teoria da integridade aplicada ao direito.

Na visão do autor, a integridade se insere como uma quarta virtude a ser perseguida em um Estado Democrático de Direito, a fim de legitimar as decisões por ele emitidas.

Ao lado da integridade, existiriam a equidade, a justiça e o devido processo legal adjetivo, cada qual com sua devida importância para garantir a legitimação dos atos estatais. A equidade representa efetivamente uma adequada distribuição do poder, permitindo que os cidadãos possam influenciar no resultado das decisões na mesma medida que aqueles que detêm a condição de autoridade; A justiça, noutro sentido, se preocupa com “uma justa distribuição de recursos e oportunidades”; E, por fim, o devido processo legal adjetivo representa a garantia de serem observados procedimentos necessários e efetivos a garantir adequada investigação quanto a prática de ilícitos. Dworkin ainda disserta sobre a importância de que tais procedimentos proporcionem um “justo grau de exatidão”. (2014, p.200- 2001)

No entanto, em alguns casos as respostas obtidas pela análise do direito se apresentam como incompletas sem se considerar a virtude da integridade, como na situação descrita a seguir:

> "Essa descrição das virtudes políticas fundamentais de uma comunidade democrática é, contudo, incompleta. Isso fica bem claro nos casos em que uma decisão, mesmo respeitando a justiça e a equidade, parece infringir algum outro preceito moral. Imaginem-se dois processos criminais. Em um deles, um cidadão acusado de sonegação fiscal, teve reconhecida a extinção da punibilidade, tal como determina o artigo 34 da lei nº 9.249/95, uma vez que quitou o débito com o Estado antes do recebimento da denúncia. No segundo caso, um cidadão foi acusado do furto de livros raros. Mesmo tendo devolvido a *res furtiva* ao dono antes do recebimento da denúncia, o agente foi condenado, obtendo apenas a redução do um terço da pena, tal como estabelece o artigo 16 do Código Penal.[1]
>
> Pergunta-se: o art. 34, da Lei n 9.249/95 fere alguma das virtudes políticas mencionadas? A equidade não fornece nenhum argumento nesse sentido, pois a regra foi promulgada em conformidade com os procedimentos legislativos, tendo grande aceitação perante a opinião pública. De outro lado, também pode se considerar o dispositivo adequado à justiça. De fato, parece justo, e uma série de argumentos poderiam ser apontados nesse aspecto, absolver aquele que buscou, com sucesso, remediar o próprio erro. Mesmo assim, ao tomar conhecimento do segundo caso – no qual o agente também buscou reparar seu erro, mas não foi absolvido – tem-se a sensação de que algum importante ideal político foi desrespeitado." (DE CARVALHO, 2006, p.41)

No exemplo acima o autor opta por considerar ambos os casos indicados análogos o suficiente para justificar uma aplicação igualitária da norma. Na situação descrita, mais especificamente, o autor busca apontar uma violação à virtude da integridade praticada pelo Legislativo, na medida em que trata casos semelhantes – reparação do dano causado em razão de ato ilícito antes do recebimento da denúncia – de forma diversa, permitindo em um caso a extinção da punibilidade e no outro não. (DE CARVALHO, 2006, p. 42)

A integridade considerada uma virtude aplicada ao direito, deve reger não só a produção de normas gerais e abstratas, mas também aquelas tidas por individuais e concretas, as quais são produzidas pelos magistrados na resolução das demandas que lhe são confiadas.

Há uma equivocada compreensão de que as normas individuais e concretas são independentes entre si e apenas tem reflexos na relação jurídica entre as partes que

---

[1] O exemplo apresentado pelo autor é baseado nos acórdãos do TJ-RS, citados por Lênio Streck (2001, p.59 e 273-274 apud DE CARVALHO, 2006, p.54)

figuram em determinado litígio. Logo, tal percepção do direito conduz à conclusão de que as decisões sempre terão resultados completamente diversos.

Ocorre que, o provimento jurisdicional decorre da aplicação de sentido sobre a norma positivada que existe no Ordenamento Jurídico, norma essa que emite uma ordem, a qual vincula a todos os sujeitos de direito submetidos àquele sistema, sendo que, tal ordem deverá ser unívoca, emitindo apenas um sentido, permitindo ao jurisdicionado saber perfeitamente qual o modelo de conduta deverá seguir.

Assim, não se trata de igualar casos ou decisões, mas, obter a compreensão de que o sentido emanado por uma norma não é diverso para cada indivíduo, não poderá ser permissiva para uns e vedada para outros, quando esses se encontrarem em situações de paridade. Tal condição, entretanto, não se define por uma perfeita subsunção de um caso ao outro, mas representa a semelhança de determinados elementos que sejam considerados juridicamente relevantes.

Se utilizando do exemplo citado acima, nota-se que o agente praticante de ato ilícito penal de fins tributários comete conduta diversa daquela resultante da prática de ilícitos penais de natureza econômica, de qualquer forma, ambos se “arrependem” por meio da reparação do dano previamente ao recebimento da denúncia, questão que em si é comum em ambos os casos, embora estes sejam por inúmeras razões diversos entre si.

Contudo, por qual razão se justifica o tratamento diferenciado entre os casos, tendo em vista a realização da mesma conduta “reparação do dano antes do recebimento da denúncia” em ambos? A resposta está, simplesmente ligada à opção legislativa. Naturalmente o legislador tem liberdade para legislar de forma relativamente absoluta, somente submetido aos limites constitucionais.

Daí, passa-se a questionar. Mas se a integridade é apenas uma virtude do direito, não seria necessária a sua positivação, para sua adequada observação?

Um dos problemas da tradição do *Civil Law*, e, também, uma de suas características principais é a excessiva necessidade de positivação *“ipsis litteris”* de toda e qualquer norma, conduzindo a uma relaxada observação do direito, pois, se a norma não está claramente positivada nos exatos termos que se deseja observar, os aplicadores acabam por ignorar a existência de determinado comando normativo implícito ou

mesmo estender os poderes da norma além daquilo que ela visa regular, tal característica se reveste daquilo que é mais conhecido por discricionariedade.

Anteriormente já foi explicitado que a vinculação dos precedentes não está positivada nos códigos, decorrendo da mera tradição. Isso ocorre também com a integridade do direito, por ser uma virtude, não decorre de uma positivação legal para que seja considerada.

De qualquer forma, a norma positivada muitas vezes traz indícios da necessidade de observância da integridade. Isso pode ser identificado, por exemplo, no artigo 926 do Código de Processo Civil, o qual impõe aos tribunais a obrigação de manter sua jurisprudência de forma uniforme e íntegra.

Nota-se no artigo supracitado um desejo do legislador que o tribunal mantenha certa integridade em seus julgados. Aqui, claramente, é possível observar a vontade de que as decisões mantenham coerência entre si. Esta coerência deve ser compreendida exatamente como uma obrigação de que os casos dotados de certa semelhança sejam julgados da mesma maneira.

Dworkin trata em sua obra sobre a integridade em contraste com as leis denominadas por ele como conciliatórias, as quais representariam disposições com critérios para diferenciação dos casos baseados em mera arbitrariedade, sem um fundamento de princípio para tanto, representando exatamente o oposto dos objetivos visados por meio da integridade. (2014, p. 216)

Para o autor, nos Estados Unidos isso se reflete na própria constituição (1787), através do disposto na décima quarta emenda:

> “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência, Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, **ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.” (grifo nosso)**

Dworkin entende que a necessidade de igual proteção das leis positivada no texto constitucional estadunidense reflete perfeitamente a presença da integridade como uma virtude inerente ao direito, para ele essa igualdade também costumeiramente conhecida como igualdade formal, embora seja considerada dispensável por muitos,

se faz necessária e vital à manutenção da ordem jurídica, mais ainda, através da aplicação da integridade. (2014, p.225)

De qualquer forma, o autor não ignora que a perfeita coerência e unicidade do ordenamento não se reflete como uma realidade, mas, pelo contrário, é evidenciada como um ideal a ser perseguido e buscado por todos, tantos os legisladores quando produzem as normas gerais e abstratas, como os juízes que se encarregam de realizar os julgamentos dos casos concretos com base nas disposições legais:

> "Sabemos que nossa própria estrutura jurídica constantemente viola a integridade dessa maneira menos dramática. Não podemos reunir todas as regras da legislação e do direito consuetudinários que nossos juízes aplicam sob um sistema de princípios único e coerente. Não obstante, aceitamos a integridade como um ideal político. Faz parte de nossa moral política coletiva que tais soluções conciliatórias sejam equívocos, e que a comunidade como um todo, e não apenas as autoridades individualmente consideradas, deva atuar de acordo com princípios.
> Nos Estados Unidos, esse ideal é até certo ponto uma questão de direito constitucional, pois se considera que a cláusula de igual proteção da Décima Quarta Emenda veda conciliações internas sobre questões de princípios importantes." (DWORKIN, 2014, p.224)

Nessa mesma compreensão, pode-se perceber no texto constitucional brasileiro previsões que indicam a influência da integridade no direito nacional como, por exemplo, o artigo 5º, "caput" quando trata do direito à igualdade e à segurança.

A igualdade e a segurança como direitos fundamentais são multifacetados, implicando na constituição de diversas prerrogativas e obrigações, sua incidência é demasiadamente abrangente refletindo na maior parte das relações jurídicas.

Leonardo Martins trata do direito de igualdade dissertando que cada poder poderá infringir esse direito de forma diversa, mais especificamente, quando trata sobre a violação perpetuada pelo Judiciário disserta da seguinte maneira:

> "Quando o órgão do Poder Judiciário de primeira ou segunda instância julga desigualmente aqueles que pela lei são iguais, tratando também desigualmente os "iguais perante a lei" ou vice-versa, comete um erro de aplicação do direito, que deverá ser corrigido pela instância imediatamente superior. Somente quando o "erro" for cometido pelos tribunais superiores, sobretudo pelo STF, ou quando contra decisão não couberem mais recursos a serem interpostos junto a tais tribunais, estar-se-á diante de uma inconstitucionalidade provocada pelo Judiciário." (MARTINS, In: CANOTILHO, 2013, p.229)

Além disso, o autor ainda disserta que além do exemplo apresentado acima, também considera uma segunda hipótese de violação do direito à igualdade efetivado pelo

Judiciário, a interpretação dos tidos conceitos jurídicos indeterminados, considerando que tais elementos permitem uma ampliação da atividade jurisdicional que muitas vezes conduz à discricionariedade. Por fim, MARTINS ainda deposita na ausência de um sistema de precedentes vinculantes a responsabilidade pela existência do segundo tipo de violação citado, pois, na concepção do professor Leonardo, o sistema jurídica brasileiro não contempla a adoção dos precedentes judiciais. (MARTINS, In: CANOTILHO, 2013, p.229).

Nesse aspecto, se faz necessário discordar de MARTINS apenas quando trata da inexistência de um sistema de precedentes judiciais no Ordenamento Jurídico brasileiro, pois, como já discutido, a vinculação e existência dos precedentes não demanda positivação legal, mas se sustenta pela tradição jurídica e pela imediata compreensão de que os cidadãos devem ser tratados igualmente também na resolução das demandas judiciais e nos métodos de aplicação da lei.

Naturalmente a obtenção da compreensão exposta acima é fundamentada principalmente no direito à igualdade, o qual permite perceber no direito a necessidade de tratamento dos iguais com igualdade e desiguais com desigualdade, assim também se aplicando no ato de julgamento dos casos concretos, casos iguais, demandam respostas iguais e casos diferentes observarão comandos diferentes.

Assim, claramente o direito à igualdade, positivado na Constituição Federal revela condutas que devem ser norteadas pela integridade tratada por Dworkin.

Num outro sentido, porém, ainda se tratando de direitos que indiciam a existência da integridade no sistema jurídico brasileiro, se trata do direito à segurança.

O direito à segurança, embora, na maioria das vezes enxergado apenas como redução dos riscos, no sentido de segurança pública e tranquilidade, ainda se parte em mais duas compreensões principais, ou seja, direito à segurança como estabilidade e como previsibilidade. O primeiro, se refere à compreensão de não alteração de uma situação jurídica já consolidada, se perpetuando e estando caracterizado no artigo 5º, XXXVI da Constituição. Por outro lado, o segundo se vincula ao discernimento de que o indivíduo submetido à atuação estatal tem direito à previsibilidade nas decisões e práticas do Estado, estando positivado através de diversos dispositivos como o princípio da legalidade, do juiz natural, entre outros. (DE SOUZA NETO, In: CANOTILHO, 2013, p.231)

Daí é possível observar que tal direito muito se assemelha a uma das propostas da integridade ditada por Dworkin, ou seja, a de permitir uma previsibilidade das condutas do Estado, seja na atuação administrativa, legislativa ou jurisdicional.

Claramente, a integridade não está explicitamente positivada, nem pode ser alcançada meramente por uma intepretação literal dos dispositivos constitucionais. De todo modo, isso não impede que seja identificada dentro de outros institutos jurídicos por meio de uma interpretação sistêmica.

O próprio constituinte se preocupou em dizer por meio do artigo 5º, § 2º da Constituição que nem todos os dispositivos referentes a direitos e garantias fundamentais se encontravam expostos explicitamente na Carta Magna, podendo assim serem extraídos de outros institutos, até mesmo identificados de forma implícita: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."

O exemplo mais comum de princípio constitucional implícito, se trata da garantia do duplo grau de jurisdição:

> "Considerando que o princípio não precisa estar expressamente previsto para que esteja embutido no sistema normativo, pode-se concluir que a Constituição Federal, ao disciplinar o Poder Judiciário com uma organização hierarquizada, prevendo a existência de vários tribunais, tem nela inserido o princípio do duplo grau de jurisdição." (DIDIER JR; DA CUNHA, 2016, p.90)

Diante disso, pode-se perceber que a integridade do direito além de ser algo que deve ser inerente à prática jurídica, também foi contemplada pelo texto constitucional, sendo assim, não há justificativas para a não aplicação de tal virtude no ato da criação e aplicação do direito.

Identificada a existência da integridade e mesmo sua influência na prática legislativa, Dworkin, ainda, influenciado pela tradição jurídica do *Common Law* possuía uma compreensão mais abrangente sobre o tema, entendendo que sua aplicação e observância também deveria ocorrer no ato da prática jurisdicional, na decisão dos casos concretos.

Para tanto disserta sobre a teoria do romance em cadeia, por meio do qual entendia que a aplicação do direito deveria ser respaldada por uma análise complexa do

sistema, em que cada julgador se preocupasse em identificar os pontos relevantes em comum já tratados anteriormente pelos julgadores anteriores à ele.

Nesse sentido, o autor assemelha os juízes à romancistas, cada qual é responsável por escrever uma parte de um determinado romance, contudo, cada pedaço não pode estar desconectado do outro, devendo possuir ligações que permitam a coerência de toda a história. Assim, cada escritor/juiz deverá escrever/julgar observando os dados trazidos anteriormente pelos demais julgadores, evitando que a história se submeta a uma reviravolta descabida e sem justificativa adequada:

> "Os juízes, porém, são igualmente autores e críticos. Um juiz que decide o caso McLoughlin ou Brown introduz acréscimo na tradição que interpreta; os futuros juízes deparam com uma nova tradição que inclui o que foi feito por aquele.
>
> [...]
>
> Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade." (DWORKIN, 2014, p.275-276)

Tal método de aplicação do direito, na visão do autor demanda severo compromisso com a continuidade do romance, devendo cada julgador tratar com responsabilidade a sua função, se atendo ao dever de analisar as decisões pretéritas a fim de permitir a formação unificada de uma mesma história, com a menor probabilidade de lacunas e incoerências, pois, como já discutido aqui, Dworkin não descarta a possibilidade de ocorrência de equívocos e a criação de incoerências no sistema, sendo, contudo, a integridade um objetivo ideal a ser seguido por todos aqueles que se submetem ao ordenamento jurídico. (DWORKIN, 2014, p.276).

Assim, pode-se perceber que a compreensão do direito como integridade demanda intenso trabalho hermenêutico e, naturalmente, um total comprometimento dos operadores do direito com a história institucional referente ao ordenamento jurídico ao qual o indivíduo está vinculado, se preocupando não apenas em analisar um determinado caso concreto, mas observando a necessidade de que o ordenamento jurídico mantenha uma coerência interna, permitindo que os jurisdicionados possuam segurança jurídica e igualdade na atuação estatal.

5 O PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E O IMPACTO DA COMPREENSÃO DA VINCULAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAS NO SEU COMBATE.

A discussão sobre a discricionariedade judicial, se mostra relevante diante das posições doutrinárias apresentadas anteriormente, com ênfase nos ideais de Dworkin, que nega absolutamente qualquer possibilidade de coexistência da atuação discricionária com o direito.

Dworkin foi um grande crítico de alguns doutrinadores, protagonizando grandes debates principalmente com Herbert Hart, que representava um grupo, o qual admitia a solução das demandas judiciais por meio da discricionariedade nos tidos casos difíceis, onde o direito por si só era, supostamente, insuficiente para satisfazer o caso concreto, restando ao intérprete se valer de valores extrajurídicos para proporcionar a prestação jurisdicional ao cidadão.

Ronald Dworkin (2002, p. 202), por outro lado, repudiava a referida tese, defendendo a existência de que sempre há uma, e apenas uma, reposta correta para cada caso, não havendo possibilidade de opção pela discricionariedade, sob pena de se decidir com base em elementos não-jurídicos, desvirtuando exatamente a noção de que a jurisdição deve ser obtida por meio de soluções jurídicas, afastando a utilização de argumentos de política.

Dworkin apresenta três tipos de sentido de discricionariedade, classificando dois deles como fracos e um terceiro como forte.

Quando trata da discricionariedade no primeiro sentido fraco, Dworkin classifica assim a tomada de decisão que possui ampla margem de escolha, mas está previamente vinculada por uma ordem prévia. Em outras palavras, o intérprete é levado a uma decisão que pode ser tomada dentro de parâmetros precocemente previstos. (2002, p.51)

Com relação ao segundo sentido fraco de discricionariedade, Dworkin (2002, p.51) o compreende como uma atuação que não está sujeita a uma revisão posterior ou a uma opinião hierarquicamente superior: “Às vezes usamos a expressão em um segundo sentido fraco, apenas para dizer que algum funcionário público tem a

autoridade para tomar uma decisão em última instância e que esta não pode ser revista e cancelada por nenhum outro funcionário.”

Por fim, no que se refere ao sentido forte da discricionariedade, na visão de Ronald Dworkin, o autor a compreende como a tomada de decisões sem a utilização de qualquer parâmetro prévio fixado por uma autoridade. Ou seja, completa inexistência de limites ou elementos de controle. Frisa ainda que o resultado dessa conduta é a produção de decisões que podem até ser criticadas, mas não podem ser julgadas desobedientes (2002, p.52-54), por consequência, constituindo-se em uma decisão incontrolável. (DWORKIN, 2002, apud, ABBOUD, 2014, p.327)

Uma visão mais clara quanto ao conceito de discricionariedade pode ser identificada na fala de Lênio Streck:

> “Lênio Streck faz o diagnóstico mais preciso sobre a ausência de teoria para decisão judicial, mais especificamente, é ele quem identifica os principais elementos que permitem o julgamento discricionário. Ele precisou que a ausência de segurança e parâmetros qualitativos para a decisão judicial dá-se porque **no imaginário dos julgadores haveria uma possibilidade de escolha na aplicação da legislação vigente. Também seria permitido ao julgador utilizar-se de elementos não jurídicos para decidira a causa**, ou seja, pautar a decisão na consciência do próprio intérprete, nem que ele tenha que criar um princípio jurídico para tanto.” **(grifo nosso).** (STRECK, apud, ABBOUD, 2014, p.326)

Streck ainda trata do tema quando disserta sobre a obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais, juntamente com Mendes:

> “A necessidade de fundamentação decorre do problema central da teoria do direito: a constatada impossibilidade de a lei prever todas as hipóteses de aplicação. De uma lei geral e necessário retirar/construir uma decisão particular (uma norma individual). **E esse procedimento deve ser controlado, para preservar a democracia, evitando-se, assim, que os juízes e tribunais decidam de forma aleatória. A tese da discricionariedade judicial é um reflexo da constatada impossibilidade de a lei prever todas as possibilidade de sua aplicação** [...]” **(grifo nosso)** (MENDES, STRECK In: CANOTILHO, 2013)

Das contribuições citadas acima, pode-se retirar que a discricionariedade judicial se constitui como a prolação de decisões que extrapolam os limites impostos pelo ordenamento jurídico, ou seja, é a utilização de fundamentos extrajurídicos como base para a realização da prestação jurisdicional, mas também pode ser entendida como a inobservância da integridade e da coerência do ordenamento jurídico, resultando em decisões de caráter aleatório, em que se dão soluções jurídicas diversas para problemas jurídicos iguais.

Notadamente, o juiz está limitado pelas barreiras do ordenamento jurídico devendo a ele respeito e sempre vinculado a missão de manter a sua coerência e integridade. A partir do momento em que ele se vale de elementos que não estão compreendidos pelo direito a fim de justificar a sua atuação, sejam eles políticos, morais ou qualquer outro que não tenham a legitimidade da norma produzida pela autoridade competente, este, atua de forma discricionária, desvirtuando o direito em sua completude, numa violação em massa de inúmeros direitos fundamentais do cidadão.

Também se mostra irregular quando o magistrado deixa de apreciar todos os elementos que tem o condão de influenciar no resultado daquela julgamento. Assim, se o intérprete deixa de aplicar uma determinada norma, sem justificar adequadamente a sua não aplicação ao caso concreto, atua de forma discricionária com base em suas convicções pessoais.

Aqui, é essencial enfatizar que como já discutido acima o direito é regido pelos princípios da integridade e da coerência de modo que todo o ordenamento deve se manter em harmonia, sendo que, em cada caso concreto analisado pelo judiciário deverão ser considerados todos os elementos que o compõem, a fim de que não seja violada tal coerência.

É exatamente nesse ponto em que os precedentes judiciais se revelam importantes no controle da discricionariedade, pois, a partir do momento em que se reconhece a sua vinculação, passam a ser considerados elementos imprescindíveis de análise para a prestação jurisdicional. Assim, todo caso concreto a ser julgado também deverá manter coerência com os casos passados.

> "No paradigma *Dworkiano*, é impensável a solução de uma questão jurídica recorrendo-se tão somente e exclusivamente a uma única fonte jurídica. O julgador deve obrigatoriamente examinar de que forma a Constituição, lei, precedentes e súmulas regulamentam direta ou indiretamente o caso concreto." (ABBOUD, 2014, p.463)

Claramente, a utilização dos precedentes não é por si só a solução para a extinção por completo da discricionariedade judicial, isso só é possível através de uma atuação responsável dos magistrados, se utilizando de uma adequada teoria da decisão.

Contudo, a obediência aos princípios da integridade e da coerência, por meio de uma análise completa do ordenamento, aqui compreendida não só a constituição e a lei, mas também os precedentes, pode proporcionar uma maior segurança jurídica ao cidadão e um maior controle aos atos discricionários.

Os precedentes não tem uma atuação desvinculada das normas produzidas pelo legislativo, e se assim fosse, acabaria por violar o princípio da legalidade.

A norma positivada, aqui compreendida como a constituição e as demais normas infraconstitucionais, possuem um texto, o qual, muitas vezes se manifesta de forma aberta, conduzindo a interpretações variadas, resultando numa aplicação desenfreada de soluções jurídicas diversas, sem uma pacificação do sentido contido naquela norma.

Tal condição resulta em insegurança jurídica e numa aplicação desigual do direito. Essa atuação, se revela discricionária na medida que os juízes ignoram a necessidade de coerência e integridade do ordenamento jurídico, proferindo decisões que não guardam relação com as interpretações feitas da mesma norma anteriormente em casos concretos que guardam entre si similaridades.

Compreender que os precedentes judiciais são vinculantes, conduz o julgador a ter que encarar todas as interpretações realizadas em decisões anteriores que possuam relação com o caso concreto em análise, justificando se a mesma interpretação é aplicável ao caso atual ou se há nele algum elemento que embase uma superação daquele precedente.

Assim, a possibilidade de atuação discricionária do juiz é mais limitada, reduzindo a viabilidade de que sejam proferidas duas ou mais decisões sobre a mesma norma aplicada a casos concretos que possuem elementos semelhantes com interpretações diversas. Garantindo ao jurisdicionado segurança jurídica e igualdade na medida que verá soluções jurídicas iguais para problema jurídicos iguais.

De qualquer forma, há ainda a preocupação quanta a identificação de qual resposta é a correta. Ou seja, se há apenas uma resposta correta, como se faz possível a sua constatação?

Dworkin, se afasta exatamente da compreensão de que há a possibilidade de mais de uma maneira de se solucionar o caso, entendendo que sempre haverá uma melhor interpretação. (DWORKIN, apud, ABBOUD,2014, p.464-466)

Tal resposta se faz identificável através da análise completa do ordenamento jurídico cabendo ao julgador percebê-la se utilizando de um estudo aprofundado de todo o arcabouço jurídico relacionado com aquele caso concreto:

> “A tese da resposta correta impõe inexoravelmente um resgate da análise teórica no direito. Não é possível alcançar a resposta correta sem a correlata imposição ao julgador da obrigação de destrinchar todos os conceitos e princípios jurídicos que incidem no caso, juntamente com a moralidade política reinante na comunidade.” (ABBOUD, 2014, p.466)

Nessa visão, a resposta correta apenas é alcançável pela análise do problema jurídico, com uma adequada fundamentação que justifique por qual motivo o julgador entendeu aquela, dentre outras, como a melhor interpretação e mais adequada ao direito:

> “Quando colocamos para o julgador a necessidade de se alcançar a resposta correta, em verdade, impomos a ele a obrigação de evidenciar porque a solução alcançada por ele é a que melhor se adequa ao direito, mais precisamente, é aquela que está em consonância com a Constituição, com as leis, com os precedentes e enfim, com a doutrina. Ou seja, porque essa solução alcançada é a que respeita a coerência e a integridade do direito.” (ABBOUD, 2014, p.469)

Esse entendimento é ainda embasado pelos ensinamentos de Streck, o qual entende que “a obtenção de respostas adequadas à constituição manifesta-se como direito fundamental do cidadão na medida que o inc. IX do art. 93 da CF/1988 estabelece o dever de fundamentação das decisões judiciais.” (STRECK, apud, ABBOUD, 2014, p.470)

Streck (2011, apud, ABBOUD, 2014, p.472-474) com base na teoria de Dworkin dispõe sete requisitos mínimos para a obtenção da resposta correta:

O primeiro elemento é a identificação precisa da facticidade inerente ao caso concreto, claramente, a resposta para cada caso só poderá ser alcançada pela análise criteriosa do caso em sua concretude. A resposta imprescinde da identificação correta do caso concreto. (STRECK, 2011, apud, ABBOUD, 2014, p.472)

O segundo elemento é identificação da legalidade aplicável ao caso, assim, não cabe ao julgador decidir se aplicará ou não a legislação. Constatando a sua incidência, deverá, impreterivelmente aplica-la ao caso concreto. (STRECK, 2011, apud, ABBOUD, 2014, p.473)

O terceiro requisito, e o que mais interessa ao presente trabalho, resulta da identificação das demais fontes jurídicas aplicáveis, com a inclusão da noção de precedente como elemento a ser considerado na análise do caso concreto, nas palavras de Abboud:

> “Assim, no ato de julgar deve-se perscrutar se há súmula (simples ou vinculante) sobre o tema, **se há precedentes importantes a nortear a solução do novo caso.** Nunca perdendo de vista que a aplicação de todas essas fontes não opera mecanicamente, demandando, para tanto, um intenso trabalho hermenêutico.” **(grifo nosso)** (STRECK, 2011, apud, ABBOUD, p. 473)

Como quarto ponto, Streck aponta a necessidade de resgate teórica do direito com a utilização da doutrina. Nesse ponto, o autor evidencia a importância da força vinculante da doutrina, esclarecendo que sua aplicação não é absoluta, devendo também ser cotejada com os demais elementos do caso concreto. (STRECK, 2011, apud, ABBOUD, 2014, p.473-474)

O quinto requisito é a apreciação detalhada e indistinta de todas as alegações das partes. A prestação jurisdicional não pode ignorar os pedidos dos litigantes, devendo sempre considerar todos os argumentos, acatando ou os afastando. (STRECK, 2011, apud, ABBOUD, 2014, p.474)

O sexto elemento resulta na demonstração de que a resposta obtida pelo magistrado é a melhor resposta dentre aquelas sugeridas pelas partes ou presentes em outras decisões. (STRECK, 2011, apud, ABBOUD, 2014, p.474)

Por fim, o último requisito representa a preocupação do julgador com as consequências jurídicas de sua decisão. Aqui o autor faz uma grande ressalva de que sua posição não é utilitarista, apontando que as consequências que devem ser levadas em conta são aquelas que tem natureza jurídica e não política, moral, entre outras. (STRECK, 2011, apud, ABBOUD, 2014, p.474-475)

Destarte, pode-se retirar dos trechos citados acima que a obtenção da resposta mais adequada se dá primariamente pelo cotejamento de todos os elementos jurídicos incidentes no caso concreto em discussão e posteriormente pela fundamentação adequada da decisão que vier a ser proferida, apontando precisamente quais argumentos foram entendidos como melhores e consequentemente acatados, e quais foram afastados pelo intérprete.

Tudo isso, contudo, deve ser feito, entendendo a vinculação dos precedentes judiciais, bem como a sua obrigatória observação a fim de que seja respeitada a coerência e integridade do direito por completo, permitindo um trabalho em conjunto com a constituição, as leis e a doutrina e conduzindo a uma limitação da atuação

discricionária do judiciário. Evitando assim, decisões aleatórias que conflitam com a noção de Estado Democrático de Direito.

6 A RELAÇÃO ENTRE PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS E O CIVIL LAW.

6.1 O ARTIGO 927 DO CPC/15 E OS PROVIMENTOS VINCULANTES.

O Código de Processo Civil de 2015 é norma fruto de tradição jurídica do Civil Law, que é aquela vigente no ordenamento jurídico Brasileiro.

Muito se discutiu o fato de o Código trazer nos artigos 926, 927 e 928 referências aos termos Precedente e Jurisprudência e diante disso ter inaugurado no Ordenamento Jurídico Brasileiro um sistema de precedentes vinculantes, tendo em vista que as decisões elencadas no artigo 927 são normativamente vinculantes por força de lei.

No presente caso, o aspecto mais relevante para análise é identificar se as decisões elencadas no artigo 927 do Código de Processo Civil podem ser conceituadas como precedentes e se diante disso foi instituído um sistema de precedentes vinculantes no atual ordenamento jurídico.

O artigo 927 assim está positivado:

> "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."

Nesse ponto é necessário compreender que os provimentos jurisdicionais elencados pelo artigo 927 se tratam de institutos diferentes, pois o controle concentrado não é a mesma coisa que súmulas vinculantes, que não é igual a súmulas comuns, de modo que, cada provimento elencado tem uma função específica que não se assemelha a função dos demais.

Autor que corrobora a compreensão aqui firmada é Luiz Guilherme Marinoni:

> "A norma diz que os juízes e tribunais devem observar hipóteses que não guardam qualquer homogeneidade. Mistura decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em Controle Concentrado de Constitucionalidade, súmulas, decisões tomadas em vias de solução de casos ou questões repetitivas e orientação do plenário do órgão especial, mas surpreendemente, nada diz

> sobre precedente, *ratio decidendi* ou fundamentos determinantes da decisão" (2016, p.284-285)

Aqui cabe relembrar que não são sinônimos os termos súmula e precedente, fato já abordado previamente, além disso, do mesmo modo, não são sinônimas as ideias de precedente e os demais institutos trazidos pelo artigo 927 do Código de Processo Civil.

Primeiro, deve ser entendido que um precedente é antes de tudo um caso concreto já julgado, cuja pretensão primária do julgador não era criar uma regra de julgamento que pudesse ser replicada a casos futuros, mas apenas analisar o caso concreto delegado a ele, a fim de que fosse dirimida a lide presente na situação.

A aplicação do entendimento firmado pelo julgado é apenas incidente, ou seja, acontece porque tempos depois algum outro julgador se deparou com uma lide semelhante àquela resolvida pelo julgador primário e diante das similitudes entres os casos, o julgador secundário, a fim de permitir uma coerência no sistema, aplicou a mesma regra de julgamento ao caso posterior, entendendo que os fundamentos da decisão primária eram relevantes e vinculantes.

Tal entendimento tem por base o pensamento de Lênio Streck e Georges Abboud (2015, p. 34-35), que dissertam da seguinte forma:

> "Mas o mais importante a dizer é que os precedentes são "feitos" para decidir casos passados; sua aplicação em casos futuros é incidental.
>
> Tudo isso pode ser resumido no seguinte enunciado: precedentes são formados para resolver casos concretos e eventualmente influenciam decisões futuras."

Desse modo, a função primária de um precedente nunca será a de um instrumento desenvolvido para solucionar casos futuros, de modo que, todo precedente é uma decisão, contudo, nem toda decisão será um precedente e não cabe ao julgador primário ou ao legislador decidir se aquela decisão será, ou não, um precedente, mas às peculiaridades dos casos futuros que forem levados ao Judiciário.

Portanto, pode-se concluir que há uma diferença entre os provimentos elencados pelo artigo 927 e o conceito de precedente, pois, aqueles são previamente estabelecidos pela lei para serem naturalmente vinculantes, ou seja, já são produzidos tendo em vista que serão utilizados para soluções de casos futuros, o que torna a sua produção diferente daquela destinada aos precedentes, cuja aplicação a casos futuros se dá apenas de modo incidental.

Outro aspecto que é relevante para a diferenciação entre Precedentes e os provimentos do artigo 927 é a razão da vinculação de cada um. Ora, não se discute aqui se os dois são vinculantes ou não, porque obviamente são, contudo, o que está em voga é a origem da vinculação.

Pois, como já visto, a vinculação dada aos precedentes decorre da tradição jurídica do Common Law, de maneira que, o Juiz aplica obrigatoriamente um precedente a um caso semelhante porque na prática desse sistema jurídico construiu-se ao longo de sua história uma compreensão que os mesmos fundamentos utilizados em uma decisão anterior deveriam ser replicados a casos semelhantes futuros, a fim de permitir o respeito à unicidade do ordenamento, a qual será aprofundada em capítulo específico.

Assim, não foi necessária nenhuma norma positivada para que os magistrados respeitassem essa regra de julgamento, mas a própria compreensão de que o Common Law era um elemento único e indivisível que não permitia duas respostas para o mesmo caso.

De certo que a doutrina dos precedentes no Common Law foi se aperfeiçoando e superou o mero entendimento de replicação de casos, desenvolvendo regras de utilização do própria sistema de precedentes, como as concepções de *stare decisis, ratio decidendi, obter dictum, distinguishing* e *overruling.*

Por outro lado, o que o Código de Processo Civil Brasileiro traz em seu artigo 927 é uma norma positivada que obriga devido a força vinculante atribuída à lei, diante disso, percebe-se um ponto relevante, aqui o que vincula não é a decisão e seus fundamentos, mas a própria lei.

Desse modo, pode-se enfim dizer que os provimentos elencados no artigo 927 não são precedentes, independente do termo utilizado por aquele que “lança mão” dos referidos artigos, pois não são cumpridos alguns requisitos essenciais inerentes ao conceito de precedentes.

Discernido esse fator, deve-se compreender o que são os provimentos trazidos pelo artigo 927, tendo em vista que não são precedentes.

Nunes e Viana explicitam cinco correntes que discutem sobre a natureza dos provimentos previstos no artigo 927 do Código de Processo Civil, as quais são trazidas por Cramer:

> "É impossível, no estudo do tema, escapar do exame do art. 927 do CPC/2015. É por tal razão que as correntes anteriormente apontadas orbitam exatamente sobre esse dispositivo. O catálogo composto pelas cinco correntes sobre o precedente judicial pode ser sintetizado da seguinte forma. **Pela primeira corrente**, o art. 927 contém um rol de precedentes vinculantes, valendo-se, segundo Ronaldo Cramer, de um critério prioritariamente semântico. **A segunda corrente**, por sua vez, defende a inexistência de precedentes vinculantes no art. 927, sendo, de fato vinculantes, apenas aqueles acobertados pela proteção da reclamação. **A terceira corrente** considera que o art. 927 não teria o condão de estabelecer força vinculante aos "precedentes" ali listados, mas apenas exige, dos juízes e tribunais, a observância dos precedentes, embora o seu defensor reconheça a força vinculante em razão do próprio regime de cada um dos "precedentes". **Pela tese da quarta corrente,** a tentativa de estipulação de força vinculativa aos precedentes enumerados no art. 927 seria inconstitucional, na medida em que somente o texto constitucional poderia agasalhar outras hipóteses de vinculatividade, a exemplo do que ocorre com os efeitos das decisões em controle direto de constitucionalidade e ainda no caso das súmulas vinculantes. A mera alteração da legislação ordinária (Código de Processo) não teria força para alterar o estado das coisas, exigindo-se, por conseguinte, o atendimento ao devido processo legislativo-constitucional de emenda à Constituição. **Os adeptos da quinta e última corrente**, por sua vez, não se satisfazem com o rol dos precedentes contidos no art. 927, pois, segundo Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero, quaisquer decisões emanadas das Cortes Supremas (STJ e STF) são hábeis a serem consideradas precedentes obrigatórios. Em suma, os precedentes vinculantes/obrigatórios não estão contidos apenas no rol do art. 927, mas, em verdade, decorreriam de qualquer decisão dessas Cortes, sendo as únicas hábeis à formação de precedentes,118 de modo que a força vinculativa decorreria da autoridade desses órgãos (entendidos como cortes supremas)." **(Grifo nosso.)** (CRAMER, 2016, apud, VIANA; NUNES, 2017, p. 212)

Como se pode observar, a matéria é demasiadamente difundida e reflete em diversos posicionamentos. Já foi apontado acima, em razão da comparação efetivada entre as características dos precedentes judiciais e dos provimentos do artigo 927 que esses não podem ser considerados precedentes sem que estejam cumpridos os requisitos já abordados no capítulo 3 desse trabalho. Dessa forma, é possível excluir, desde logo, a primeira corrente.

Também não parece adequada a segunda corrente, considerando que seu critério para caracterizar um precedente vinculante é a possibilidade de ajuizamento da reclamação para afastar violação da decisão firmada por meio do provimento elencado. Assim, a referida teoria também se afasta da compreensão aqui apontada, a qual admite precedente como aquela decisão que atende aos requisitos já explicitados.

A terceira e quarta teoria da mesma forma são afastadas, considerando que desconsideram a força vinculante do artigo 927. Aqui cabe uma explicação, embora já tenha sido firmada a compreensão de que os provimentos do artigo 927 não podem ser conceituados como precedentes judiciais, meramente pela disposição legal, não se ignora que o referido artigo institui força obrigatória aos institutos ali elencados, devendo ser, necessariamente, observados pelos julgadores. Frisa-se que aqui não se discute se a sua vinculação será benéfica ou maléfica, isso apenas o tempo e a prática jurídica poderão provar.

Por fim, no que tange a quinta proposta, encabeçada por Marinoni, Mitidiero e Arenhart, esses autores compreendem que o artigo 927 embora seja vinculante, não impõe, por si só, um sistema de precedentes. Na sua visão a conceituação de precedente tem uma natureza tanto "qualitativa", ou seja, decorrente da fundamentação da decisão (*ratio decidendi)*, como "formal"[2], decorrente da autoridade que a pode produzir. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 1007)

Os autores evidenciam uma diferenciação entre as tidas Cortes Supremas e as Cortes de Justiça, as primeiras estariam aptas a produzir precedentes em qualquer demanda. Noutro sentido, as Cortes de Justiça apenas produziriam decisões vinculantes quando realizassem o julgamento dos casos em Recursos repetitivos e de Incidentes de Assunção de Competência:

> "Daí que, em primeiro lugar, é preciso distinguir por uma vez mais o produto do trabalho das cortes de Justiça – que dependem ainda de uma forma específica para ser vinculante, qual seja, a do incidente de resolução de demanda repetitivas ou do incidente de assunção de competência – do produto do trabalho das Cortes Supremas – que independe de semelhante forma, na medida em que não só recursos extraordinários e recursos especiais decididos na forma dos recursos repetitivos ou do incidente de assunção podem gerar precedentes." (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 1007)

Em outras palavras, para os autores, toda decisão que viesse a vincular resultaria em um precedente judicial. Com ressalva de que, para as Cortes Supremas (com ênfase para o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça), toda demanda poderia resultar na formação de um precedente, enquanto para as Cortes de Justiça

---

[2] Os autores utilizam a expressão material ao invés de formal, contudo, considerando que o pressuposto decorre da hierarquia da autoridade que emite a decisão, pareceu mais adequada a utilização da expressão "formal". Na medida que quando se emprega o termo "material" se busca evidenciar o conteúdo da norma, por outro lado, "formal" remete ao processo de formação da norma, bem como a qualidade e legitimidade de seus produtores.

(Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais Eleitorais, Tribunais Regionais do Trabalho, entre outros), tais decisões apenas se elevariam a condição de precedente quando submetidos a julgamento em recurso repetitivo e nos incidentes de assunção de competência.

Portanto, para os autores, o artigo 927, não estaria completo, trazendo algumas previsões que seriam considerados precedentes judiciais e outros não.

Por todo o exposto, resta bem clara a opinião evidenciada pela quinta corrente, a qual também não é aquela adotada no presente trabalho. Principalmente pela compreensão de que os autores utilizam o termo precedente como sinônimo para decisão vinculante, ignorando principalmente as características que conceituam um precedente judicial legítimo assim como ele é entendido no *common law*.

Tanto assim é que os autores dissertam que nas decisões das cortes de justiça apenas haverá vinculação quando submetidas ao incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR ou ao incidente de assunção de competência – IAC, enquanto para as cortes supremas toda decisão poderia gerar a produção e um “precedente”, não apenas aquelas julgadas em IRDR e IAC.

De fato, o precedente é um elemento que vincula, mas não pode ser entendido como sinônimo de mera decisão vinculante, principalmente no cenário implementado pelo artigo 927 do CPC. Pois, as decisões proferidas nas formas previstas pelo artigo 927 serão vinculantes, mas, nem sempre, serão precedentes. E essa caracterização como precedente não decorre da hierarquia da autoridade judiciária que emite a decisão, como assim defendem Marinoni, Arenhart e Mitidiero, mas da força normativa que emana da fundamentação (*ratio decidendi)* daquela decisão, e da obrigatoriedade imposta pelos princípios da integridade e coerência.

Nunes e Viana (2017, p.212) ainda apontam que as lições de Cramer, na sua visão se omitem quanto a uma sexta corrente, encabeçada por Lênio Streck e Georges Abboud.

Aqui, se faz importante ressalvar que, Streck e Abboud descartam a possibilidade de caracterizar os provimentos do artigo 927 do CPC como precedentes judiciais, denominando-os como “Provimentos Judiciais Vinculantes", repudiando,

consequentemente, que o Código de Processo Civil tenha instituído um sistema de precedentes:

> "O precedente judicial do sistema do *stare decisis* não pode ser equiparado à atribuição de efeito vinculante à jurisprudência dos tribunais superiores, nos moldes do julgamento dos processos repetitivos [...] e ampliado para outros provimentos conforme estabelece o artigo 927 do NCPC. Prova de que essa equiparação não é possível está no próprio 927, que ao elencar o rol de provimentos vinculantes, em nenhum momento, mencionou o *precedente* judicial." (2015, p.105).

Esse posicionamento contrasta com a visão de Hermes Zaneti Jr. de que a norma prevista no artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015, efetivamente traz a regulamentação de quais decisões judiciais serão precedentes:

> "O principais artigos do CPC de 2015 que tratam de precedentes abordam os seguintes assuntos, ora elencados:
>
> [...]
>
> c) os próprios precedentes (art. 926; art. 927), pois o CPC traz uma extensa disciplina dos precedentes judiciais, determinando formalmente quais decisões e orientações dos tribunais terão força vinculante (art. 927, I a V), com tônica na racionalidade, que impõe aos tribunais a unidade de sua jurisprudência (*rectius*: precedentes), mantendo-a estável, íntegra e coerente." (ZANETI JR., 2016, p.344-346)

Data vênia à posição sustentada pelo professor Hermes Zaneti, a qual reflete em muito a primeira corrente já explanada aqui, o autor do presente texto acompanha o entendimento firmado por Lênio Streck e Georges Abboud, no sentido de que o sistema de precedentes possui uma história junto ao *Common Law*, que não pode ignorada, e todos os pontos já abordados aqui indicam que o precedente vincula por si só, em razão da força vinculante da norma na qual ele se funda, e nesse ponto não se pode confundir o conceito de norma e texto. A lei é o texto que veicula uma norma e sua vinculação decorre dessa norma intrínseca ao texto legal, nesse aspecto, lei e precedentes se aproximam, pois ambos possuem força vinculante pelo fato de se sustentarem numa norma.

Assim, o precedente não depende de uma previsão legal que o constitua como vinculante, porque sua força obrigatória não decorre dela, mas dá própria norma que ele mesmo se propõe a suportar.

Aqui é importante frisar que a compreensão tratada nesse texto não visa compreender o magistrado como um legislador secundário, algo que já foi esclarecido aqui. Dizer que o precedente não necessita de uma lei para instituí-lo como vinculante não é ignorar a existência do princípio da legalidade.

Naturalmente, toda decisão que venha se tornar um precedente deve estar necessariamente embasada em uma norma que tenha previsão legal, do contrário estaria se admitindo que o juiz atuasse como agente político, o que não é o objetivo aqui.

De todo modo, não se faz necessária uma segunda norma, aqui compreendido no sentido estrito como lei, que vincule os precedentes, considerando que esses sempre estarão fundamentados em uma norma anterior, a qual já está devidamente positivada no ordenamento jurídico.

Não cabe, assim, ao magistrado através dos precedentes se tornar um novo legislador, tratando de institutos e condições não existentes juridicamente.

Entendido isso, nomear os institutos elencados pelos incisos do 927 como provimentos vinculantes não é negar a eles a sua vinculação, mas apenas reconhecer que não cumprem requisitos básicos para serem chamados de precedentes sob pena de ser deturpado aquilo que os precedentes são de fato.

6.2 O SENTIDO DE PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS APLICÁVEL AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

Compreendido que a adoção do sistema de precedentes não necessita de uma positivação legal para se sustentar dentro de um ordenamento jurídico, deve se ter em mente que a aplicação dos precedentes no Brasil não será diferente daquela adotada para o *Common Law*. O sistema de precedentes não é uma questão de *Civil Law* ou de *Common Law*, embora a compreensão desses seja essencial para adequada aplicação do sistema de precedentes.

Já foi abordado que o *Common Law* teve origem muito antes da compreensão dos precedentes judicias e do *stare decisis*.

Inegável é a conclusão de que os primeiros relatos sobre precedentes judiciais e os primeiros passos na assimilação desse sistema se encontram dentro da tradição inglesa, de qualquer forma, isso só se deve em razão da construção histórica dessa tradição, a qual permitiu um melhor desenvolvimento da teoria dos precedentes, o que não ocorreu com o *Civil Law.*

De todo modo, a existência do *stare decisis* na tradição herdeira da revolução gloriosa não exclui a possibilidade de adoção desse mesmo sistema no *Civil Law*, e consequentemente, no ordenamento jurídico brasileiro que é adepto dessa tradição jurídica. A adoção e utilização dos precedentes não muda de acordo com a tradição.

Assim como dito anteriormente, a lei e os precedentes são apenas suportes fáticos de uma norma. A lei é amplamente aceita nos países que adotam o *Common Law*, havendo inclusive, produção legislativa em massa tanto quanto existe nos países de tradição do *Civil Law:*

> "De qualquer forma, se, no primitivo direito inglês, havia baixa produção de leis, isso não ocorre no *common law* contemporâneo. É provável que um estado típico dos Estados Unidos tenha tanta legislação quanto um país europeu ou latino-americano, a qual obviamente deve ser interpretada pelos juízes." (MERRYMAN, John Henry, 2007, p.47, apud, MARINONI, Luiz Guilherme, 2016, p.32).

Obviamente, a legislação não possui tanto protagonismo no *Common Law*, e isso se deve às características daquela tradição jurídica. Contudo, tal condição não impede que ela exerça uma grande influência nos julgamentos que são proferidos e, claramente, na vida cotidiana das pessoas submetidas a ela.

Pois, da mesma forma que o *Common Law* admite a coexistência do respeito às leis e aos precedentes judiciais, se faz possível essa mesma compreensão nos países em que se adota a tradição do Civil Law.

Assim, de fato, não se pode conceber uma diferenciação entre precedentes de *Common Law* e precedentes de *Civil Law*, porque entre eles não há realmente uma diferenciação.

O que se dá, é que no *Civil Law*, em razão de sua construção histórica, não se formou um ambiente propício à adoção de um sistema de precedentes de forma tão recente como ocorreu no *Common Law,* todavia, a utilização dos precedentes deve ser observada para todo e qualquer ordenamento jurídico, aliado a uma adequada teoria da decisão, a fim de proporcionar segurança jurídica ao jurisdicionado e um real respeito à coerência e integridade do direito.

O mesmo instituto que é nomeado precedente na tradição do *Common Law* também o será na tradição do *civil law*, havendo o cumprimento de todos os requisitos que caracterizam um precedente judicial vinculante, os quais já foram debatidos no

segundo capítulo desse trabalho, nada impedirá que os fundamentos da decisão passem a vincular os casos futuros.

Na realidade, essa obrigatoriedade não pode ser encarada como um desejo, mas como um elemento normativo que emana vinculação desde a constituição, em razão do direito a segurança jurídica e igualdade, bem como dos princípios da integridade e coerência do ordenamento jurídico.

Embora exista muita controvérsia quanto a existência de um sistema de precedentes no *civil law*, como já explanado, para o presente autor a integridade e coerência do ordenamento jurídico demandam que a prestação jurisdicional seja realizada não só com base num aplicação do texto legal, mas se atentando a todo o contexto normativo, a fim de que seja possível manter uma harmonia do ordenamento jurídico.

Ignorar que o direito também é constituído das decisões judiciais pretéritas, é ignorar a história do ordenamento jurídico, podendo resultar em decisões sobre casos semelhantes que não guarda qualquer relação entre si, e muitas vezes, se conflitam se revelando verdadeiras antinomias.

Não diferente, como já abordado, quando trata da busca pela resposta correta, Georges Abboud, citando Lênio Streck, se refere a adoção dos precedentes como um elemento integrante do ordenamento jurídico que também deve ser considerado para a prestação jurisdicional e em razão da necessidade de manutenção da harmonia do direito. (STRECK, 2011, apud, ABBOUD, 2014, p.473)

Os precedentes não podem ser encarados como uma opção a ser utilizada conforme os interesses do julgador, eles vinculam e devem ser observados, a fim de que essa coerência não seja violada.

7 CONCLUSÃO.

Compreendida a necessidade de observância da integridade do ordenamento jurídico e a manutenção de sua coerência, é possível se questionar quais os métodos e instrumentos que poderão ser utilizados para tanto.

Como já discutido, na tradição do *"Civil Law"*, ao menos inicialmente, depositava-se a responsabilidade de manter a segurança jurídica na literalidade da lei positivada, a qual era o parâmetro único existente para o deslinde dos casos concretos pelos magistrados, os quais eram amarrados ao máximo no que se refere a sua atividade hermenêutica.

Por outro lado, com o passar dos anos a atividade jurisdicional perdeu muita dessa característica da amarra absoluta ao texto da lei, conduzindo a uma condição que em si também não foi satisfatória, decorrente da utilização da discricionariedade judicial, proporcionando um cenário tão complicado como aquele que o juiz era apenas um "*boche de la loi".*

Como já observado, o direito positivo muitas vezes não é capaz de regulamentar todas as hipóteses da vida cotidiana, resultando em casos que pendem de resposta positivada.

Obviamente, todos os casos devem ser respondidos pelo Judiciário, independentemente de haver ou não uma norma positivada que corresponde à situação concreta analisada, por observância do princípio da inafastabilidade de jurisdição e da proibição do "*non liquet",* o primeiro positivado no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal e o segundo previsto pelo artigo 140 do Código de Processo Civil:

> "Com efeito, o conceito clássico de ação atribui ao Estado somente o dever de solucionar o litígio. Era suficiente para garantir o direito de ação, nesta perspectiva, o antigo princípio de que o juiz não se pode eximir de responder ao pedido de tutela jurisdicional.
>
> Esse princípio, embora decorrentes da negação da tutela privada e da própria existência do Estado, encontra-se de certa forma presente no CPC, que diz na primeira parte de seu artigo 126 [3], que "o juiz não se exime de sentenciar

[3] O artigo referenciado acima se refere ao Código de Processo Civil de 1973, já revogado e substituído pelo Código de Processo Civil de 2015, contudo, o artigo 126 do CPC/73 teve seu conteúdo reproduzido no artigo 140 do CPC/15.

> ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei". (MARINONI, In: CANOTILHO, 2013, p.359)

Em razão desse condição, muitos julgadores lançam mão da discricionariedade proferindo decisões que são desprovidas de embasamento normativo, sustentando suas falas apenas em convicções pessoais e outros elementos desprovidas de força deôntica.

Certo é que, na visão de Dwokin, como já trabalhado, o direito não se limita às normas positivadas, mas também tem base nos princípios, sendo que, uma decisão apenas tem legitimidade quando seus fundamentos são devidamente sustentados por argumentos de princípios.

Além disso, a integridade de Dworkin demanda que os juízes ao decidirem os casos concretos que são levados a eles, se comprometam a analisar a história institucional que foi criada antes dele, identificando nessa linha do tempo elementos que possam influenciar no atual caso e que o vinculam, na medida que deve com eles manter a devida coerência.

Os precedentes vem auxiliar nessa busca pelo ideal da integridade, considerando que sua força vinculante obriga os magistrados a observarem os casos anteriores a ele, a fim de que nesses possa hermeneuticamente identificar a *ratio decidendi*, permitindo que o caso passado não seja decidido de forma diversa, sem que haja realmente um elemento diferenciador.

Além disso, a observância dos precedentes e de sua força vinculante impede que o Ordenamento Jurídico entre em incoerência interna, considerando que o jurisdicionado poderá observar que nos casos com situações semelhantes a resposta dada sempre será a mesma, desde que realmente os casos em cotejamento não possam ser diferenciados por elementos que sejam juridicamente relevantes, proporcionando certeza e segurança jurídica, além de respeito à igualdade.

A adoção dos precedentes na tradição do "*Civil law"*, é plenamente possível, além de ser necessária, considerando que como já observado, o ordenamento jurídico brasileiro demanda uma aplicação íntegra e coerente de suas normas, o que, pode ser adequadamente proporcionado pela utilização da teoria dos precedentes.

Não há no ordenamento pátrio uma real vedação à utilização dos precedentes.

Frisa-se que os precedentes embora possuam uma vinculação, são originalmente normas concretas e individuais, criadas para reger um caso específico e suas partes.

Em outras palavras, há uma vinculação de caráter geral e abstrato, em razão da força vinculante dos fundamento jurídicos da decisão, contudo, a formação do precedente não pode ser feita com o objetivo exclusivo de se formar uma tese a ser repercutida em casos futuros, pois dessa forma estaria transformado o judiciário em um legislador secundário, atuando de forma política e ignorando as imposições de natureza jurídica.

Além disso, não se pode ignorar que a utilização do método de precedentes judiciais ainda é avalizado pelos princípios da segurança jurídica e da igualdade.

Há uma força normativa nesses princípios que impõe ao magistrado o tratamento igual aos iguais, e desigual aos desiguais, sendo assim, decisões tratando de uma mesma situação jurídica não podem produzir resultados diferentes sem que nos casos em análise possa se identificar uma razão jurídica e forte o suficiente para justificar o julgamento divergente.

Além disso, é certo que o Judiciário é o principal intérprete das normas positivas e do direito em si, sendo que, suas práticas proporcionam ao jurisdicionado um direcionamento quanto ao sentido do direito, sendo assim, quando há a instituição de soluções diversas para casos semelhantes o jurisdicionado se encontra em uma situação de morte súbita, onde não saberá qual a conduta será correta, se a que corresponde à decisão número um ou a número dois.

Tal condição se assemelha muito à teoria do ordenamento jurídico de Bobbio, onde trata sobre as antinomias, nesse estudo o autor foca seus argumentos apenas na coerência do ordenamento no que se refere ao direito positivo a às leis, no entanto, pode-se observar que o fenômeno das normas antinômicas também se observa nas decisões judiciais contraditórias.

Claramente, se uma decisão decorre, normalmente, da interpretação e aplicação da norma positivada, essa interpretação não pode ser diferente para cada cidadão, porque o sentido da norma é o mesmo para todos que estão submetidos e ela.

Assim é possível observar que o direito previsto no sistema do *civil law*, não repudia a aplicação dos precedentes, mas, pelo contrário demanda a sua utilização, de modo

a permitir que os magistrados se vejam vinculados a história construída no passado, capaz de influenciar as decisões futuras.

Certo é que, não se pode conceber que a adoção aos precedentes judiciais vinculantes se dê de forma automática e instantânea, ainda mais em uma tradição como o *Civil law* onde suas origens possuem uma alta limitação ao poder jurisdicional.

Tal situação deve ser aplicada de forma progressiva, orientando cada operador do direto acerca da importância de observância dos precedentes e da força normativa que eles emanam, elucidando que não decorre de uma mera vontade ou uma opinião, mas de verdadeiras normas jurídicas que conduzem cada sujeito a uma forma de conduta.

O mais importante de tudo isso é que cada julgador possa compreender que a coerência deve ser não apenas em caráter vertical, no sentido de que se observe as decisões proferidas pelo tribunal superior, maior ainda é a necessidade de coerência de natureza horizontal, ou seja, a de obedecer a lógica de suas próprias decisões.

A insegurança jurídica causada por um juiz que não segue suas próprias decisões é muito mais intensa do que aquela causada pela não observância de decisões dos tribunais superiores, isso porque é mais coerente dizer que determinado juiz não se atentou a decisão de um tribunal de grau hierárquico maior, do que dizer que ele se esqueceu de suas próprias palavras.

A prolação de decisões com conteúdo aleatório ferem a noção de segurança jurídica e a igualdade, se revelando em conduta dotada de característica claramente discricionária, tribunais que não observam a noção de integridade do direito desrespeitam prerrogativas que são inerentes a toda pessoa que está submetida a jurisdição daquele Estado.

A compreensão da vinculação dos precedente judiciais e de que eles fazem parte dessa noção de integridade e coerência do direito, resulta em uma diferença gigantesca, na medida que os julgadores estarão mais comprometidos com a harmonia do ordenamento jurídico e consequentemente terão mais sucesso na produção das respostas corretas para cada caso.

Embora a aplicação e a adoção de precedentes e a integridade do direito sejam coisas distintas, o primeiro se revela como um instrumento extremamente importante para a concretização do segundo, embora não seja o único.

É necessário que haja uma adequada conscientização de cada operador do direito, a fim de possam enxergar a importância e a força obrigatória de se observar a coerência e integridade do ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ABREU, Clara Leonel. **Discricionariedade Judicial em Casos Difíceis à Luz do Debate Hart vs. Dworkin**. 2014. 98 f. Monografia (Graduação em Direito). Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.repositorio.uniceub.br/bitstream/235/6052/1/21010372.pdf>. Acesso em: 16 de ago. 2018.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior Tradução de Maria Celeste C. J. Santos, Revisão Técnica de Cláudio de Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasilia, 6. ed. 1995.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição (1787). Emenda Constitucional XIV de 1868. Disponível em: http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO.pdf>. Acesso em: 13 set. 2018.

BRASIL. Lei 13.105 de 16 de Março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2015.

DE CARVALHO, Lucas Borges. **Constituição, Democracia e Integridade**: A legitimidade política da jurisdição constitucional no Brasil. 2006. 249 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2006. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/88934>. Acesso em: 18 de ago. 2018.

DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira, Comentários ao artigo 5º, *caput.* In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira.; SARLET. Ingo Wolfgang.; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p.229-232.

DIDIER JR., Freddie. **Curso de direito processual civi**l: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v.1.

DIDIER JR., Freddie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 2.

DIDIER JR., Freddie; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v.3.

DWORKIN, Ronald**. O império do Direito**: tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**: tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme, Comentários ao artigo 5º, XXXV. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira.; SARLET. Ingo Wolfgang.; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p.357-368.

MARINONI, Luiz Guilherme, Controle de Constitucionalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; _____; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. ver., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 853-903

MARINONI, Luiz Guilherme**. Precedentes obrigatórios**. 4.ed.rev.atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado.** 1.ed.rev.atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARTINS, Leonardo. Comentário ao artigo 5º, *caput*. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira.; SARLET. Ingo Wolfgang.; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 222-229

MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lênio Luiz. Comentários ao artigo 93. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; _____.; SARLET. Ingo Wolfgang.; _____ (Coords.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p.1318-1326.

NETO FACCHINI, Eugênio; CORDEIRO, Karine da Silva. O precedente vinculante no sistema norte-americano: quando reproduzir o passado é mais importante do que modificar o presente. In: **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, vol.75. Porto Alegre: Magister, nov.-dez./2016, p. 81-121.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges**. O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?.** 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. v. 3.

STRECK, Lenio Luiz. **O novo código de processo civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano**. Biblioteca Digital do Senado Federal, 2015. Disponível em:<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/512448/> Acesso em 19 de jul. 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. et al. **Novo CPC - fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VIANA, Antônio Aurélio Souza, NUNES, Dierle. **Precedentes - A Mutação no Ônus Argumentativo.** Rio de Janeiro: Forense, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788530978112/epubcfi/6/24[;vnd.vst.idref=html10]!/4/198/2@0:100.>.Acesso em: 20 out. 2018.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedente: a teoria dos precedentes normativos formalmente vinculante**.2.ed.rev.e atual. Salvador: Juspodivm. 2016