

**FACULDADES INTEGRADAS DE ARACRUZ**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**NAIANE DE ASSIS QUINTÃO MIRANDA**

**A APLICAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES NA  
UNIFORMIZAÇÃO DO DIREITO: TENTATIVA DE MITIGAÇÃO  
DA IMPREVISIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS**

**ARACRUZ**

**2018**

NAIANE DE ASSIS QUINTÃO MIRANDA

**A APLICAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES NA  
UNIFORMIZAÇÃO DO DIREITO: TENTATIVA DE MITIGAÇÃO  
DA IMPREVISIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS**

Projeto de Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Curso de Graduação em Direito das Faculdades Integradas de Aracruz como requisito para a obtenção do título em Bacharel em Direito sobre a orientação do Prof. Esp. Diego Crevelin de Sousa.

**ARACRUZ**

**2018**

NAIANE DE ASSIS QUINTÃO MIRANDA

**A APLICAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES NA  
UNIFORMIZAÇÃO DO DIREITO: TENTATIVA DE MITIGAÇÃO DA  
IMPREVISIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS**

Projeto de Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado no Curso de Graduação em Direito  
das Faculdades Integradas de Aracruz como  
requisito para a obtenção do título em Bacharel  
em Direito

Aracruz/ES, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Esp. Diego Crevelin de Sousa  
Faculdades Integradas de Aracruz

---

Prof<sup>a</sup>. Me. Flávia Spinassé Frigini  
Faculdades Integradas de Aracruz

---

Prof. Me. Wagner Carmo  
Faculdades Integradas de Aracruz

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço aos meus familiares, pelo apoio, força e amor incondicional. Sem vocês a realização desse sonho não seria possível.

Agradeço aos meus amigos que compartilharam a desafiadora etapa da vida acadêmica comigo.

Sou grata a todos os professores que contribuíram com a minha trajetória acadêmica.

## **RESUMO**

A presente pesquisa pretende verificar de que maneira o sistema de precedentes judiciais pode ser aplicado no ordenamento jurídico brasileiro a fim de unificar a aplicação do Direito e mitigar a imprevisibilidade das decisões judiciais. Entende-se por precedente a deliberação judicial que pode vir a balizar decisões subsequentes que versem sobre a mesma questão fática e/ou jurídica do caso que originou a criação do precedente. Contudo, o Código de Processo Civil de 2015 em seu artigo 927 não introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o sistema genuíno de precedentes, estabelecendo, apenas, provimentos vinculantes. Destaca-se a importância do fator hermenêutico para a aplicação de qualquer padrão decisório (precedente ou provimento vinculante), visto que qualquer enunciado jurídico deve ser interpretado. O direito como integridade exige que a interpretação jurídica respeite os limites constitucionais pré-estabelecidos. A criação de um sistema de padrão decisório exige a observação do modelo constitucional de processo civil estabelecido com a Constituição Federal de 1988. Somente por meio da hermenêutica jurídica constitucional e o respeito a integridade do direito é possível obter a resposta correta no caso concreto e mitigar a imprevisibilidade das decisões judiciais.

**Palavras-chave:** Precedente Judicial. Common Law. Civil Law. Provimentos vinculantes do CPC/15. Interpretação e aplicação dos precedentes.

## **ABSTRACT**

This research aims to verify how the system of judicial precedents can be applied in the Brazilian legal system in order to unify the application of Law and mitigate the unpredictability of judicial decisions. A precedent is understood to be a judicial decision that may mark subsequent decisions that address the same factual and / or legal issue of the case that originated the creation of the precedent. However, the Code of Civil Procedure of 2015 in its article 927 did not introduce into the Brazilian legal system the genuine system of precedents, establishing only binding provisions. The importance of the hermeneutic factor for the application of any decision-making standard (precedent or binding provision) is emphasized, since any legal statement must be interpreted. The right as integrity requires that legal interpretation respect the pre-established constitutional limits. The creation of a system of decision-making standards requires the observation of the constitutional model of civil procedure established with the Federal Constitution of 1988. Only through constitutional legal hermeneutics and respect for the integrity of the law is it possible to obtain the correct answer in the concrete case and to mitigate the unpredictability of judicial decisions.

**Keywords:** Judicial Precedent. Compulsory procedures of CPC / 15. Interpretation and application of precedents.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2 COMMON LAW E CIVIL LAW: DIFERENCIAÇÕES E APROXIMAÇÕES.....</b>	<b>10</b>
2.1 A tradição do civil law: família romano-germânica .....	11
2.2 A tradição common law .....	13
2.2.1 Histórico e formação .....	14
2.3 A aproximação das tradições jurídicas e o sistema jurídico brasileiro .....	17
<b>3 STARE DECISIS E O PRECEDENTE JUDICIAL .....</b>	<b>23</b>
3.1 A formação da doutrina dos precedentes e o posterior surgimento do staredecisis.....	23
3.2 Conceitos fundamentais: precedente, ratiodecidenti e obiterdictum .....	25
3.3 Precedente e decisão judicial .....	27
3.4 Precedente e súmula vinculante .....	28
3.5 Técnicas de confronto dos precedentes judiciais.....	29
3.5.1 Distinguishing .....	29
3.6 Técnicas de superação dos precedentes judiciais .....	31
3.6.1 Overruling.....	31
3.6.2 Overriding.....	32
<b>4 OS PRECEDENTES À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....</b>	<b>34</b>
4.1 O modelo constitucional do processo brasileiro .....	34
4.1.2 Princípio da Igualdade.....	35
4.1.3 Princípio do juiz natural .....	38
4.1.4 Princípio da fundamentação das decisões judiciais .....	40
4.1.5 Princípio da duração razoável do processo.....	42
4.1.6 Princípio do contraditório .....	44
<b>5. O EMPREGO INADEQUADO DOS PRECEDENTES NA PRÁTICA FORENSE BRASILEIRA.....</b>	<b>50</b>
<b>6. O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL INSTITUIU UM SISTEMA DE PRECEDENTES?.....</b>	<b>53</b>
<b>7. A INTERPRETAÇÃO DOS PRECEDENTES E A SUA APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....</b>	<b>58</b>
7.1 A interpretação como um romance em cadeia .....	60
7.2. A aplicação dos precedentes ante ao paradigma jurisdicional brasileiro .....	61
7.3. O ônus argumentativo como pressuposto de constituição de um sistema de precedentes .....	63

<b>8. É POSSÍVEL MITIGAR A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL COM A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS CONFORME A TESE DA RESPOSTA CORRETA? .....</b>	<b>65</b>
<b>9. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>68</b>
<b>10. REFERÊNCIAS .....</b>	<b>71</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Atualmente, muito se discute acerca das mudanças implementadas pelo Código de Processo Civil de 2015. Dente elas, nota-se a valorização de padrões decisórios com o intuito de atribuir integridade e coerência a jurisprudência brasileira.

Neste contexto de busca por um método eficaz apto a uniformizar a aplicação do direito, o sistema de precedente destaca-se, na medida em que é vislumbrado como “a luz no fim do túnel” para solucionar a realidade caracterizada como pandemônio jurisprudencial.

Assim, partindo-se da análise da correlação entre o sistema de precedentes e os princípios corolários do modelo constitucional de processo e de uma análise crítica dos padrões decisórios aplicados pelos Tribunais Brasileiros, este estudo tem como designo, a partir do paradigma hermenêutico, estabelecer de que forma o sistema de precedentes deve ser aplicado no ordenamento jurídico brasileiro para uniformizar a interpretação do direito.

O presente tema apresenta singular relevância na medida em que tenta desmistificar a crença irreal de que a criação e aplicação de procedimentos vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro podem garantir a integridade e a coerência do ordenamento jurídico pátrio, quando aplicados sem o respeito a hermenêutica jurídica e em desconformidade com a Constituição Federal, uma vez que a unicidade e a coerência do Direito não podem ser realizadas às custas das garantias constitucionais dos cidadãos.

Este estudo pretende detectar os métodos interpretativos apropriados para a aplicação do precedente judicial no ordenamento jurídico brasileiro, partindo-se do paradigma do modelo constitucional de processo brasileiro e que somente a formação e aplicação do precedente somente se legitimam quando produto do contraditório substancial e do respeito das garantias constitucionalmente previstas.

Nesse viés, será averiguado se o novo diploma processual instituiu um sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro e as eventuais implicações decorrentes da introdução desse sistema no contexto jurisprudencial brasileiro.

Por derradeiro, como a teoria da resposta correta desenvolvida por Ronald Dworkin pode contribuir para o afastamento da discricionariedade das decisões judiciais.

O instrumento de coleta de dados para o desenvolvimento da presente pesquisa consiste em análise bibliográfica a respeito do tema, no qual utiliza como fontes livros de acervos de bibliotecas públicas e virtuais e artigos científicos.

## 2 COMMON LAW E CIVIL LAW: DIFERENCIAÇÕES E APROXIMAÇÕES

As tradições *common law* e *civil law* compõem os dois principais modelos jurídicos existentes, os quais tem estruturas completamente distintas, mas que em alguns pontos se convergem, devido às circunstâncias em que se desenvolveram.

Ao ser realizada a comparação entre os sistemas jurídicos do *common law* e *civil law*, John Henry Merryman (2007, p.16/17), conforme citado por Lênio Luiz Streck e Georges Abboud (2015, p.21),

alerta para a relevante circunstância de que, 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 acerca dos principais institutos jurídicos de determinado ordenamento e.g., contratos, das sociedades anônimas e dos delitos, ainda que elas, em regra, sempre sejam um reflexo dessa tradição. 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. Assim, a tradição jurídica relaciona o sistema jurídico (conjunto de regras normativas) com a cultura, ela insere o sistema legal dentro e a partir da perspectiva cultural.

Assim, pode-se afirmar que a tradição jurídica interpreta o sistema jurídico a partir de uma concepção cultural, criada e moldada pelo desenvolvimento histórico e político, particular de cada sociedade.

É sabido que o início da diferenciação entre a tradição do *common law* e *civil law* se deu a partir da formação e distinção entre o direito escrito e o direito consuetudinário, consolidada no século XVI, em razão de como fora recepcionado o direito romano dentro do sistema jurídico de cada país.

Os países de direito escrito consideravam seus costumes como direitos especiais que deveriam ser aplicados prioritariamente ao direito romano. Contudo, tais costumes não poderiam ser interpretados de maneira extensiva, nem, ao pouco, serem aplicados por meio de analogia. Isso porque o direito romano estruturava e sistematizava a aplicação do direito, não sendo aplicado, apenas, em situações excepcionais que eram solucionadas a partir da utilização dos costumes daquela determinada sociedade.

Por outro lado, nos países de direito consuetudinário, o direito romano era utilizado de forma subsidiária, ou seja, para preencher lacunas, cuja solução não poderia ser alcançada pelas normas consuetudinárias.

## **2.1 A tradição do civil law: família romano-germânica**

A tradição romano-germânica teve sua origem nos séculos XII e XIII, no período conhecido como Renascimento da Europa Ocidental, em que houve um desenvolvimento das cidades e do comércio, e se propagou a ideia de que “somente o direito pode assegurar a ordem e a segurança necessárias ao progresso”. (DAVID, 2002, p.39).

A partir deste contexto, as universidades europeias se destacavam no estudo do direito, o qual tinha por base o direito romano e canônico, em que não se aprofundava o estudo dos direitos estabelecidos, particularmente, por cada nação, visto que o direito romano era considerado o ensino básico. (DAVID, 2002, p. 43-44).

Os romanos foram os primeiros a sistematizar o direito, e criar uma organização na aplicação do direito aos casos postos sob litígio. No direito romano clássico, era concedido a jurisprudência um papel de destaque, em que se permitia a constituição de uma atividade interpretativa e criadora, mas sempre como uma função secundária a lei, a qual se apresentava como um limite ao direito desenvolvido e aplicado pelos tribunais. (BARREIRO; PARICIO, 2010, p.40).

A grande importância dada a esta nova cultura romanística pelas universidades, e a grandiosidade de estudos literários formados a partir do estudo do texto romano, permitiu a essencialidade de tal direito para a formação do direito que vigora atualmente, uma vez que foram incorporadas as técnicas de raciocínio jurídico para a formação das soluções jurídicas, convertendo o direito no produto de um trabalho intelectual. (BARREIRO; PARICIO, 2010, p. 185-186).

Entretanto, a Revolução Francesa foi responsável por consolidar um novo modelo jurídico, em que se limitou o poder dos magistrados aliados ao antigo regime, a partir do controle da atuação judicial, como a limitação dos juízes à aplicação literal da lei.

Para a revolução francesa, a lei seria indispensável para a realização da liberdade e da igualdade. Por este motivo, entendeu-se que a certeza jurídica seria indispensável diante das decisões judiciais, uma vez que, caso

os juízes pudessem produzir decisões destoantes da lei, os propósitos revolucionários estariam perdidos ou seriam inalcançáveis. A certeza do direito estaria na impossibilidade de o juiz interpretar a lei, ou, melhor dizendo, na própria Lei. Lembre-se que, com a Revolução Francesa, o poder foi transferido ao Parlamento, que não podia confiar no judiciário. (MARINONI, 2009, p. 46)

Assim, a lei passou a ser a principal fonte do direito das nações que seguiam a tradição romano-germânica, posto que a ela se atribuiu o papel de representar a vontade do povo, e, se retirou dos magistrados qualquer poder interpretativo sobre o texto legal, devendo este apenas aplicá-lo, ou melhor reproduzi-lo ao proferir o ato decisório.

Então, após a Revolução Francesa, ganhou destaque as teorias desenvolvidas por Montesquieu e Rousseau, que afirmavam, respectivamente, a limitação da concentração de poder nas mãos de uma só pessoa e que a lei escrita deveria ser a expressão da vontade da Nação Francesa. (WAMBIER, 2009, p.55).

Aos juízes foi atribuído o papel de simples espectador de direito, posto que lhe foi retirado qualquer função interpretativa do texto legal, exercendo apenas a função de “boca da lei”, pois estavam limitados a reproduzir o que já foi dito pelo legislativo. (MARINONI, 2010, p.54).

Assim, a nova ciência introduzida com a Revolução Francesa teve por intuito garantir a igualdade, ao limitar a função jurisdicional a replicação da lei, expressão da vontade do povo, ao invés de permitir o trabalho interpretativo do julgador, para fins de evitar que estes utilizassem o exercício de suas funções para protegerem seus próprios interesses. Nesse sentido, leciona Teresa Arruda Alvim Wambier:

Havia forte conexão entre a lei escrita e a igualdade, pois passou a entender-se que quando a lei impera a igualdade é garantida. Ao contrário, quando o que impera é a vontade do homem, a arbitrariedade é favorecida. Com o passar do tempo, essas condições passaram a sofrer alterações. (WAMBIER, 2009, p. 56)

A igualdade almejada pelos revolucionários foi associada a estrita aplicação da lei, o que garantiu uma posição privilegiada ao Legislativo e originou um intenso processo de codificação do direito.

René David adverte que a codificação do direito apresentou consequências tanto positivas como negativas. O processo de codificação permitiu a unidade do sistema e a expansão do direito romano-germânico por diversas nações, mas, também, propiciou o abandono do direito baseado em normas de condutas sociais, posto que os juristas se conformaram com o positivismo descrito nos códigos. (DAVID. 2002, p.65).

Entretanto, não é o processo de codificação o responsável pela diferenciação entre as tradições do common law e do civil law, mas a importância dada às leis e aos códigos em cada uma destas tradições. Marinoni exemplifica que, no common law também há intensa produção legislativa, contudo, os códigos não têm a pretensão de coibir a interpretação da lei, motivo pelo qual, cabe ao juiz decidir qual norma será aplicada ante a existência de conflito entre a norma codificada e a norma criada pelo common law. (2010, p.56).

## **2.2 A tradição common law**

O common law se distancia do sistema romano-germânico ao constituir uma tradição jurídica baseada no direito costumeiro, isto é, regras não escritas, criadas por juízes para solucionar conflitos, as quais foram lapidadas pelo decurso do tempo.

O desenvolvimento do common law ocorreu de maneira ininterrupta, visto que é baseado em costumes e na continuidade. Além disso, não está marcado pela ruptura com antigo sistema e a criação de uma nova ordem jurídica, como ocorreu nos países da Europa Continental em razão da Revolução Francesa.

Ou seja, a ausência de ruptura que demandasse a criação de uma nova ordem jurídica, permitiu que o common law se desenvolvesse de forma contínua, com apego a tradição e ao uso de casos concretos como fonte de direito.

Nas palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier:

O common law não foi sempre como é hoje, mas a sua principal característica sempre esteve presente: casos concretos são considerados fonte do direito. O direito inglês, berço de todos os sistemas de common law, nasceu e se desenvolveu de um modo que pode ser qualificado como “natural”: os casos iam surgindo, iam sendo decididos. Quando surgiam casos iguais ou semelhantes, a decisão tomada antes era repetida para o novo caso. Mais ou menos como se dava no direito romano. (WAMBIER, 2009, p. 54).

Outro ponto que merece destaque, é o fato de que ambas as tradições do common law e a romano-germânica buscaram, através de métodos distintos, constituir um sistema jurídico baseado na segurança jurídica.

Isso porque nos países da Europa Ocidental a busca da segurança jurídica e da igualdade propiciou a preponderância da lei como fonte do direito e a codificação do direito. Enquanto que, nos países que seguem a tradição do common law,

buscou a aplicação do mesmo princípio com o uso do sistema dos precedentes, e afastando-se a codificação.

### 2.2.1 Histórico e formação

Até os séculos X e XI não havia unidade no território inglês, este era subdividido em distritos, em que se aplicavam o direito oriundo dos povos germânicos. (CROCETTI; DRUMMOND, 2010, p. 20-21).

Desse modo, somente foi possível a constituição do sistema jurídico inglês baseado no common law com a Conquista Normanda da Inglaterra em 1066, posto que a chegada dos normandos permitiu o fim da fragmentação do direito e introduziu um “poder forte, centralizado, rico de uma experiência administrativa posta à prova no ducado de Normandia” (DAVID, 1978, p.358).

Ademais, a conquista Normanda culminou no fim de uma sociedade tribal constituída pelos povos germânicos e cedeu lugar a uma sociedade feudalista e organizada, haja vista que a Inglaterra foi dividida em grandes feudos, chamados de condados.

Contudo, a divisão do reino não retirou o poder do monarca, que continuava exercendo comando direto e absoluto sobre os condes.

Cada feudo era administrado por um funcionário do rei, chamado xerife, os quais eram responsáveis por assegurar a execução das decisões reais em diferentes partes do reino.

Assim, após a conquista normanda e a introdução dos xerifes foi possível a unificação da jurisdição na figura do monarca, em que se iniciou a aplicação de um direito comum ao invés das jurisdições locais anteriormente aplicadas pelos povos germânicos.

Nas décadas seguintes, houve um fortalecimento do poder real, ao ponto de Henrique II (1154 – 1189), primeiro rei da Dinastia dos Plantagenetas introduzir um novo sistema jurídico em todo o reino que se sobrepôs aos antigos costumes locais utilizados na solução de conflitos, e nomear juizes para presidir tribunais locais, quais sejam, os Tribunais Reais de Justiça, vulgarmente conhecidos como Tribunais de Westminster, devido a sua localização. (DAVID, 2006, p.359).

Além disso, o Rei Henrique II criou os **writs** (ou mandados reais), sistema que permitiu o acesso dos súditos aos Tribunais Reais. Em tal sistema, concedeu-se a

qualquer cidadão o direito de endereçar um pedido ou reclamação, caso quisesse, ao rei. Um dos colaboradores do rei, o chanceler, analisava o pedido e se entendesse fundamentado, enviava uma ordem a um senhor ou a um xerife para que ordenassem que o réu prestasse esclarecimentos ao autor da demanda, sob pena de seu ato ser considerado com desobediência a uma ordem real.

Cada writ seguia um procedimento especial, em que era indicado como se julgaria, a sequências dos atos a serem proferidos e os meios de executar as decisões. Ou seja, o formalismo era característica preponderante deste sistema e era decisivo no resultado final do writ, razão pela qual, surgiu a frase “*remedies precede rights*”, ou seja, o processo é mais relevante que o direito.

Porém, com a morte de Henrique II houve grandes alterações no sistema jurídico e político criado por ele.

Isso porque seu sucessor Ricardo I, não se interessava pelas questões relativas a administração do reino, sendo conhecido por ser um “homem das guerras”. Ademais, com a sua ida para as cruzadas e, posteriormente, com a sua morte na guerra contra a França, o reino ficou sob o comando de seu irmão, João, conhecido como João Sem-Terra.

Durante o seu reinado, João se opôs frontalmente aos nobres e criou inimizades que culminaram na criação do documento intitulado *Magna Charta Libertatum*, outorgada pelo próprio Rei João Sem-Terra, em 1215, pressionado pela nobreza e pelo clero.

Tal documento tinha por função preservar o poder dos nobres em face do monarca, bem como permitiu a reintegração da Inglaterra, eliminando a fragmentação do feudalismo, conforme se infere do artigo 43 da Magna Carta:

“Haverá em todo o Reino uma mesma medida para o vinho e a cerveja, assim como para os cereais (grãos). Esta medida será a que atualmente se emprega em Londres. Todos os panos se ajustarão a uma mesma medida em largura, que será de duas varas. Os pesos serão, também, os mesmos para todo o Reino”.

Além disso, os nobres buscaram limitar o poder dos funcionários do rei, conforme artigo 62, *in verbis*:

“Ficará proibido ao “sheriff” oprimir e vexar a quem quer que seja, contentando-se com os direitos que os “sheriffs” costumavam exercer em tempo de nosso ascendente o Rei Henrique”.

A Magna Carta também concedeu enorme poder ao Conselho dos Nobres, posto que somente poderiam ser criados e cobrados impostos e contribuições com o consentimento do referido conselho.

Este Conselho a partir de 1265, passou a ser chamado de Parlamento, local em que eram decididas as questões mais relevantes do Reino.

Neste contexto de fortalecimento do poder da nobreza, foi consolidada a unificação da jurisdição a partir do compromisso firmado entre o poder real e os nobres, em Westminster em 1285, que nas palavras de Lênio Luiz Streck e Georges Abbud (2015, p.24) “possibilitou a institucionalização das relações duradouras entre o *judicial law making* e o poder dos parlamentos no sistema do *common law*”.

A aplicação do direito ocorria nos tribunais locais de cada condado, e, posteriormente, em Londres, nas Cortes Reais, em que os juízes, por coerência, replicavam julgamentos anteriores de casos semelhantes, o que promoveu a origem da doutrina do precedente judicial.

Contudo, o formalismo exacerbado do *common law*, fundamentado na máxima *Remedies precede rights*, deu origem a um sistema rígido que não acompanhava as necessidades sociais que surgiam ao longo do tempo.

Ademais, apesar da instauração de normas que limitassem o poder do monarca, os tribunais permaneciam inacessíveis para grande parte da população, visto que o excesso de formalismo dificultava o acesso à justiça.

Desta forma, intensificou-se o número de recursos endereçados diretamente ao Rei para que este solucionasse o conflito não resolvido pelos Tribunais ou resolvido de forma insatisfatória. (DAVID, 2006, p.371).

Os recursos apresentados ao Rei eram primeiramente analisados pelo Chanceler, o qual, com o passar do tempo, se tornou uma espécie de juiz autônomo, que atuava em nome do Rei.

Com o passar do tempo, desenvolveu-se um sistema de regras próprias a partir das decisões da Court of Chancery, as quais se sobrepunham às normas do *common law*, nem seguia as regras processuais do common law. Este sistema ficou conhecido como *equity law*, onde se proferiam decisões baseadas na teoria de “equidade do caso particular”, posto que não havia a obrigatoriedade de seguir o direito.

James Gordley (1994, p.562) citado por Lênio Luiz Streck e Georges Abboud (2015, p.26),

afirma que a principal distinção entre *common law* e *equity* residia na forma em que se fundamentavam os julgamentos de cada. No *common law*, o direito vinha organizado de forma mais clara de acordo com as *forms of action*; já a *equity*, por sua vez, estruturava-se a partir das obscuras colunas da reparação justa”.

Desse modo, os julgamentos da *equity* eram baseados na equidade e na boa-fé.

Contudo, a sua disseminação não foi capaz de substituir o *common law*, principalmente em razão da resistência dos juristas em aderir esse novo sistema, os quais tinham o parlamento como aliados no combate ao absolutismo real, bem como em razão da jurisdição do Chanceler ser moroso e desorganizada.

Então, os sistemas *common law* e *equity* coexistiram, nos moldes acima descritos, até o ano de 1873, quando houve a publicação da primeira Lei de Organização Judiciária (*Judicature Act* de 1873) que suprimiram as Cortes do Chanceler (Court of Chancery) e unificaram os dois sistemas de direitos (RAMIRES, 2010, p.64).

Portanto, conforme aduz René David, os ingleses sustentam uma concepção de direito elaborada pelas Cortes Reais, posto que o direito inglês é um “conjunto de regras processuais e materiais que essas Cortes consolidaram e aplicaram tendo em vista a solução de litígios”. (2000, p.3).

O *common law*, portanto, é uma tradição jurídica que tem por principal fonte os costumes consolidados pelos precedentes dos tribunais, haja vista que os juízes ingleses, na ausência de normas escritas que regulamentasse a situação em litígio, formulavam decisões aplicáveis ao caso concreto, norteados pelos costumes enraizados naquela sociedade e pelas decisões anteriormente proferidas em casos semelhantes. Logo, nas lições de Jorge Amaury Nunes, desde o seu início, o sistema da *common law* foi orientado pelo brocardo *stare decisis et non quieta movere*, isto é, “a formação da decisão judicial com arrimo em precedente de mesma natureza, eventualmente existente”. (2010, p.121).

### **2.3 A aproximação das tradições jurídicas e o sistema jurídico brasileiro**

O *civil law* e o *common law* surgiram em circunstâncias políticas e históricas completamente distintas, o que, conseqüentemente, acarretou na constituição de tradições jurídicas diversas.

Ocorre que, as transformações sociais ocorridas em cada sociedade, ao longo do tempo, as quais influenciam diretamente o direito, requer um maior diálogo jurídico entre as duas grandes famílias do direito.

Isso porque, muito embora não fazem parte de sua tradição, a utilização de determinados institutos se mostra indispensáveis diante da realidade e da prática de cada nação.

Neste contexto de mútua influência, é que surgiu o que muitos doutrinadores denominam de “commonlawlização” do direito brasileiro, que consiste na relevância atribuída à jurisprudência e as decisões judiciais, atribuindo-se maior poder interpretativo aos juízes. (PORTO, 2006, p.763).

Assim, nas palavras de Mauro Cappelletti, o aumento da criatividade jurídica nos países de civil law, em semelhança ao que ocorre no common law, atenuou as diferenças existentes entre as duas tradições jurídicas, e produziu o que o referido autor denomina de “convergência evolutiva”. (CAPPELLETTI, 1993, p.123-124).

Desse modo, apesar do Brasil inserir-se nos países que seguem a tradição do civil law, posto que no ordenamento jurídico brasileiro a lei é a fonte primordial do direito, fato que pode ser verificado no artigo 5º, II da Constituição Federal de 1988, o qual estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, é inegável as inúmeras mudanças ocorridas no sistema jurídico brasileiro com o intuito de possibilitar maior celeridade e segurança jurídicas às decisões judiciais, chegando a incorporar características próprias da tradição civil law, conforme palavras de Marinoni:

a evolução do civil law, particularmente em virtude do impacto do constitucionalismo, deu aos juízes um poder similar àquele do juiz inglês submetido ao common law e, bem mais claramente, ao juiz americano, dotado do poder de controlar a lei a partir da Constituição. No instante em que a lei perde a supremacia, submetendo-se à Constituição, transforma-se não apenas o conceito de direito, mas igualmente o significado de jurisdição. O juiz deixa de ser um servo da lei e assume o dever de dimensioná-la na medida dos direitos positivados na Constituição. (2016, p.36/37).

Assim, nota-se que a influência do constitucionalismo nos países que seguem a tradição civil law, posto que a atribuição aos juízes de poder verificar, diante do caso concreto, a validade da norma em face da Constituição Federal ou mesmo de instituir mecanismo que garanta a eficácia de um direito fundamental, constitucionalmente positivado, retira a ideia de que os juízes são apenas “boca da lei” e outorga a ele um poder interpretativo de destaque.

Além disso, segundo Cappelletti, a adoção de um sistema de controle de constitucionalidade, também proporciona uma aproximação entre os modelos jurídicos desenvolvidos pelas tradições civil law e common law, notadamente, quando levado em consideração o efeito erga omnes concedido as decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade, que garante a eficácia do precedente quando a matéria for rediscutida por outro Tribunal. (CAPPELLETTI, 1993, p.126).

Esta aproximação entre as tradições jurídicas permitem a formação de sistemas jurídicos híbridos, dotados de conceitos e institutos que se adequam a realidade social de cada Nação.

A principal característica deste fenômeno – aproximação entre as tradições jurídicas – está na maneira de se interpretar o direito. Isso porque, os países que seguem a tradição civil law, sentiu a necessidade de repensar o modelo de aplicação do direito, tendo em vista a influência do constitucionalismo, e a percepção que a fria aplicação da lei não é suficiente para dirimir os conflitos apresentados ao Judiciário, visto que a realidade social contradiz a ideia de que a lei é suficiente e plenamente aplicável, necessitando, apenas ser declarada pelos juízes, em razão de que, nas palavras de Drummond,

a contemporaneidade exige uma maior atividade criativa dos juízes de tradição civil law quando da aplicação do direito, que mesmo permanecendo em grande medida codificado, possui várias aberturas interpretativas. (CROCKETT; DRUMMOND, 2010, p.44).

Então, em um ordenamento jurídico repleto de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, como é o caso do ordenamento jurídico brasileiro, torna-se nítida a necessidade de adequação da norma à situação concreta pelo intérprete, haja vista que a lei não é clara e precisa o suficiente para solucionar o conflito apresentado ao Poder Judiciário sem um trabalho interpretativo do jurista.

Além destas inúmeras alterações sofridas pelos sistemas jurídicos de tradição civil law, seja pelo aumento do poder interpretativo dos magistrados, seja pela relevância atribuída à jurisprudência e as decisões judiciais, torna-se imprescindível ressaltar as alterações sofridas pelos países de tradição common law em razão da aproximação entre as tradições jurídicas.

Muitos doutrinadores apontam o crescente aumento da produção legislativa nos países de tradição common law, como um dos fatores da aproximação entre as duas grandes tradições jurídicas.

Isso porque, o direito inglês, por exemplo, no século XX sofreu grandes influências do ideal do Estado de Bem-Estar Social que fomentou a produção legislativa como intuito de alcançar a igualdade e a justiça a partir da legislação formulada pelos Estados. Nesse sentido, René David salienta que o “direito inglês, que até o século XX era um direito essencialmente jurisprudencial, atribui hoje uma importância cada vez maior à lei” (2002, p.11).

Corroborando com esse entendimento, Neil Andrew destaca que:

O direito inglês, hoje em dia, está fortemente influenciado por leis escritas. Estes incluem o direito derivado (sobretudo normas codificadas). Os “regulamentos” europeus têm força igual à legislação primária. Quanto aos “Precedentes”, o Common Law é uma expressão frequentemente utilizada para designar o conjunto de decisões vinculantes. (ANDREWS, 2009, p.39).

Neste contexto de valorização das leis escritas, foi instituído o Código de Processo Civil Inglês, denominado *Rules of Civil Procedure*, no ano de 1999, em com o qual se buscava organizar sistematicamente o processo civil na Inglaterra, e garantir o acesso à justiça a toda a população. Antônio Carlos Marcato destaca as características do referido código:

Por conta disso, nas Civil Procedure Rules foram adotados, com lastro nas sugestões apresentadas no relatório de Lord Woolf, os seguintes princípios que devem estar presentes em um sistema civil garantidor do acesso à justiça: (a) ser justo nos resultados que proporciona; (b) ser imparcial na forma de tratar os litigantes; (c) oferecer procedimentos apropriados a custos razoáveis; (d) lidar com os casos em velocidade razoável; (e) ser compreensível àqueles que o utilizam; (f) ser responsável com as necessidades daqueles que o utilizam; (g) fornecer tanta certeza quanto a natureza particular do caso possibilitar; e (h) ser efetivo: com recursos adequados e organizados. (2011, p. 24)

Assim, a função primordial da criação de uma legislação processual foi de reduzir os custos processuais e combater a excessiva duração dos processos.

Além disso, ela foi responsável por modificar o papel do juiz no litígio, se, anteriormente, eles tinham a função apenas de fiscalizar os litigantes, agora tem um papel mais ativo, em decorrência da legislação processual instituída no *Civil Procedures Rules*, que sofreu influências de princípios e características da tradição jurídica do civil law. (MARCATO, 2011, p.18).

Além da Inglaterra, podemos citar como exemplo, os Estados Unidos da América, que é um país integrante da tradição common law, mas que ante a necessidade de organizar os Estados-membros que detém independência jurídica, dentro de um mesmo sistema, reconhece a existência de uma legislação paralela.

Desse modo, verifica-se, se no *common law* primitivo havia baixa produção legislativa, visto a ausência de um processo revolucionário e a ausência do dogma da aplicação estrita da lei, o mesmo não ocorre com o *common law* contemporâneo, posto que, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni:

é provável que um estado típico dos Estados Unidos tenha tanta legislação quanto um país europeu ou latino-americano, a qual obviamente deve ser aplicada e interpretada pelos juízes. (2016, p.34).

Nota-se, portanto, ainda que se possa reconhecer que o *common law*, na sua origem, atribuía um papel subsidiário ao Poder Legislativo, visto que este servia apenas para complementar o direito constituído e aplicado pelos Tribunais, o aumento da produção legislativa e a existência da Lei não se opõe a natureza do *common law*. Nesse sentido, Marinoni adverte:

Nesse sistema, a autoridade da lei é superior à das decisões judiciais, e não o contrário, o que autoriza dizer que a quantidade de leis e seu grau de autoridade constituem critérios absolutamente inúteis para distinguir o *common law* do *civil law*. (2016,p.34).

No entendimento de Marinoni, a existência de legislação não é traço distintivo entre as tradições jurídicas, mas sim o fato de que a legislação jamais eliminará a possibilidade de o juiz interpretar a lei.

Nunca se pensou em negar ao juiz do *common law* o poder de interpretar a lei. De modo que, se alguma diferença há, no que diz respeito aos Códigos, entre o *civil law* e o *common law*, tal distinção está no valor ou na ideologia subjacente à ideia de Código. (MARINONI, 2010, p. 55-56).

Assim, inicialmente o ponto distintivo entre os sistemas seria o poder interpretativo concedido aos juízes do *common law*, contudo tal ponto não mais subsiste. Isso porque o constitucionalismo e o ideal do Estado de Bem-Estar Social incorporado nos países de tradição *civil law*, como é o caso do Brasil, atribuiu ao juiz um poder interpretativo de destaque ao tentar, através das decisões judiciais, dar efetividade aos comandos constitucionais. Ou seja, a distinção não decorre da flexibilidade ou alcance das interpretações, mas na relevância que estas assumem dentro de cada um dos sistemas, que varia em função do sistema de precedentes.

Cumprindo ainda salientar que a pluralidade de leis não exclui a necessidade de um sistema de precedentes, posto que tal sistema tem por objetivo conferir estabilidade às decisões judiciais proferidas pelos Tribunais, podendo se limitar a interpretar a lei aplicada no caso concreto.

Assim, o aumento da legislação em países que seguem a tradição jurídica do *common law* não contradiz a sua natureza de ser um sistema jurídico que tem os

precedentes como fonte primordial do direito, mas apenas ressalva a necessidade de introdução deste sistema nos países de civil law, posto que somente é concebível ignorar o sistema de precedentes em um ordenamento em que as decisões judiciais não guardem qualquer autonomia em relação à lei, ou em que não houvesse preocupação com a segurança jurídica e com a igualdade, o que não ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, onde é visível a imprevisibilidade das decisões judiciais baseadas na discricionariedade do magistrados. (MARINONI, 2016, p.35).

### 3 STARE DECISIS E O PRECEDENTE JUDICIAL

#### 3.1 A formação da doutrina dos precedentes e o posterior surgimento do stare decisis

O stare decisis relaciona-se com o brocardo latino stare decisis et non quieta movere (“mantenha-se a decisão e não ofenda o que foi decidido”). Na Inglaterra, tal expressão é empregada como sinônimo da *doctrine of precedente* (ou *rule of precedente*), reconhecida no caso *London Trainways Company v. London County Council*, de 1898, em que a *House of Lords* confirmou a obrigatoriedade de suas próprias decisões serem norteadas por decisões pretéritas com efeito auto vinculante (vinculação horizontal), bem como de que estas vinculem os demais órgãos inferiores que integram a mesma jurisdição (vinculação vertical).

Contudo, é impróprio afirmar que a vinculação dos precedentes é instituto constante no processo inglês e, conseqüentemente, no common law, somente a partir da formação do stare decisis, posto que a regra do precedente obrigatório era praticada no ordenamento jurídico inglês desde o século XVII, conforme adverte Marinoni ao citar Simpson (1973, p.77):

“qualquer identificação entre o sistema do common law e a doutrina dos precedentes, qualquer tentativa de explicar a natureza do common law em termos de stare decisis, certamente será insatisfatória, uma vez que a elaboração de regras e princípios regulando o uso dos precedentes e a determinação e aceitação de sua autoridade são relativamente recentes (...) Além de o common law ter nascido séculos antes de alguém se preocupar com tais questões, ele funcionou muito bem como sistema de direito sem fundamentos e conceitos próprios da teoria dos precedentes (...). (MARINONI, 2016, p. 31).

Porém, o stare decisis não pode ser reduzido a aplicação da regra de solução análoga em casos iguais, posto que se trata de um procedimento complexo estruturado por décadas nas sociedades em que foi constituído.

A doutrina dos precedentes não pode ser utilizada como sinônimo de stare decisis e nem o contrário.

O termo precedente foi utilizado pela primeira vez em 1557. E a doutrina dos precedentes traduz-se na teoria que equipara as decisões judiciais à equidade e a lei, como fonte do direito.

Assim, nas palavras de Lênio Streck e Georges Abboud, “a doutrina dos precedentes vincula as Cortes no julgamento de casos análogos” a partir da

avaliação feita pelos magistrados de quais as razões foram primordiais para a solução dos casos anteriores em litígio. (2015, p.44).

Além disso, asseveram Streck e Abboud que:

A doutrina dos precedentes caracteriza a evolução histórica da filosofia do common law, baseada na casuística e na própria dimensão histórica do fenômeno jurídico. Desse modo, a linha judicial, consistente na aplicação de uma regra ou princípio jurídico em diversos casos análogos, é evidência da existência e validade de cada regra e/ou princípio jurídico aplicado. Assim, perante a doutrina dos precedentes, as decisões não configuram meros exemplos da aplicação das regras e dos princípios, mas, sim, a prova da existência deles e de sua conseqüente recepção pelo Judiciário. Nessa perspectiva, o juiz tem obrigação de encontrar o direito na análise dos casos e declará-lo. (STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. 2015, p.44/45).

Portanto, a doutrina dos precedentes não pode ser confundida com a stare decisis que surgiu apenas no século XIX, quando se instituiu a obrigatoriedade de o Tribunal respeitar os precedentes firmados por este e pelos Tribunais Superiores ao solucionar um caso análogo.

Desse modo, é possível constatar que o ponto distintivo entre a doutrina dos precedentes e a stare decisis está no fato de que a doutrina dos precedentes se vinculava a um conjunto de casos passíveis de aplicação em casos análogos ao invés de uma única decisão com efeito vinculante, conforme reconhece o stare decisis.

Importante consignar que, conforme aduz Lênio Streck e Georges Abboud, “o stare decisis pode ser conceituado como a designação dada para descrever o desenvolvimento que a doutrina dos precedentes do common law obteve no século XIX, tanto nas cortes da Inglaterra quanto nos Estados Unidos”. (STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. 2015, p.46).

Todavia, a formação do stare decisis não foi uma realidade estrita a tradição common law, posto que também foi amplamente difundida nos países integrantes da tradição romano-germânica, tendo em vista que a segurança jurídica é indispensável a estruturação de um Estado de Direito (BUSTAMANTE, 2012, p.82).

Nota-se, evidentemente, que o instrumento da stare decisis utilizado pelos demais países em muito se diverge do propagado em território inglês, visto que foi fortemente influenciada pela tese de Jeremy Bentham, o qual se opunha a teoria declaratória do direito, cuja pregava que a decisão judicial apenas externava o common law. Além de amplamente criticada por Bentham, Austin se opôs frontalmente a teoria declaratória, por considerar que seus adeptos como infantis ao

crer que não criavam o direito, mas apenas declarava algo que sempre existiu, mas que foi criado por ninguém.

No lugar da teoria declaratória, Bentham defendia a adoção da teoria constitutiva do direito, segundo a qual, o direito é produto da vontade dos magistrados externada por meio de decisões judiciais, isto é, não se trata de algo descoberto, mas sim de fruto da criação humana.

Assim, discutia-se, diante da perspectiva de ambas as teorias, o poder autovinculante dos precedentes, bem como a possibilidade de revoga-lo, visto que não é razoável que o Tribunal estivesse obrigado a seguir eternamente decisão pretérita emanada pelo mesmo ou por Corte Superior.

Todavia, a ideia de que o direito era uma criação humana, propiciou o acerbamento da doutrina dos precedentes na Inglaterra, uma vez que somente se admitiu a superação do precedente, quando este fosse contrário à justiça, no ano de 1966.

### **3.2 Conceitos fundamentais: precedente, ratio decidendi e obter dictum**

Para uma melhor compreensão do fenômeno do stare decisis faz-se necessário esclarecer com precisão o conceito de precedente e de seus principais elementos constitutivos.

Entende-se por precedentes os fundamentos contidos em decisões judiciais que possuem caráter vinculante, ou seja, conforme aduz Fredie Didier Jr. “é a decisão judicial tomada à luz do concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”. (2009,p.381).

Portanto, pode-se conceituar como precedente a deliberação judicial que pode vir a balizar decisões subsequentes a respeito do mesmo tema, posto que segundo Marinoni, “um precedente, na medida em que deriva de fonte dotada de autoridade e interfere sobre a vida dos outros, deve ser respeitado por quem o produziu e por quem está obrigado a decidir caso similar” (2016, p.87).

Segundo Lênio Streck e Georges Abboud, o precedente sempre terá dois níveis de análise:

em um primeiro momento, o precedente é uma decisão de um Tribunal com aptidão a ser reproduzida-seguida pelos Tribunais inferiores, entretanto, sua condição de precedente dependerá de ele ser efetivamente seguido na resolução de casos análogos-similares. (2015, p.46).

Assim, somente há a formação de um precedente judicial quando os julgadores ao sentenciar casos análogos tomam determinada decisão pretérita como ponto de partida, como baliza para o julgamento de determinado caso concreto.

Mas para que haja um precedente é necessário que haja uma *ratio decidendi*, a qual, nas palavras de Pierluigi Chiassoni é:

o critério decisional, ou seja, a regra que está subjacente à decisão; é o princípio de direito adotado para definir o conteúdo da demanda; é a premissa ou a passagem lógica que se revela necessária para se alcançar a decisão do caso; é a regra ou princípio que constitui a condição necessária ou suficiente; é o princípio de direito contido na decisão judicial e que é suficiente para decidir o caso concreto; é a argumentação explícita ou implícita necessária ou suficiente para definir o caso e, por último, é a relação entre resolução (motivada) do caso e o próprio caso, ou seja, o fato e as questões jurídicas inerentes. (2000, p.5/6 apud STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. 2015, p.47).

A partir dessas concepções de *ratio decidendi*, é possível concluir que ela “configura o enunciado jurídico a partir do qual é decidido o caso concreto”, a qual “deve, obrigatoriamente, ser analisada em correspondência com a questão fático-jurídica (caso concreto) que ela solucionou”. (STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. 2015, p.47).

Ademais, no common law, a *ratio decidendi* possui a função de evitar arbitrariedade nas decisões judiciais, posto que os juízes ao julgar casos análogos estavam adstritos ao enunciado jurídico que configura a *ratio decidendi*, sem poder incluir fundamentos característicos do “livre convencimento motivado”.

Por outro lado, o *obiter dictum* revela-se a argumentação ou fragmento da argumentação que é irrelevante para a solução final da demanda.

A delimitação entre o que é *ratio decidendi* e o que é *obiter dictum* é essencial dentro do sistema *stare decisis*, posto que permite revelar o precedente judicial que irá respaldar os casos futuros.

Outrossim, a doutrina sustenta a dificuldade em delimitar tais elementos constitutivos do precedente e mesmo em definir o que é vinculante dentro de um precedente judicial.

Todavia, nota-se que apesar da formação do precedente judicial com vinculação horizontal e vertical, a sua aplicação jamais deverá ocorrer de forma mecânica ou subsuntiva na solução de casos análogos, uma vez que inexistente regra jurídica capaz de solucionar todos os casos futuros postos em litígio. Assim, deve ser verificado na circunstância do caso concreto que o precedente virá a solucionar

se é possível utilizá-lo sem a ocorrência de prejuízos, posto que se este for percebido, o precedente deve ser afastado.

### 3.3 Precedente e decisão judicial

É imprópria a confusão entre precedente e decisão judicial. Todo precedente é uma decisão judicial, mas nem toda decisão judicial pode ser qualificada como precedente, visto que, nas palavras de Marinoni:

só há sentido de falar de precedente quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e magistrados (2016,p.157).

Sustenta, ainda, o autor que para se constituir um precedente é necessária uma decisão judicial que verse sobre questão de direito (*point of law*) e que não se limite a replicar o que está descrito na lei, mas que lhe conceda nova interpretação, bem como que enfrente todos os principais argumentos postos a discussão a respeito daquela questão de direito enfrentada no caso concreto. (MARINONI. 2016, p.158).

Ademais, além de ter que enfrentar os principais argumentos a respeito de uma determinada questão de direito, a decisão judicial para se configurar como precedente deve ter seu fundamento partilhado pela maioria dos membros do Colegiado que a proferiu. (MARINONI. 2016, p.158).

Portanto, inúmeras decisões judiciais não são precedentes, sejam por se limitarem a reproduzir texto de lei, sem qualquer atividade interpretativa, ou mesmo ao interpretá-la, seguir julgado anteriormente constituído, ou por não sustentar um fundamento partilhado pela maioria dos julgadores.

Outrossim, o precedente requer uma análise minuciosa da questão de direito posta a discussão, bem como dos principais argumentos a ela referentes, podendo vir a necessitar de mais de uma decisão judicial para ser completamente delineado.

Neste diapasão, pode-se afirmar que “o precedente é a primeira decisão que, ao menos por maioria, decide a questão de direito ou definitivamente a delinea, deixando-a cristalina” (MARINONI. 2016, p.159).

### 3.4 Precedente e súmula vinculante

De igual maneira, é equivocado confundir precedente com súmula. Isso porque, ao contrário da súmula, o precedente não se constitui para ter formação *pro futuro* e nem pretende ser aplicado de forma lógico-subsumtiva.

A força vinculante da súmula é decorrente da sua publicação e da autoridade que a promulga, enquanto que a força vinculante do precedente está atrelada na tradição e na evolução histórica do common law.

Assim, pontua Castanheira Neves:

o precedente é uma concreta decisão jurisprudencial, vinculada como tal ao caso historicamente concreto que decidiu – trata-se também aqui de uma estrita decisão jurisdicional – que se toma (ou se impõe) – como padrão normativo casuístico em decisões análogas ou para casos de aplicação concretamente análoga. (1983,p.12).

Dessa maneira, o precedente é aplicado em um caso análogo se, e somente se, o juiz ao analisar as peculiaridades do caso concreto sub judice e o caso concreto que promoveu a formação do precedente, visualizar que não se trata de qualquer das hipóteses de afastamento do precedente, visto que este não deve ser aceito cegamente pelo julgador, em virtude de que a vinculação do precedente não é inflexível.

Já a súmula, por outro lado, trata-se de um enunciado jurídico proferido por dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal sobre matéria constitucional que atenda aos requisitos do art.103 – A da Constituição Federal, a qual se atribui vinculação geral e abstrata, a partir da sua publicação. Ademais, é constituída com o intuito de que seu conteúdo seja replicado em casos futuros (*pro futuro*), visto que se desvincula da matéria fática que a originou.

Desse modo, conforme sustenta Lênio Streck e Georges Abboud, a solução do caso, por meio da aplicação da súmula vinculante, ao contrário do que ocorre com a aplicação de um precedente, se daria de forma mecânica, sem considerar a situação pessoal e a historicidade de caso concreto. (2015, p.63).

Por derradeiro, importante destacar a crítica realizada pelos autores supracitados, de que, ainda que seja a súmula vinculante um enunciado jurídico que muito se assemelha a legislação, por sua inflexibilidade quando comparada aos precedentes, a sua aplicação não está livre de interpretação, porque “não há clareza que dispense interpretação”. (STRECK, Lênio Luiz; ABBOD, Georges. 2015, p.63).

Assim, apesar das inúmeras dicotomias existentes entre precedentes e súmulas vinculantes, não é possível afirmar que o primeiro é preferível ao segundo,

mas sim que as súmulas vinculantes não são aplicadas com a cautela que requer, isso porque, ela não precisa aniquilar as especificidades do caso concreto, e sim ser analisada como um enunciado jurídico que deve ser interpretado e aplicado, sem a recorrência aos métodos dedutivos ou lógico, respeitando-se a uniformização e integridade do direito, já que nas palavras de Lênio Streck, o direito não é construído em exatidões, mas em respostas adequadas, respaldadas na cadeia de julgamentos anteriores e na doutrina aplicável aquele determinado caso concreto. (2011, p.401).

### **3.5 Técnicas de confronto dos precedentes judiciais**

Para uma correta a aplicação do precedente judicial, exige-se mais do que a simples acolhimento de caso pretérito na solução do caso em litígio, sendo necessário um intenso trabalho interpretativo por parte do julgador, ao analisar a ratio decidendi do caso anterior e concluir sobre sua vinculação ou não ao caso em comento, tendo em vista que as especificidades do caso concreto podem ensejar uma situação de confronto ou de superação do precedente anteriormente firmado.

As técnicas de confronto do precedente se dividem em *restrictive* e *ampliative distinguishing*.

#### **3.5.1 Distinguishing**

Por distinguishing, ou distinção, entende-se a técnica consistente em não aplicação da ratio decidendi de um precedente vinculativo, por estar presentes no caso em litígio peculiaridades que distinguem o caso em comento do caso que originou a formação do precedente, afastando-se, conseqüentemente, a regra imposta no precedente anteriormente firmado.

Assim, o distinguishing revela-se como um método de comparação entre os elementos fáticos e objetivos da demanda com os elementos qualificadores da demanda que originou o precedente, para fins de verificar se é possível ou não a aplicação do precedente.

Desse modo, o distinguishing possibilita maior dinamicidade ao sistema jurídico ao atribuir justiça ao caso concreto, a partir do trabalho hermenêutico do julgador de verificar a inadequação da aplicação da ratio decidendi do precedente

vinculativo ao caso em comento, e afastar a sua aplicação com o fim de mitigar a iniquidade.

Na lição de Nogueira (2011, p.200), ocorre o distinguishing quando o precedente não é aplicado em decorrência, somente, das diferenças significativas entre a situação fática que o originou com o caso em apreço:

Quando um tribunal reconhece a existência do precedente mas encontra significativas diferenças que justificam a não adesão ao caso anterior, ele está dizendo que, explícita ou implicitamente, que se não fossem essas diferenças, a solução do caso atual seria a mesma do precedente, posto que é reconhecido algum valor a esse precedente. O maior problema está no processo de busca e identificação das diferenças e semelhanças, que não é tarefa das mais fáceis.

Além disso, sustenta TUCCI que o juiz ao analisar o mérito da questão jurídica posta em litígio, parte de um processo mental indutivo e empírico ao cotejar se é viável a aplicação da ratio decidendi de casos pretéritos. Assim, o juiz raciocina/interpreta do particular para o geral. (2004, p.183).

Por sua vez, o distinguishing não afasta o precedente judicial sobre a questão direito que incide no caso em apreço, pura e simplesmente em razão das distinções e especificidades do caso concreto quando comparado com o que o precedente foi constituído, mas tal técnica também busca indicar o fundamento jurídico para o afastamento do precedente, visto que será aplicada tese jurídica diversa a delimitada na ratio decidendi do precedente.

Assim, diante da divergência existente entre o caso em análise e aquele que ensejou o precedente, pode o julgador conceder uma interpretação restritiva ao precedente, julgando o caso de forma independente. Há, nessa hipótese, restrictive distinguishing, o qual, nos dizeres de Haroldo Lourenço:

Assim, percebendo o magistrado que há distinção entre o caso em análise e aquele que ensejou o precedente, pode restringi-lo, dando uma interpretação restritiva, por entender que as peculiaridades do caso concreto impedem a aplicação da tese jurídica consagrada no precedente, julgando o caso concreto livremente. (2011).

Por outro lado, o julgador também pode conferir uma interpretação extensiva ao precedente, vindo a estender o princípio contido no precedente, para abarcar casos análogos.

### 3.6 Técnicas de superação dos precedentes judiciais

A técnica de superação do precedente ocorre quando o julgador verificar que a regra indicada na ratio decidendi do precedente não mais se adequa àquela determinada questão de direito, pondo, então, fim a aplicação desta regra e a substituindo por outra totalmente diversa.

A superação do precedente judicial pode ser feita por meio do overruling e do overiding.

#### 3.6.1 Overruling

O overruling é uma técnica de superação em que um precedente perde a sua obrigatoriedade, o seu fator vinculante, ao ser substituído por novo precedente, podendo-se dizer que o precedente foi revogado por julgado posterior.

Fredie Didier aponta que o overruling:

trata-se de método em que os tribunais, depois da reavaliação dos fundamentos que levaram à formação de um precedente que ordinariamente se aplicaria ao caso em julgamento, decidem cancelar a fórmula anterior e atribuir uma interpretação, total ou parcialmente, diferente da antecedente. (2009, p.395).

A técnica do overruling fundamenta-se no fato de que os precedentes podem ser alterados desde que haja elementos que evidenciem a necessidade de superação pelo Poder Judiciário, seja porque este não analisou questões que com o transcorrer do tempo foram colocadas em discussão ou seja porque o caso concreto em apreço possui especificidades que merecem ser analisadas pelo Poder Judiciário.

Assim, na lição de Ataíde Júnior (2012), para que haja a revogação de um precedente devem ser configurados o surgimento de inconsistência sistêmica e a perda da congruência social.

A perda da congruência social ocorre quando, nas palavras de Marinoni:

um precedente passa a negar proposições morais, políticas e de experiência. As proposições morais determinam uma conduta como certa e errada a partir do consenso geral da comunidade, as políticas caracterizam uma situação como boa ou má em face do bem-estar geral e as de experiência dizem respeito ao modo como o mundo funciona. (2011).

Por outro lado, o surgimento da inconsistência sistêmica ocorre quando não há coerência entre o precedente e as demais decisões proferidas sobre determinada questão de direito, porque houve uma modificação a respeito do entendimento sobre

aquela determinada matéria, seja por uma nova concepção, teoria ou por nova dogmática jurídica.

É certo dizer que a revogação de um precedente deve ocorrer a partir de uma extensa e minuciosa argumentação, para não caracterizar violação aos princípios da coerência e integridade do direito, além do princípio da segurança jurídica.

Como pontua Marcelo Souza (2008, p.150) ao se revogar um precedente deve-se ponderar sobre o fato de que não se trata de meras correções de entendimento, mas sim que surgirá novo precedente do qual dependerá às decisões futuras e a coerência do sistema.

Além do mais, a superação do precedente pode ocorrer de forma expressa (*express overruling*), quando o julgado fazer menção a revogação do paradigma; ou implícita (*implied overruling*), quando o tribunal adotar posicionamento divergente.

É possível, ainda, modular os efeitos da superação do precedente. É chamado de *retrospective overruling*, a decisão que permite que o novo precedente atinja fatos anteriores a sua constituição, mas ainda não julgados, quando o precedente anterior não era consolidado a fim de gerar confiança em seu enunciado.

Por sua vez, o *prospective overruling* indica que os efeitos do novo precedente firmado somente incidirá sobre fatos futuros. Este ocorrerá quando o precedente antigo for bastante consolidado, necessitando-se, assim, adequar a utilização do novo precedente com a boa-fé objetiva e a confiança dos jurisdicionados.

Portanto, será verificada a superação do precedente quando este não estiver de acordo com os padrões de congruência social ou consistência sistêmica, ou quando for constatado que este era significativamente equivocado ou mal formulado desde o início, devendo o julgador escolher a técnica de modulação de efeitos (*prospective overruling* ou *retrospective overruling*) que se demonstrar mais acertada, considerando a confiabilidade depositada no precedente pelos jurisdicionados.

### **3.6.2 Overriding**

Essa técnica consiste em uma superação parcial do precedente, ante a restrição de incidência do precedente na decisão judicial, em virtude de nova regra de direito.

Segundo Didier (2011, p.397):

Há *overriding* quando o tribunal apenas limita o âmbito de incidência do precedente, em função de superveniência de uma regra ou princípio legal. No *overriding*, portanto, não há superação total do precedente, mas apenas uma superação parcial. É uma espécie de revogação parcial.

Desse modo, realizada as distinções entre os principais elementos constitutivos do precedente, a sua aplicação dentro do sistema *stare decisis* e os métodos de confronto e superação dos precedentes judiciais, é possível iniciar o estudo a respeito da aplicação do sistema de precedentes na uniformização do direito, notadamente, no que se refere ao ordenamento jurídico brasileiro.

## 4 OS PRECEDENTES À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

### 4.1 O modelo constitucional do processo brasileiro

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, os sistemas jurídicos europeus sofreram grandes alterações, passando-se a adotar o modelo chamado de constitucionalismo ou constitucionalização do Direito. Essa mudança de paradigma só foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro em 1988 com a promulgação da Constituição da República de 1988, que instituiu o Estado Democrático do Direito e fez com que todo o Direito fosse pensado e analisado a partir da Constituição, até mesmo, o Direito Processual.

O modelo constitucional processual brasileiro é fundamentado em diversos princípios constitucionais que delimita a maneira que o processo deve ser interpretado e aplicado no sistema jurídico brasileiro.

Inicialmente, deve ser verificado o que se denomina como princípios.

Os princípios, segundo Dworkin, são:

um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade [*fairness*] ou alguma outra dimensão da moralidade. (DWORKIN apud CÂMARA, 2017, p. 64).

Os princípios possuem caráter normativo, mas se distinguem das regras jurídicas. As regras se aplicam no modelo tudo-ou-nada e indicam uma resposta clara a situação fática que a ela se submete. Já, os princípios são normas jurídicas que possuem uma dimensão de peso ou importância, os quais não oferecem uma consequência jurídica automática à situação em julgamento.

Desse modo, por ser uma dimensão de peso a ser sopesada no caso em concreto, os princípios podem entrar em conflito, que será resolvido “força relativa” de cada princípio e não pela escolha do aplicador do direito, posto que os princípios não possuem caráter axiológico (CÂMARA, Alexandre de Freitas, 2017, p.64).

A Constituição Brasileira de 1988 prevê inúmeros princípios que integram o modelo constitucional de processo. Dentre eles estão alguns que precisam ser analisados para o exame do objeto deste trabalho. Então, passa-se a análise dos

princípios constitucionais, buscando-se apontar o modo como eles se relacionam com a teoria dos precedentes.

#### **4.1.1 Princípio do devido processo constitucional**

O art. 5º, LIV da Constituição Federal de 1988 estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O artigo supracitado prevê o princípio do devido processo legal, o qual é conceituado, por muitos, como um “instituto de teor inexato, vago e indefinido”. Contudo, tal princípio apresenta um conteúdo preciso, visto que, nas palavras de Alexandre Freitas de Câmara, “visa a assegurar que o processo judicial se desenvolva de acordo com o *modelo constitucional de processo*, sendo, pois, uma verdadeira garantia de que haverá um *devido processo constitucional*” (2017, p.66).

Assim, notadamente, este princípio estabelece a garantia de que se observará o devido processo constitucional, visto que a partir de um modelo constitucional de processo, ele assegura que a prestação da tutela jurisdicional ocorra “sob a inarredável disciplina constitucional principiológica” (CÂMARA, Alexandre de Freitas, 2017, p.67).

O respeito ao devido processo constitucional acarreta na exigência que o processo se desenvolva em conformidade com os princípios da igualdade, do juízo natural, do contraditório, da fundamentação das decisões judiciais e da duração razoável do processo, os quais serão tratados em seguida.

Assim, o exame dos demais princípios corolários do modelo constitucional de processo brasileiro será fundamental para que se possa, no desenvolvimento desse estudo, demonstrar a tese proposta: de que maneira os precedentes judiciais devem ser aplicados no ordenamento jurídico brasileiro para promover a uniformização do direito.

#### **4.1.2 Princípio da Igualdade**

O modelo constitucional de processo brasileiro exige que o processo se desenvolva de forma igualitária. Ou seja, conforme ilustra Alexandre Câmara, “exige-se, pois, que no processo haja um equilíbrio de forças entre os diversos atores

processuais, todos igualmente importantes para a produção do resultado final” (2017, p. 70).

Afirma, ainda, o ilustríssimo autor que, produto desta exigência constitucional de igualdade é a igualdade processual, que se sub-divide em: igualdade de equipamentos, igualdade de procedimentos e igualdade de resultados (CÂMARA, Alexandre de Freitas, 2017, p.70).

Isto é, as partes devem possuir no processo civil brasileiro “paridade de armas” a fim de possuir instrumentos para exercer os seus direitos materiais e processuais; casos iguais devem seguir ao mesmo trâmite processual; e casos iguais devem produzir resultados iguais, máxima que é pressuposto básico do sistema de precedentes, como enfatizado pela expressão *treat likes cases alike*.

Exemplificando-se, a igualdade processual de equipamentos, pode ser citado o artigo 373, §1º do CPC, em que se permite a atribuição do ônus da prova de modo diverso, quando nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, pelo magistrado, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Assim, verifica-se que o legislador ao redigir o artigo supracitado se preocupou com a construção de um processo equilibrado, em que o resultado a ser obtido não irá favorecer a qualquer das partes simplesmente por esta ser mais forte.

Componente imprescindível de um modelo processual igualitário é o desenvolvimento de uma técnica de padronização decisória com base em precedentes, visto que um dos aspectos do princípio da igualdade é o dever de igual aplicação do direito. Isso porque, “a igualdade perante a lei, declarada em nossa Constituição (art.5º, I), significa uma limitação ao legislador e uma regra de interpretação” (CARVALHO, 2008, p.733). Se todos são iguais perante a lei, todos devem ser iguais perante a aplicação da lei.

Nesse sentido, é o apontamento de Luiz Guilherme Marinoni (2010, p.228):

A igualdade não pode limitar-se no âmbito do exercício da função jurisdicional, ao tratamento isonômico das partes, com garantia de participação em igualdade de armas, ou à igualdade de acesso à jurisdição e igualdade de acesso a determinados procedimentos e técnicas processuais; é necessário pensar também no princípio isonômico visto sob o viés da igualdade perante as decisões judiciais.

Assim, somente a partir do desenvolvimento de técnicas de padronização decisória, em que casos iguais sejam decididos de forma igual, é possível mudar o quadro atual de instabilidade das decisões judiciais, haja vista que a produção de uma técnica decisória fundada em precedentes garante efetividade do princípio da igualdade perante a aplicação da lei.

Porém, há outro ponto que merece destaque. Em decorrência do princípio da igualdade, há também o direito à diferença, posto que:

se preserva a igualdade quando, diante de situações idênticas, há decisões idênticas. Entretanto, viola-se o mesmo princípio da igualdade quando em hipóteses de situações “semelhantes”, aplica-se, sem mais, uma “tese” anteriormente definida (sem considerações quanto às questões próprias do caso a ser decidido e o paradigma): aí há também violação à igualdade, nesse segundo sentido, como direito constitucional à diferença e à singularidade (CÂMARA, Alexandre Freitas. 2017, p. 72).

Isso tem evidente ligação com a formação constitucionalmente adequada de um modelo de padronização decisória. É que precedentes não podem ser aplicados de forma automática, com a simples reprodução dos argumentos utilizados na resolução de caso análogo. Mas, deve ser considerado como o ponto de partida para a construção da nova decisão, onde deverá ser ponderado os elementos fáticos e jurídicos sobre a demanda em julgamento para se verificar se está autorizado o emprego do precedente, visto que o art. 489, § 1º, V, do CPC/2015, não considera fundamentada a decisão judicial que invoca um padrão decisório sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento a eles se ajusta.

Decorrente disso, está o dever de ser reconhecer mecanismos de distinção, capaz de estabelecer o tratamento diferenciado em casos distintos (distinguishing), e, conseqüentemente, vindo a afastar a aplicação do precedente anteriormente estabelecido, já que a sua aplicação em caso distinto violaria o princípio da igualdade e da fundamentação das decisões judiciais. Isso porque, é dever do magistrado afastar a incidência do precedente quando ficar demonstrada a distinção, além de que deve demonstrar a existência da distinção ou da superação do precedente, na fundamentação da decisão, sob pena desta ser declarada nula na forma do artigo 489, §1º, VI do CPC.

#### 4.1.3 Princípio do juiz natural

O princípio do juízo natural encontra-se expresso nos incisos XXXVII e LIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, os quais prescrevem, respectivamente, que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

Assim, para que o processo civil se desenvolva em compatibilidade com o modelo constitucional de processo, exige-se que este se desenvolva perante um juiz ou juízo natural, ou seja, o processo deve ser instaurado e se desenvolver perante um órgão jurisdicional cuja competência tenha sido constitucionalmente prefixada (CÂMARA, Alexandre Freitas. 2017. p. 73/74).

Segundo Chiavario, isso significa que o

legislador dev[e] predispor “um” ordenamento de competências, segundo critérios por ele próprio estabelecidos, de modo que seja sempre normativamente determinado – e cognoscível *a priori*, com respeito ao verificar-se dos fatos sobre os quais haja de desenvolver-se um processo – o órgão a que caberá julgar. (CÂMARA, Alexandre Freitas. 2017, p.75).

Dentro da análise do princípio do juiz natural, ponto que merece destaque são as atribuições constitucionais atribuídas ao STF e ao STJ quanto a função de fixar a interpretação a ser adotada para a aplicação de determinadas normas jurídicas no contexto da teoria da vinculação vertical dos precedentes.

Segundo a divisão de competências estabelecida na Constituição Federal de 1988 cabe ao STF fixar a interpretação conferida às normas constitucionais e ao STJ fixar a interpretação conferida às normas federais.

O ponto se torna relevante ao se verificar que, diante do sistema de controle de constitucionalidade difuso, o STJ também se manifesta sobre matéria constitucional, bem como que, em se tratando de casos de competência originária, o STF também se pronuncia sobre matéria infraconstitucional. Assim, não é inconcebível a existência de divergência entre a interpretação concedida pelos referidos Tribunais ao mesmo tema.

Quando a decisão a respeito de interpretação de norma constitucional é proferida pelo STF, guardião da Constituição, torna-se evidente que esta vincula os demais tribunais inferiores, tendo em vista a eficácia vertical dos precedentes. Contudo, ponto divergente é saber se a interpretação a respeito de norma infraconstitucional conferida pelo STJ vincularia o STF, que é órgão hierarquicamente superior ao primeiro.

Ao analisar a eficácia vertical dos precedentes na tradição *Common Law*, diversos autores afirmam que as decisões de cortes inferiores somente têm eficácia de precedente persuasivo para as cortes superiores, ou seja, que esta não se encontra vinculada as decisões proferidas pelas cortes inferiores.

Contudo, é necessário adaptar a aplicação da eficácia vertical dos precedentes tendo em vista a estrutura diferenciada do ordenamento jurídico brasileiro, composto de duas cortes superiores.

Nesse sentido, Alexandre Freitas de Câmara aduz que somente é possível realizar tal adaptação à luz do princípio do juiz natural (2017, p.78).

Afirma, ainda, o referido autor que:

É preciso, então, ter claro que a superioridade hierárquica do STF perante o STJ se manifesta apenas (do ponto de vista da formação dos precedentes ou outros padrões decisórios) em matéria constitucional. É o STF o *juízo natural* dos precedentes em matéria constitucional. Mas o STJ é o órgão máximo da interpretação da legislação infraconstitucional federal, sendo esta Corte, e não aquela, o *juízo natural* dos precedentes em matéria de Direito federal. (CÂMARA, Alexandre Freitas. 2017. p.78).

Portanto, se tratando de interpretação concedida a aplicação de normas infraconstitucionais, o entendimento que deve prevalecer é o do STJ, posto que a Constituição Federal estabeleceu em seu artigo 105, III, c, que ao Superior Tribunal de Justiça cabe uniformizar a interpretação da lei federal infraconstitucional.

No modelo constitucional de processo brasileiro, o STF por força de previsão constitucional está vinculado aos precedentes firmados pelo STJ no que tange a interpretação de norma federal infraconstitucional, podendo-se afirmar que há uma eficácia vinculante em movimento ascendente da dimensão vertical dos precedentes.

Desse modo, a eficácia vinculante atribuída aos precedentes sofre uma pequena variação no contexto do ordenamento jurídico brasileiro a fim de prestigiar o dever de coerência, integridade e unicidade da jurisprudência pátria, conforme estabelece o artigo 926 do CPC.

Diante do que foi exposto até o presente momento, verifica-se que o sistema de precedentes é uma exigência do princípio da igualdade e que ele somente pode ser inserido no modelo constitucional de processo se observar estritamente o princípio do juiz natural. Além disso, a aplicação do sistema de precedentes prescinde de uma intensa fundamentação das decisões judiciais, sob pena de violar

os princípios acima expostos e sob pena de retirar a legitimidade democrática da função jurisdicional, razão pela qual, passa-se a análise do princípio da fundamentação das decisões judiciais.

#### **4.1.4 Princípio da fundamentação das decisões judiciais**

O artigo 93, IX da Constituição Federal, replicado pelo artigo 11 do CPC, dispõe que: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)”.

Dessa maneira, a fundamentação das decisões judiciais é uma premissa do Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, do modelo constitucional de processo, haja vista que estes pressupõem a existência de mecanismos de controle dos atos jurisdicionais.

Michele Taruffo adverte que o princípio da fundamentação das decisões judiciais é decorrente do princípio de “controlabilidade” que se revela na possibilidade de controlar “o modo como os órgãos estatais exercitam o poder que o ordenamento lhes confere” (CÂMARA, Alexandre Freitas. 2017. p. 80).

São inúmeras as justificativas para a exigência da fundamentação das decisões judiciais, entre elas, podemos citar:

a) racionalização da atividade jurisdicional; b) controle da juridicidade da decisão; c) legitimação do exercício do poder jurisdicional; d) proteção do devido processo legal e promoção de várias de suas garantias; e) melhora da qualidade das decisões ao forçar o efetivo exame da causa e aumentar o tempo de meditação sobre ela; f) redução do número de recursos; e g) promoção da segurança jurídica ao definir a interpretação dos dispositivos normativos e tornar possível a homogeneização jurisprudencial pelos Tribunais Superiores. (LUCCA, Rodrigo Ramina de; 2016, p.80).

Assim, a previsão constitucional do dever de fundamentação das decisões judiciais tem por intuito retirar o cunho subjetivo da função judicial, que se reveste em uma garantia do jurisdicionado.

A fundamentação da decisão judicial deve ser substancial, visto que é inconcebível dentro do modelo constitucional de processo que seja proferida uma decisão com simulação de fundamento. Isso ocorre quando sentenças têm um único argumento, explicar a decisão. Fundamentar é diferente de explicar. Exemplificadamente, quando o juiz diz que decidiu a lide com base na lei “X”, ele está explicando a decisão, mas quando ele indica as razões pela qual a parte “a” foi vencedora e a parte “b” foi vencida, ele está fundamentando a decisão.

Com o intuito de instituir a fundamentação substancial das decisões judiciais estabelece o artigo 489, §1º do CPC que:

**Art. 489, §1º.** Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Pelo dispositivo acima transcrito, é perceptível a relação intrínseca entre a fundamentação das decisões judiciais e a construção de decisões a partir do sistema de precedentes, visto que não se considera fundamentada decisão que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”, bem como existe vício de fundamentação em decisão judicial que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

É necessário ressaltar novamente que a exigência da fundamentação das decisões judiciais é inerente ao modelo constitucional de processo e ao Estado Democrático de Direito, visto que “apenas com uma fundamentação completa e adequada haverá possibilidade de controlabilidade das decisões judiciais” (CÂMARA, Alexandre Freitas. 2017. p. 82).

Há, assim, uma relação direta entre o princípio da fundamentação das decisões judiciais e o Estado Democrático de Direito, visto que diante da disposição do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, exige-se a legitimação democrática de todos os atos de poder. E a legitimação democrática das decisões judiciais somente

ocorre a partir da fundamentação substancial das decisões judiciais, na medida em que a partir de uma extensa e minuciosa fundamentação é possível constatar que o ato decisório está amparado no direito vigente, uma vez que, conforme entendimento de Rodrigo Ramina de Lucca, “a atividade jurisdicional extrai a sua legitimidade de seu exercício *procedimentalizado*, da participação efetiva das partes no processo e da juridicidade e *racionalidade* das decisões ao final proferidas” (2016, p.125).

Sem a fundamentação, a parte não pode exercer o controle sobre a atividade jurisdicional. Assim, o convencimento judicial deve ser racional, fundado em elementos probatórios dos autos e devidamente fundamentado. A racionalidade significa que o resultado obtido com a demanda não foi produto da imparcialidade do juiz; a base em elementos probatórios dos autos permite às partes o exercício da garantia do contraditório, entre outras; e a fundamentação indica quais os elementos (fáticos e jurídicos) suscitaram na solução jurídica dada pelo juiz naquele determinado caso concreto. (LUCCA, Rodrigo Ramina de; 2016, p.128).

A ausência de fundamentação implica na impossibilidade de as partes atacarem a decisão proferida em sede recursal, visto que insignificante a indicação dos motivos que suscitaram em tal resultado.

Por derradeiro, importante salientar que a motivação das decisões judiciais se trata de prestação de contas do juiz com a sociedade. Entretanto, o controle da atividade judicial não se refere a criação de um juiz político que baseia suas decisões na opinião pública, mas remete a criação de uma atividade judicial, afastada da política, e que concretiza o direito.

Desse modo, verifica-se que o livre convencimento motivado do magistrado é incompatível com o modelo constitucional de processo, bem como que toda decisão deve ser fundamentada a fim de demonstrar que esta se revela como a decisão mais correta para o caso em comento.

#### **4.1.5 Princípio da duração razoável do processo**

A garantia de duração razoável do processo se revela como um dos fundamentos do modelo constitucional de processo civil, em que se busca a produção dos resultados ao que o processo se destina, de forma satisfatória e em tempo razoável para todos os envolvidos. Por um lado, não se trata do direito a um

processo rápido, mas ao processo desenvolvido com respeito às garantias. E, por outro ângulo, deve-se evitar o processo extremamente moroso.

Conforme assevera Alexandre Freitas de Câmara,

por força da garantia de duração *razoável*, o processo não pode demorar nem um dia a mais, e nem um dia a menos, do que o tempo necessário para produzir um resultado justo (entendido este como o resultado constitucionalmente legítimo) (2017.p.87).

Deve, pois, a garantia da duração razoável do processo ser entendida como “a garantia de que o processo se desenvolverá sem dilações indevidas”, durando o tempo necessário para garantir e para atingir o resultado mais justo ao caso concreto, com base no direito vigente. (CÂMARA, Alexandre Freitas. 2017. p. 87).

Nesse contexto, a questão que se põe é como constituir um paradigma processual em que seja possível a prestação da tutela jurisdicional de forma eficiente e com respeito à garantia da duração razoável do processo.

Nas palavras, de Alexandre Freitas Câmara, “o sistema de prestação de justiça civil será eficiente se for capaz de conduzir à produção dos resultados esperados do processo com o mínimo de dispêndio de tempo e energias” (2017. p. 87).

Portanto, necessita-se remover todos os obstáculos a eficiência da prestação da tutela jurisdicional e da garantia da duração razoável do processo. É preciso modificar a forma como o processo se desenvolve dentro do próprio Poder Judiciário. Isso porque, é notoriamente contrária a garantia da duração razoável do processo, a espera de meses para a juntada de uma petição nos autos ou a espera de anos para que o juiz profira um simples despacho de mero expediente.

Assim, a construção de uma padronização decisória, com base no sistema de precedentes e no respeito ao modelo constitucional de processo, pode ser considerado como um instrumento apto a diminuir a morosidade do trâmite processual. Isso porque, se casos iguais são decididos de forma igual, produzem-se melhores resultados em um razoável espaço de tempo, posto que a aplicação do precedente na forma constitucionalmente adequada – isto é, com respeito aos princípios acima explicados – diminui o retrabalho e, conseqüentemente, a morosidade excessiva do procedimento.

A título de exemplo, podem ser citadas decisões judiciais proferidas por juízes de primeira instância que são totalmente divergentes ao entendimento firmado pelo Tribunal de Justiça ou pelos Tribunais Superiores sobre o mesmo tema, em que a

parte tem que aguardar que o processo seja remetido à segunda ou terceira instância para ter seu direito efetivado. Ou seja, se os juízes de primeira instância aplicassem o precedente firmado sobre o tema em que versa a demanda – evidentemente, quando não se tratar de caso de distinção ou de superação do precedente anteriormente firmado – o jurisdicionado teria a prestação da tutela jurisdicional adequada em tempo bem inferior, permitindo-se, assim, a efetivação da garantia da duração razoável do processo.

Isto é, o respeito aos precedentes – formado conforme as exigências do modelo constitucional de processo – permite a consagração do princípio da duração razoável do processo, na medida em que se obtém resultados legitimados constitucionalmente em tempo razoável.

Assim, para a construção de um sistema de padronização decisória compatível com o modelo constitucional de processo, impende examinar o princípio do contraditório.

#### **4.1.6 Princípio do contraditório**

O princípio do contraditório integra a própria ideia de processo, posto que este pode ser entendido com um procedimento em contraditório.

Inicialmente, entendeu-se o contraditório simplesmente como uma garantia formal, revelada no direito a informação e a manifestação. Contudo, este modelo de contraditório não é compatível com os ideais do Estado Democrático de Direito, na medida em que este consagra a necessidade dos interessados (partes envolvidas no processo) efetivamente participarem da construção do resultado ao qual o processo civil se destina, qual seja, a possibilidade das partes influenciarem diretamente na forma em que será prestada a tutela jurisdicional.

Como afirma Habermas (1997, p.212)

[n]o princípio da soberania popular, segundo o qual todo o poder do Estado vem do povo, o direito subjetivo à participação, com igualdade de chances, na formação democrática da vontade, vem ao encontro da possibilidade jurídico-objetiva de uma prática institucionalizada de autodeterminação dos cidadãos. Esse princípio forma a charneira entre o sistema dos direitos e a construção de um Estado de direito.

Assim, além de uma garantia meramente formal, no modelo constitucional de processo, o contraditório se revela como uma garantia substancial, englobando o direito de participação com influência e garantia de não surpresa.

Esta concepção de contraditório se desenvolveu com a doutrina alemã, em que se verificou que se atribuiu ao contraditório a possibilidade de influenciar o conteúdo das decisões e o trâmite do processo, bem como a reduzir a possibilidade do resultado obtido com o processo surpreender as partes (CÂMARA, Alexandre Freitas. 2017. p. 96).

Assim, o contraditório como garantia substancial revela

à exigência de consagrar formas adequadas de participação ou de colaboração dinâmica das partes no curso do processo inteiro, de modo que lhes é sempre concedida, sobre bases paritárias, uma *possibilidade efetiva de influir, com sua própria atividade de defesa, na formação do convencimento do juiz* (e, portanto, sobre o *iter* formativo) da decisão jurisdicional.(CÂMARA, Alexandre Freitas. 2017, p. 98).

Nesse sentido, somente é possível verificar o respeito do contraditório em seu viés de direito de influência e garantia de não surpresa na fundamentação da decisão judicial, princípio outrora exposto. Isso porque, somente nessa oportunidade será possível aferir se os argumentos deduzidos pelas partes tiveram a capacidade de influenciar na decisão final do processo judicial. Daí, deriva-se a necessidade de todos os argumentos das partes serem enfrentados pelo magistrado ao decidir o caso em julgamento, visto que fundamentar uma decisão é apontar as razões pelas quais a parte “a” foi vencedora e as razões pelas quais a parte “b” foi vencida, na forma do artigo 489, §1º, IV do CPC, o qual afirma que:

**489, §1º, IV.** Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

Portanto, qualquer decisão que não seja produto da matéria (fática e jurídica) discutida pelas partes é nula na medida em que viola o princípio da fundamentação das decisões judiciais, conforme artigo supracitado, e viola o contraditório substancial, consagrado pelo artigo 10 do CPC, posto que se revela como uma decisão “surpresa” que se fundamenta em aspectos desconhecidos pelas partes, as quais não tiveram a possibilidade de se manifestarem a respeito.

Assim, o resultado do processo só é legitimado constitucionalmente se decorrer da observância do princípio do contraditório.

Nesse sentido, é o acórdão proferido no julgamento do MS 26849 AgRg/DF:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVOS REGIMENTAIS EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DO CARGO DE AUDITOR DO TCU (MINISTROS-SUBSTITUTOS). SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL. DECISUM

MONOCRÁTICO QUE EXTINGUIU O MANDAMUS ANTE A PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO SEM OPORTUNIZAR PRÉVIA OITIVA AO AGRAVANTE. ULTRAJE AO POSTULADO DO CONTRADITÓRIO (CRFB/88, ART. 5º, LV). SUBSISTÊNCIA DO INTERESSE PROCESSUAL DO AGRAVANTE NO PROSSEGUIMENTO DO FEITO POR IMPORTAR ORDEM DE CLASSIFICAÇÃO NO CERTAME. ANTIGUIDADE NO CONCURSO DE AUDITOR DO TCU COMO CRITÉRIO PARA A FRUIÇÃO DE DIREITOS E PRERROGATIVAS CONSTITUCIONAIS, LEGAIS E REGULAMENTARES. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. PRIMEIRO AGRAVO REGIMENTAL. DECISUM QUE NEGOU SEGUIMENTO ANTE A AUSÊNCIA DE LIQUIDEZ E CERTEZA DO DIREITO VINDICADO. FUNDAMENTAÇÃO AMPARADA NO FATO DE QUE O ATO APONTADO COMO COATOR (EDITAL Nº 11/2007), HOMOLOGANDO O REFERIDO CONCURSO, FOI PUBLICADO EM DATA ANTERIOR AO RECURSO ADMINISTRATIVO INTERPOSTO PELO AGRAVANTE QUE IMPUGNAVA OS PONTOS ATRIBUÍDOS AO LITISCONSORTE. NECESSIDADE DE PRECISAR OS CONTORNOS DA CAUSA PETENDI. DESCONFORMIDADE DAS CERTIDÕES APRESENTADAS PELO LITISCONSORTE, PRIMEIRO COLOCADO NO CERTAME, COM AS EXIGÊNCIAS EDITALÍCIAS. ATRIBUIÇÃO INDEVIDA DE PONTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO DA VALORAÇÃO ENGENDRADA PELA COMISSÃO DO CERTAME. POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL, EM BASES EXCEPCIONAIS, SEMPRE QUE SE CONFIGURAR DESVIO DE FINALIDADE QUANDO DA ATRIBUIÇÃO DA PONTUAÇÃO OU EM CASOS DE MANIFESTA AUSÊNCIA DE PROPORCIONALIDADE. TÍTULO: EFETIVO EXERCÍCIO DE MAGISTÉRIO SUPERIOR NAS ÁREAS DE DIREITO, ECONOMIA, CONTABILIDADE OU ADMINISTRAÇÃO. CERTIDÕES COMPROBATÓRIAS DO EXERCÍCIO DE MAGISTÉRIO SUPERIOR PELO LITISCONSORTE PERANTE A ACADEMIA NACIONAL DAS AGULHAS NEGRAS (AMAN) E A ESCOLA SUPERIOR DE APERFEIÇOAMENTO DE OFICIAIS (ESAO), NA QUALIDADE DE INSTRUTOR DE ADMINISTRAÇÃO MILITAR. TÍTULO: APROVAÇÃO EM TODAS AS ETAPAS DE CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE VAGA EM CARGO PRIVATIVO NAS ÁREAS DE DIREITO, ECONOMIA, CONTABILIDADE OU ADMINISTRAÇÃO. APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE AUDITOR DO TCDF. CERTIDÃO EXARADA PELA DIREÇÃO DE RECURSOS HUMANOS E PELA SEÇÃO DE SELEÇÃO E TREINAMENTO DO TCDF. EDITAL QUE PREVÊ COMO REQUISITO PARA A INVESTIDURA DO CARGO O BACHARELADO EM DIREITO, ECONOMIA, CONTABILIDADE OU ADMINISTRAÇÃO. PRIMEIRO AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O contraditório, na sua hodierna concepção, refere-se ao direito de participação e de influência nos rumos do processo (CABRAL, Antônio do Passo. *Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito*. Rivista di Diritto Processuale. Padova: Cedam, 2005; OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. Revista do advogado, nº 40, p. 35-38, jul. 1993), superando a visão que a restringia à trilateralidade de instância, concebendo o processo como *actus minus trium personarum*. 2. A ideia de contenção do arbítrio estatal, corolário do constitucionalismo, interdita comportamentos e decisões dos órgãos e agentes públicos lesivos ao patrimônio jurídico do cidadão. 3. A garantia do contraditório reclama que, uma vez verificada que uma dada ação estatal possa vulnerar objetivamente a esfera jurídica do cidadão, seja salvaguardada a prerrogativa de pronunciar-se previamente acerca de todas as questões fáticas e jurídicas debatidas no processo com vistas a subsidiar uma decisão amadurecida da controvérsia, inclusive acerca daquelas matérias que o magistrado pode *ex officio* conhecer (COMOGLIO, Paolo. *La garantizia dell' azione ed il processo civile*. Padova: Cedam, 1970, p. 145-146). 4. O interesse processual do Agravante no prosseguimento do feito

subsiste, não obstante a sua nomeação e posse no cargo de Auditor do TCU pelo Presidente da República, por importar ordem de classificação do certame. 5. In casu, a) O litisconsorte passivo pleiteou através da petição, datada de 12.05.2009, requerendo a extinção do feito, sem resolução de mérito, por perda superveniente do objeto (fls. 615/616), de vez que não mais subsistiria o interesse processual no prosseguimento do feito face à nomeação e posse do Agravante para cargo de Auditor do Tribunal de Contas da União pelo Presidente da República, em decorrência da criação de mais um cargo ao quadro de Auditores do TCU pela Lei nº 11.854/2008; b) O pedido do litisconsorte passivo foi acolhido, sem oportunizar o prévio pronunciamento do Agravante, extinguindo o feito, sem resolução de mérito, em manifesta contrariedade à garantia constitucional do contraditório; c) A ordem de antiguidade proveniente da aprovação do concurso público de Auditor do TCU é critério determinante para a fruição de diversos direitos e prerrogativas em sede constitucional, legal e regulamentar (e.g., nomeação de Ministros da Corte de Contas dentre integrantes dos quadros de Auditores, convocação de substitutos dos Ministros do TCU etc.) 6. A escorreita delimitação da controversia fática é condição indispensável no mandado de segurança, máxime porque permite ao órgão jurisdicional aferir se o direito vindicado pelo Impetrante poderá ser comprovado de plano, por meio de documentação inequívoca, i.e., se comporta análise quanto à sua liquidez e certeza. 7. Deveras, o caso sub examine revela que: a) o decisum monocrático amparou-se no fato de que o ato coator (Edital nº 11/2007) fora publicado antes do julgamento de seu segundo recurso administrativo, desta vez interposto perante o Presidente do certame. b) A premissa fática ensejou duas ilações, a saber: a primeira, no sentido de que o recurso administrativo interposto perante a autoridade competente foi devidamente apreciado, e nele não constava qualquer impugnação aos pontos atribuídos a André Luís de Carvalho, primeiro colocado; e, a segunda, afirmando que o recurso administrativo dirigido ao Presidente do Concurso, na qual se impugnava a pontuação da prova de títulos de seu concorrente, não constava no edital, de modo que, eventual apreciação, seria anti-isonômica em relação aos demais candidatos; c) A causa petendi deduzida pelo Impetrante versa a desconformidade das certidões acostadas pelo Impetrante para a comprovação dos títulos com as exigências objetivas constantes do Edital do certame. 8. A legalidade dos concursos públicos é plenamente cognoscível na via jurisdicional, sendo defeso, todavia, ao Poder Judiciário substituir-se à banca examinadora, outrossim imiscuir-se nos critérios de correção de provas e atribuição de notas. 9. A causa mandamental não abarca a pretensão deduzida no writ ab origine, concernente ao reexame da adequação das certidões acostadas pelo litisconsorte, primeiro colocado no concurso, com os critérios fixados para a comprovação dos títulos exigidos pelo Edital do concurso de Auditor do TCU, esbarrando em óbice intransponível, consubstanciado na ausência de liquidez e certeza do direito vindicado, máxime porque a mencionada pontuação decorreu de valoração engendrada pela comissão à luz de critérios estabelecidos no edital que rege o certame in foco, fato que, evidentemente, revela a ausência de ilegalidade e, a fortiori, afasta o controle judicial, interditando a apreciação do pedido de nulidade do Edital nº 11/2007 e a retirada dos pontos atribuídos aos títulos ao primeiro colocado. 10. A releitura da atávica dicotomia entre atos vinculados v. atos discricionários pela moderna dogmática do direito administrativo, autoriza o controle jurisdicional mais ou menos intenso nos atos praticados pelas comissões organizadoras de concurso público conforme o grau de vinculação do ato administrativo (edital) à juridicidade, notadamente quando se verificar desvio da finalidade na atribuição de pontuação aos títulos dos candidatos ou quando esta for manifestamente desproporcional à luz das exigências editalícias. 11. Na espécie, a) as certidões da Diretoria de Pessoal do Exército apresentadas pelo litisconsorte, de fls. 449/454, comprovaram o efetivo desempenho do magistério em instituição de ensino

superior, especificamente na Academia Militar das Agulhas Negras (AMAN), entre 09.01.1989 a 28.12.1991, e na Escola de Aperfeiçoamento de Oficiais (ESAO), no período de 23.01.1995 a 02.12.1997, na qualidade de instrutor de administração militar, i.e., na área de Administração; b) a certidão de fls. 467, exarada pela Direção de Recursos Humanos e pela Seção de Seleção e Treinamento do Tribunal de Contas do Distrito Federal, atesta categoricamente que o litisconsorte fora aprovado em todas as etapas do concurso público para o cargo de Auditor do Tribunal de Contas do Distrito Federal, obtendo a primeira colocação na classificação final. c) a certidão, a despeito de não mencionar expressamente os requisitos para a investidura no cargo e a escolaridade exigida, não infirma o fato inequívoco de que o litisconsorte juntou aos autos o edital do certame de Auditor do TCDF, em que se colhe como um dos requisitos indispensáveis à investidura no indigitado cargo, especificamente no item 2.4, b, que o aprovado seja portador de diploma de curso superior ou habilitação legal equivalente, devidamente registrado, nas áreas de Contabilidade, Direito, Economia ou Administração. d) Destarte, se o edital estabelece como um dos requisitos para a investidura do cargo a privatividade em qualquer das áreas de Direito, Contabilidade, Administração ou Economia, forçoso concluir que a atribuição da pontuação não se revela inidônea. 12. Provimento do segundo agravo regimental interposto contra decisum que extinguiu o mandamus ante a perda superveniente do objeto. Na sequência, nego provimento ao primeiro agravo interposto em face da decisão que negou seguimento ao writ por ausência de direito líquido e certo, nos termos da fundamentação supra e mantenho a extinção do writ por ausência de direito líquido e certo. (MS 26849 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 10/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-096 DIVULG 20-05-2014 PUBLIC 21-05-2014).

#### No voto do relator, estabeleceu-se que a garantia do contraditório

encontra-se intimamente atrelada à ideia de contenção do arbítrio estatal, corolário do constitucionalismo, de vez que interdita comportamentos e decisões dos órgãos e agentes públicos lesivos ao patrimônio jurídico do cidadão. Tal imperativo se justifica, pelo menos, por duas razões: em primeiro lugar, por razões de segurança jurídica e de boa-fé objetiva, na medida em que o indivíduo não será surpreendido com uma decisão estatal que lhe seja desfavorável sem seu prévio conhecimento; e, em segundo lugar, a sua prévia manifestação pode fornecer novos argumentos que irão subsidiar o – e influir no – futuro pronunciamento estatal (jurisdicional ou administrativo), tornando a decisão mais consistente e, por conseguinte, legítima. (CÂMARA, Alexandre Freitas. 2017. p. 105).

Dessa forma, verifica-se que o STF consagrou, na decisão supracitada, a necessidade de respeito a garantia do contraditório como influência e não surpresa.

Ademais, conclui-se, diante de tudo que foi exposto, que o modelo constitucional de processo somente é compatível com um processo desenvolvido em contraditório, e, de igual maneira, somente pode ser considerado como precedente uma decisão constituída em contraditório. Isso porque, “se concede respeito ao precedente somente se ele for resultado de uma fundamentada e cuidadosa análise judicial baseada em um intenso contraditório exercido pelas partes”, na medida em que

os resultados do processo jurisdicional não podem ser construídos pelos magistrados isoladamente, exigindo-se a participação democrática dos interessados em tal resultado no processo de sua formação. E essa participação democrática se dá por meio do contraditório. (CÂMARA, Alexandre Freitas. 2017. p. 107).

A partir da concepção democrática de direito, reconhece-se a necessidade de um modelo participativo do processo, conforme previsto no artigo 6º do CPC.

Vale ressaltar, nas palavras de Alexandre Freitas de Câmara, que se trata de participação ao invés de colaboração ou cooperação, na medida em que os dois últimos vocábulos transmitem a ideia de auxílio entre as partes, e que “o processo não é, definitivamente, um ambiente propício para que seus sujeitos auxiliem-se mutuamente”, pois, não há “qualquer relação entre o modelo participativo de processo e uma pretensa ideia de que se teria tentado criar para os sujeitos do processo um dever de auxílio mútuo” (CÂMARA, Alexandre Freitas. 2017. P. 106).

Dessa maneira, o modelo participativo de processo deve ser entendido no processo civil baseado no direito de influência das partes no provimento jurisdicional, ou seja, no respeito ao contraditório substancial. A construção desse modelo participativo é a base para a formação e aplicação dos precedentes.

Nesse sentido, Alexandre Câmara sustenta que:

No que concerne à formação dos padrões decisórios, caberá às partes (empregado o termo aqui em sentido bastante amplo, capaz de englobar todos os sujeitos que atuam no processo defendendo interesses de forma parcial) apresentar todos os argumentos normativos que puderem trazer para contribuir com a formação dos padrões decisórios. Aos integrantes dos órgãos jurisdicionais, será preciso levar esses argumentos em consideração e promover um efetivo debate que permita a criação responsável desses padrões decisórios, os quais deverão ser “a melhor resposta possível” para as situações a que se dirigem. De outro lado, na aplicação desses padrões decisórios caberá às partes desincumbir-se de um específico ônus argumentativo destinado a demonstrar estar-se diante de eventual caso de distinção ou superação. E ao órgão jurisdicional responsável pela aplicação do padrão decisório caberá fundamentar de forma adequada e completa a decisão que o aplica, assim como deverá fazê-lo quando se trata de proferir decisão que o afasta (por distinção ou superação) (2017, p. 108-109).

Destarte, conclui-se que a formação de precedentes e a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro não resulta da simples observância do procedimento legal predeterminado, mas do desenvolvimento de um processo participativo, aqui entendido como aquele formado em contraditório e em respeito aos demais princípios expostos nesse capítulo, visto a necessidade do precedente estar legitimado constitucionalmente para que adquira eficácia vinculante.

## **5. O EMPREGO INADEQUADO DOS PRECEDENTES NA PRÁTICA FORENSE BRASILEIRA**

Precedente judicial é produto de uma intensa atividade interpretativa e, como tal, não pode ser aplicado de forma subsuntiva ou mecânica, haja vista que não há regra jurídica prévia apta a solucionar todos os casos futuros, como um efeito cascata.

Nota-se que não há qualquer preocupação da doutrina brasileira ou da prática forense em indicar quais as técnicas necessárias para a formação de um precedente. Não há qualquer relato sobre a exigência do precedente se desenvolver sobre o respeito ao contraditório ou ao modelo constitucional de processo para que possa ser dotado de efeito vinculante.

Tradicionalmente, os juízes brasileiros empregam os precedentes de forma incipiente, ou seja, arrolam ementas sem indicar qualquer fundamento que justifica a utilização desse padrão decisório no caso em julgamento, se esquecendo, ou melhor, ignorando o fato de que, conforme assevera Alexandre Câmara “padrões decisórios são princípios argumentativos, e é sempre preciso justificar a aplicação de um deles no caso concreto posterior que se vá examinar” (2017, p.129).

Com o intuito de demonstrar a impropriedade da utilização do termo “precedente” pelo STF, Alexandre Câmara relatou que em uma pesquisa ao site do STF revelou a existência de 2.592 pronunciamentos colegiados em que se utiliza o termo precedente, somente da relatoria do Ministro Celso de Mello. Contudo, ao analisar especificadamente o julgamento de Embargos de Declaração, constatou que o Ministro utilizou-se inadequadamente ao termo precedente, visto que se limitou a transcrever ementas para embasar a sua “fundamentação”, sem indicar quais as circunstâncias fáticas do caso anteriormente julgado, e, tampouco, mencionar quais eram os fundamentos determinantes das decisões anteriormente proferidas e porque eles se aplicariam no caso em julgamento. Por fim, o Relator utilizou o termo precedente como sinônimo de jurisprudência, sendo que estes se distinguem completamente (2017, p. 144).

Assim, diante desta tendência de confusão entre a decisão construída com fulcro em um precedente judicial e aquela limitada a transcrever ementa de outros acórdãos, percebe-se que é imprescindível a mudança do paradigma decisório

brasileiro, posto que se revela amplamente incompatível com o modelo constitucional de processo, discorrido ao longo deste trabalho.

Ademais, a decisão judicial que contém mera invocação de ementas ou de enunciados de súmula sem a demonstração dos motivos que justificam a sua aplicação no caso em julgamento é nula na forma do artigo 489, §1º, V, do CPC, afinal, nesse caso, tem-se “uma fundamentação ilegítima, já que insuficiente para justificar a decisão proferida, o que atenta contra o modelo constitucional de processo brasileiro” (CÂMARA, Alexandre Freitas. 2017. P. 171).

As ementas nada mais são que um resumo de um julgamento, em que não há indicação aprofundada sobre os fatos que o ensejaram, as quais pretendem resolver casos com base em assertivas universais.

As ementas configuram ferramentas importantes para a pesquisa e referência do direito, mas não podem ser utilizadas como verdades absolutas, as quais se atribuem efeito vinculante e replicam-se o seu conteúdo em casos que, na maior parte das vezes, não há qualquer similaridade fática.

Assim, o operador do direito se vale de tal “ferramenta” para formar uma resposta geral a todos os casos futuros que de alguma maneira se assemelha ao que originou a ementa. Todavia, ao fazer isso, o intérprete do direito se presta a enquadrar inúmeras peculiaridades fáticas em uma frase.

Todavia, não há resposta exata no Direito. Chega a ser ingenuidade do aplicador do direito acreditar que um julgado pode ser aplicado a todos os casos, sem que haja qualquer fundamento fático ou jurídico que os divergem, considerando a velocidade com que as relações sociais e jurídicas vêm se alterando atualmente.

O uso dessas “respostas” padronizadas revela-se em violação aos princípios corolários do modelo constitucional de processo brasileiro, conforme explicitado anteriormente.

Deve-se perceber, todavia, que a aplicação e a interpretação dos enunciados de súmulas somente se revelam adequadas quando são analisadas a partir do contexto fático e jurídico dos julgados que a originaram. É incabível, em um modelo constitucional de processo, corolário do princípio da fundamentação das decisões judiciais, que a aplicação de qualquer enunciado jurídico (súmulas, normas jurídicas e precedentes) ocorra de forma mecânica.

Para que seja utilizado o sistema de precedentes de maneira adequada é necessária a mudança de paradigma decisório utilizado pela prática forense, isto é,

deve-se transformar a forma de fundamentação das decisões judiciais para torná-las compatíveis com o modelo constitucional de processo. Ou seja, exige-se o confronto analítico entre o caso que originou o precedente e o caso posterior em julgamento, a fim de permitir a verificação se há uma identidade entre as causas que viabilize a aplicação do precedente. Além disso, a aplicação do precedente somente é legitimada constitucionalmente se for produto do contraditório substancial, na forma instituída pelo modelo de processo participativo, em que seja concedido as partes o direito de influenciarem no provimento jurisdicional a ser proferido, e de discutir os fundamentos que determinem ou afastem a aplicação do precedente no caso em comento.

Dito de outro modo, somente diante da garantia do contraditório, esta compreendida como a garantia de influência e não surpresa, na formação e na aplicação do precedente é que é viável a utilização do sistema de precedentes na uniformização do direito.

## **6. O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL INSTITUIU UM SISTEMA DE PRECEDENTES?**

Parte da doutrina processual civil brasileira salientou que o Código de Processo Civil instituiu um sistema de precedentes. Mas o que seria um sistema? Nas palavras de Lênio Streck, “por sistema devemos compreender a ideia de um todo coerente e harmônico de normas”. (2016).

Assim, se no ordenamento jurídico brasileiro fosse instituído um sistema de precedentes, este não abarcaria somente o paradigma de aplicação do processo civil, mas envolveria toda a produção judicial brasileira, posto que um sistema de precedentes não se limita a um segmento do ordenamento jurídico.

Ocorre que, como dito ao longo deste trabalho, a discussão a respeito da aplicação do sistema de precedentes só se legitima se inserida no contexto do modelo constitucional de processo. Assim, parece que parcela da doutrina processual civil brasileira é ingênua ao considerar que a criação de padrões decisórios vinculantes seria a solução para o problema da insegurança jurídica, ao ponto em que o exercício da atividade judicial encontra-se vinculada a legislação constitucional e infraconstitucional, antes de tudo.

Desse modo, a vinculação das decisões de Tribunais Superiores revela-se como um mecanismo de desenvolvimento da atuação ativista e discricionária dos magistrados, que é contrário a própria ideia de um Estado Democrático de Direito. Ou seja, com o objetivo de implantar um suposto sistema de precedentes há a supressão das garantias corolárias do modelo constitucional de processo.

O precedente genuíno não se confunde com os provimentos vinculantes instituídos com o artigo 927 do CPC. O precedente judicial se distingue da decisão dotada de efeito vinculante pela legislação no momento de sua formação e no momento de sua aplicação.

Quanto ao momento da formação, eles se distinguem na medida em que o precedente judicial não nasce como precedente. Ele somente adquire vinculação horizontal e/ou vertical na adesão a solução jurídica por ele expressada pelo Tribunal em que foi firmado ou pelas instâncias inferiores integrante do Poder Judiciário. Por sua vez, a decisão judicial dotada de efeito vinculante se constitui

com base na autoridade que a proferiu e na previsão legal de sua vinculação perante aos demais órgãos e instâncias do Judiciário.

Quanto ao momento da aplicação, eles se distinguem na medida em que o precedente judicial é um ponto de partida para a discussão da demanda, ou seja a partir da possibilidade de aplicação do precedente, devem as partes formularem e expor seus argumentos quanto a defesa da incidência ou do afastamento da solução jurídica firmada no precedente ao caso em julgamento, visto que o precedente judicial jamais deve ser aplicado de forma automática, posto que sua aplicação somente se legitima com o respeito a garantia do contraditório, compreendida como o direito a influência e a não surpresa. Enquanto que, os provimentos vinculantes (decisão dotada de vinculação por previsão legal) não pretendem estabelecer parâmetro argumentativo que permita a efetivação do direito ao contraditório dos sujeitos processuais envolvidos, mas se revela como uma decisão pronta e acabada apta a ser replicada em todos os casos, sem qualquer confronto analítico entre os casos.

O precedente judicial cria complexidade jurídica ao ampliar as possibilidades interpretativas sobre determinada circunstância fática e/ou jurídica. Por sua vez, os procedimentos vinculantes reduzem a complexidade jurídica ao tentar prever respostas padronizadas que possam ser aplicadas a qualquer discussão jurídica, isto é, “respostas antes das perguntas”. (STRECK, Lênio Luiz. 2016).

Atualmente, tem-se a crença irreal de que as decisões dos Tribunais Superiores dotadas de vinculação podem trazer integridade e coerência ao sistema jurídico brasileiro, na medida em que criariam decisões aptas a serem replicados em uma multiplicidade de casos. Ou seja, transferiu-se a crença na aplicação literal da lei à crença nas decisões judiciais dos Tribunais Superiores, incorrendo, em ambos os casos, no equívoco hermenêutico de que é possível decidir casos sem a análise das circunstâncias concretas, seja ela fática ou jurídica, que o constitui.

O ilustríssimo autor, ainda, ressalta que “o antigo juiz boca-fria-da-lei parece substituído por um juiz-boca-da-súmula ou ainda juiz-boca-de-qualquer-provimento-vinculante-dos-tribunais-superiores. ”. (STRECK, Lênio Luiz. 2016).

Conforme assevera Georges Abboud ( 2016, p.577):

Não há aplicação mecânica ou subsuntiva na solução de casos mediante a utilização do precedente judicial. Do contrário, não será decisão por precedente. Em outros termos, não existe uma prévia e pronta regra jurídica apta a solucionar progressivamente diversos casos futuros, pelo contrário, a própria regra jurídica (precedente) é fruto do intenso debate e atividade

interpretativa, e, após ser localizada, passa-se a verificar se, na circunstância do caso concreto que ela virá a solucionar, é possível utilizá-la sem que ocorram graves distorções, porque, caso essas distorções fiquem caracterizadas, o precedente deverá ser afastado.

Vale dizer, portanto, que devido a previsão legal do artigo 927 do CPC, as decisões previstas no referido artigo são vinculantes, independentemente do seu conteúdo. Isto é, ainda que não sejam coerentes ou íntegras com o sistema jurídico brasileiro, elas são vinculantes.

Desse modo, é fundamental destacar a importância do fator hermenêutico para a aplicação de qualquer padrão decisório (precedente ou provimento vinculante), com o objetivo de impedir a aplicação mecânica ou automática de qualquer enunciado jurídico, na medida em que nenhum destes dispensam a atividade interpretativa por parte do julgador, ante a necessidade de atender ao modelo constitucional do processo ao assegurar a efetividade das garantias constitucionais, como o direito ao contraditório substancial e o dever de fundamentação das decisões judiciais.

Não há como se conceber a existência de um padrão decisório (precedente ou qualquer provimento vinculante) que possua uma norma geral e universalizável capaz de resolver todos os casos futuros como um efeito cascata, na medida em que a norma jurídica somente é construída após a atividade interpretativa, ou seja, não há norma em abstrato, não há norma sem a contextualização do caso concreto a ela submetida.

Nesse sentido, Georges Abboud estabelece que a norma é “a interpretação conferida a um texto (enunciado)”. O autor, ainda, afirma que “não existe norma antes da interpretação ou independentemente dela. Interpretar é produzir uma norma e ela é produto do intérprete”. (2016, p.65). Somente por meio da problematização de um caso concreto e da atividade interpretativa do aplicador do direito que a norma é produzida.

Em conformidade com o entendimento acima indicado, Lênio Streck consagra a importância da hermenêutica na formação e aplicação dos precedentes judiciais:

O mecanismo de decisão por precedentes é natural e funcionalmente de caráter hermenêutico em razão de dois aspectos principais. O primeiro é porque a decisão por precedentes não se articula com textos pré-definidos, vale salientar: o precedente, e mais especificamente a *ratio decidendi*, não pode ser capturado e limitado por um texto, súmula etc, sob risco de deixar de ser *ratio decidendi*. Comuniquemos a boa nova: *O direito não cabe no precedente*. O segundo aspecto é a necessária individualização do caso a ser decidida por um precedente que não abarca previamente uma questão

fática, o que torna necessária a demonstração da singularidade de cada caso, para que se evidencie a possibilidade ou não de submetê-lo à solução por precedentes. Ou isso ou paremos de dizer “o direito é uma questão de caso”. (2016).

Como qualquer outro enunciado jurídico o precedente deve ser interpretado. Pois, a formação e a aplicação do precedente somente se legitimam se ocorrer em respeito aos princípios corolários do modelo constitucional de processo.

Assim, apesar de não instituir um sistema genuíno de precedentes, os procedimentos vinculantes elencados no artigo 927 do CPC podem contribuir para o restabelecimento da unidade e coerência do direito, desde que este seja lido em conformidade à Constituição e não o contrário. A unicidade e a coerência do Direito não podem ser realizadas à custa das garantias constitucionais dos cidadãos.

Nesse contexto, há um desapareço a legislação constitucionalmente produzida, ao se estabelecer um paradigma em que o Poder Judiciário seria a única esfera de poder capaz de fornecer as respostas adequadas, em que o texto constitucional é substituído por procedimentos vinculantes como mecanismo de “limite” e “controle” da atividade jurisdicional.

Em um Estado Democrático de Direito é impossível conceber o respeito a decisões vinculantes proferidas ao repúdio do texto legal e constitucional. Um caso emblemático da jurisprudência pátria é a decisão do Habeas Corpus 126.292/SP, em que o STF em postura eminentemente contrária ao teor do artigo 283 do Código de Processo Penal e dos incisos LVII e LXI do artigo 5º da Constituição Federal, permitiu o início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Verifica-se, portanto, que a decisão do referido habeas corpus possui eficácia vinculante somente em razão da autoridade que a produziu, uma vez que a estrutura decisória do Sistema Jurídico Brasileiro transmite o ideal de que os Tribunais Superiores sempre decidem bem, sem ser realizada análise se a decisão constituída possui os elementos de validade exigidos para a produção de efeitos no mundo jurídico.

Repita-se. Não há opção entre ser ou não democrático. O Estado Democrático de Direito é exigência da Constituição da República e não se pode cogitar a presença de qualquer provimento jurisdicional (precedente ou provimento vinculante) que não observe o modelo constitucional de processo, aqui compreendido como aquele desenvolvido em respeito às garantias constitucionais

dos jurisdicionais, entre elas o respeito ao princípio da legalidade, na medida em que a lei é a fonte primordial do Direito no ordenamento jurídico brasileiro. O Judiciário não faz lei. Atribuir competência legislativa ao Poder Judiciário é consentir com o ativismo judicial. Precedente não tem superioridade hierárquica à lei. Consentir com a formação e a aplicação de um precedente *contra legem* é violar o Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, é imperioso analisar como deve ser interpretado os precedentes a fim de que se construa uma norma jurídica universalizável que permita a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro com o respeito ao modelo constitucional de processo.

## **7. A INTERPRETAÇÃO DOS PRECEDENTES E A SUA APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

O Direito não se revela simplesmente como um mecanismo de manutenção da ordem e de resolução de conflitos, mas como um mecanismo que padroniza o comportamento social, na medida em que gera “a segurança sobre o comportamento próprio e a previsibilidade do comportamento alheio” (LUHMANN, Niklas. 1983, p.52).

Assim, a fim de exercer sua função de estabilizar as condutas sociais, ele deve manter um nível de previsibilidade e coerência, ao ponto de oferecer respostas seguras aos problemas cotidianos postos em litígio.

Ou seja, garantir a previsibilidade na resposta a ser oferecida pelo processo decisório é pressuposto de qualquer sistema jurídico que se pretenda ser considerado como Estado Democrático de Direito. O ordenamento jurídico deve capaz de instituir no jurisdicionado a confiança de que a tutela jurisdicional será prestada de forma estável, coerente e igualitária.

A falta de consistência e integridade das decisões judiciais não só impede a preservação da estabilidade social do Direito, mas impede a efetivação do próprio Estado Democrático de Direito.

Com efeito, o sistema de precedentes atua na pretensão de uniformização das decisões judiciais com pretensão a garantir a unicidade e coerência do sistema jurídico.

A utilização do precedente exige a interpretação holística do conflito anteriormente solucionado e não a referências fragmentadas do julgamento anteriormente proferido, como ocorre no caso da utilização de ementas e súmulas, sem a devida interpretação e sem o confronto analítico entre os casos.

A interpretação das normas jurídicas já demonstra a complexidade de se resolver um caso a partir da norma escrita (legislada), parece mais árduo se pensar em um sistema coerente quando se amplia as possibilidades interpretativas com base em um sistema de precedentes.

Ao se abordar sobre igualdade perante as decisões judiciais, deve ser ultrapassada a idéia de que a ordem jurídica pode ser alcançada com a simples

aplicação da lei ou do precedente, mas deve ser problematizado sob o viés da interpretação judicial.

Não é possível cogitar a aplicação dos precedentes sem considerar que a interpretação se desenvolve em três etapas: pré-interpretativa, interpretativa e pós-interpretativa, conforme explica, Alexandre Câmara:

Na etapa “pré-interpretativa” são identificados as regras e os padrões que fornecem o conteúdo experimental da prática, exigindo-se aí grande consenso se se espera que a atividade interpretativa renda frutos, de modo que as classificações nessa etapa estabelecidas devem ser vistas como um dado na reflexão e argumentação. Esta é, então, etapa que pode ser abstraída. Na etapa interpretativa, os intérpretes se concentram numa justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa, de modo a permitir a argumentação sobre a conveniência ou não de se buscar uma prática com essa forma geral. Essa justificativa deve ajustar-se o suficiente para que os intérpretes possam ver-se como quem interpreta essa prática, não como quem inventa uma nova prática. Por fim, na etapa pós-interpretativa, busca-se ajustar a ideia daquilo que a prática realmente exige para melhor servir à justificativa aceita na etapa interpretativa. (CÂMARA, Alexandre Freitas. 2017, p. 284).

Assim diante das etapas interpretativas deve ser abandonada qualquer ideia de aplicação subsuntiva do precedente. Ou seja, exige-se a criação de um diálogo hermenêutico entre o produto da interpretação do precedente e as circunstâncias do caso em julgamento, bem como o diálogo entre o resultado obtido com a influência dos sujeitos processuais e a eventual aplicação do precedente.

É na fundamentação da decisão judicial, que será analisadas as circunstâncias que permitem ou que afastam a aplicação dos precedentes. Assim, a partir da aplicação do princípio da fundamentação das decisões judiciais e do princípio do contraditório poderá ser analisado se a decisão proferida é constitucionalmente legítima.

Nesse sentido, somente se legítima decisão que antes da aplicação do precedente permitiu que as partes se manifestassem sobre ele, para exprimir argumentos que justifiquem a aplicação, a distinção ou a superação do precedente.

Assim, a interpretação concedida ao precedente, além de considerar a identidade entre as causas, deve considerar o modelo constitucional de processo, amplamente considerado.

Um exemplo dessa exigência de interpretação sistêmica é o caso da improcedência liminar do pedido. Apesar do artigo 332 do CPC não determinar expressamente a oitiva do autor para julgar improcedente liminarmente o pedido, a partir de uma leitura sistêmica do Código de Processo Civil, notadamente as

previsões contidas nos artigos 9º e 10º, além da adequação ao modelo constitucional de processo, é evidente a necessidade de possibilitar ao autor da demanda o exercício da garantia ao contraditório na modalidade de influência e não surpresa.

### **7.1 A interpretação como um romance em cadeia**

No intuito de demonstrar o trabalho interpretativo a ser desenvolvido pelo magistrado no momento da decisão judicial, Ronald Dworkin, na obra “O Império do Direito” utiliza-se da metáfora do romance em cadeia.

Na dinâmica do romance em cadeia, cada romancista interpreta os capítulos anteriores para escrever o seu próprio capítulo, levando em consideração à continuidade do romance.

Dessa forma, a metáfora do romance em cadeia revela a concepção de que o trabalho interpretativo do magistrado ao decidir não pode ser totalmente livre, nem totalmente limitado. Ou seja, as decisões judiciais devem ser produto do equilíbrio entre o respeito à história institucional e o respeito as novas influências sobre o caso em julgamento.

Segundo Dworkin (2003, p.273):

A integridade não exige coerência de princípio em todas as etapas históricas do direito de uma comunidade; não exige que os juízes tentem entender as leis que aplicam como uma continuidade de princípio com o direito de um século antes, já em desuso, ou mesmo de uma geração anterior. Exige uma coerência de princípio mais horizontal do que vertical ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade agora faz vigorar. Insiste em que o direito – os direitos e deveres que decorrem de decisões coletivas tomadas no passado e que, por esse motivo, permitem ou exigem a coerção – contém não apenas o limitado conteúdo explícito dessas decisões, mas também, num sentido mais vasto, o sistema de princípios necessários à sua justificativa. A história é importante porque esse sistema de princípios deve justificar tanto o status quanto o conteúdo dessas decisões anteriores.

Dessa maneira, a integridade e a coerência são alcançadas na medida em que a *ratio decidendi* das decisões anteriores representa uma limitação normativa ao trabalho interpretativo do aplicador do Direito. Ou seja, a constituição da nova decisão, esta mantendo ou rompendo com o entendimento anteriormente firmado, deve ser pautada pelo debate argumentativo, de modo que a aplicação do precedente jamais ocorrerá de forma automática na solução do caso em julgamento.

O precedente não revela uma norma jurídica pronta e acabada a ser replicada a todos os casos semelhantes. Somente a partir da análise interpretativa e argumentativa do aplicador do Direito é possível indicar o que se constitui *a ratio decidendi* da solução jurídica fornecida pelo caso anteriormente julgado, na medida em que a norma somente é constituída a partir da interpretação.

O sistema de precedentes não é incompatível com a tradição civil Law. Contudo, a dificuldade encontra-se em como implementar um sistema que amplia a complexidade interpretativa em um sistema jurídico baseado na aplicação de enunciados de forma lógico-subsuntiva.

A aplicação do precedente não é compatível com o uso automático e subsuntivo de enunciados jurídicos. Os precedentes prescindem de um intenso trabalho interpretativo e argumentativo do operador do direito, bem como o confronto analítico entre os casos.

Portanto, é necessário discutir criticamente o modo em que os precedentes são pensados e utilizados no ordenamento jurídico brasileiro.

## **7.2. A aplicação dos precedentes ante ao paradigma jurisdicional brasileiro**

A jurisdição brasileira encontra-se fundamentada no paradigma da justiça opinativa, em que a atividade jurisdicional está

fundada na autoridade dos juízes e dos tribunais; mais preocupada com o resultado do julgamento do que com a reconstrução argumentativa de seus fundamentos e do fundamento dos casos anteriores (RODRIGUEZ, José Rodrigo. 2013, p.8).

Demonstra-se, assim, que não há a busca por uma lógica argumentativa coerente e uniforme.

Um exemplo do modelo de justiça opinativa está na padronização de decisões pelos Tribunais Brasileiros por meio de mera invocação de súmulas, ementas ou jurisprudência de forma descontextualizada, isto é, sem qualquer enfrentamento argumentativo quanto ao uso de tais enunciados jurídicos no caso em comento.

Outro ponto que merece destaque é a formação de decisões colegiadas dotadas de efeito vinculante, na medida em que as decisões são decididas por votos da maioria de seus membros, ou seja, a decisão é constituída pelo resultado numérico da maioria das opiniões ao invés de um enfrentamento argumentativo

capaz de produzir uma decisão efetivamente coletiva. Ou seja, cada voto está embasado em argumentos diferentes, sendo assim, cada um deles conduz a uma solução jurídica diferente.

Recente estudo empírico denominado “A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário”, financiada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), demonstrou a dificuldade em identificar a *ratio decidendi* nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal.

Devido ao modelo de adjudicação colegiada previsto para o Supremo Tribunal Federal na legislação brasileira, no qual cada ministro elabora seu próprio voto de forma independente dos demais (modelo denominado *seriatim*), surge o grande problema de identificação da *ratio decidendi* ao final do julgamento. Como cada julgador tem autonomia para decidir e cada voto não precisa considerar em nada os demais, a contagem de votos pela inconstitucionalidade ou constitucionalidade da norma ao final da votação é tranquilamente verificável, mas a determinação da regra judicial não o é, diante da possibilidade de mesmo em um julgamento decidido em unanimidade, cada um dos onze ministros ter votado por razões completamente diversas. Isso produziu reflexos na pesquisa diante da dificuldade, em alguns casos, de se determinar qual era a *ratio decidendi* vencedora e que, por consequência, vincularia os casos subseqüentes. Também nos foi relatado, nas visitas presenciais aos tribunais, que alguns juízes de instâncias inferiores passam pela mesma situação, diante da ausência de autoridade jurídica para rediscutir e recriar uma nova interpretação sobre o precedente, como aquela possuída por um ministro do STF ao julgar uma reclamação constitucional. Em grande medida, essa distância entre cada um dos votos demonstra um déficit argumentativo que se faz imprescindível superar em qualquer aplicação adequada de precedentes judiciais. Outros modelos de decisão da corte que se pautam por uma busca de maior deliberação interna e uma tentativa de decisão mais concisa possível (modelo denominado *per curiam*), como o adotado pela suprema corte norte-americana, são de maior praticidade e aplicabilidade para a aplicação de precedentes judiciais. Destarte, estudos mais aprofundados se fazem necessários para determinar alterações legislativas pertinentes capazes de criar um modelo de vinculação de precedentes mais acessível ao trabalho de juízes de tribunais inferiores e demais aplicadores do direito. (2015, p.86).

Assim, a falta de linearidade argumentativa entre as motivações individuais que compõem as decisões colegiadas impede a criação de um padrão decisório capaz de garantir a efetivação do dever de coerência e integridade da jurisprudência. A divergência dos argumentos dos votos de cada ministro afasta a possibilidade de se criar uma interpretação constitutiva nos moldes desenvolvidos pela metáfora do romance em cadeia de Dworkin.

Dessa forma, o paradigma jurisdicional brasileiro é desconforme ao Estado Democrático de Direito, na medida em que este exige a legitimidade de o confronto

argumentativo entre os casos para a aplicação dos precedentes, a fim de desenvolver a melhor solução hermenêutica para o caso concreto.

Conclui-se, portanto, que no ordenamento jurídico brasileiro a adoção de padrões decisórios sempre é interpretada com objetivos quantitativos, referente a morosidade processual, sem qualquer análise da qualidade da fundamentação das decisões judiciais. Assim, a observância de um padrão decisório ocorre com base apenas na hierarquia da organização judiciária (vinculação vertical) ao invés da adequação hermenêutica, na medida em que não há qualquer ônus argumentativo por parte do aplicador do direito ao decidir o caso em julgamento.

Importante frisar que a adoção de um entendimento jurisprudencial como um precedente não implica na imutabilidade da solução jurídica indicada pelo precedente firmado, posto que a superação do precedente é medida que se impõe para que a hermenêutica possa indicar a resposta mais adequada às novas necessidades sociais.

Torna-se, portanto, evidente a necessidade de se alterar o paradigma da justiça opinativa, posto que as variações interpretativas arbitrárias impedem a uniformização do Direito.

### **7.3. O ônus argumentativo como pressuposto de constituição de um sistema de precedentes**

Pelo contexto narrado ao longo deste trabalho, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro utiliza-se de provimentos vinculantes, súmulas e ementas jurisprudenciais como proposições aptas a solucionar diversas demandas de forma automática.

Assim, a realidade atual não é compatível com o desenvolvimento de um sistema de precedentes.

Mas, como então é possível vislumbrar um sistema de precedentes afastado do modelo lógico-subsumtivo, arraigado na tradição brasileiro, e atento à estrutura interpretativa exigida pela atividade jurisdicional atual? E como esse sistema pode, simultaneamente, permitir a uniformização do direito e corrigir o modelo decisional adotado?

O primeiro passo a ser considerado é desmistificar a ideia de que a integridade e coerência do Direito será alcançada por meio de mecanismos

vinculatórios ao invés de ser uma questão a ser efetivada no campo da hermenêutica jurídica.

Logo, é preciso reconhecer que o precedente é o ponto de partida para o exercício da atividade interpretativa, ou seja, ele indica um caminho interpretativo a ser traçado pelo intérprete, mas, cabe a este segui-lo ou não, devendo, contudo, se desincumbir do ônus argumentativo de fundamentar as razões que o fizeram tomar tal escolha. E, por derradeiro, deve-se conceber que essa escolha de “caminho interpretativo” deve ser calcada no modelo constitucional de processo, ou seja, com o respeito aos princípios constitucionais, e contrário a arbitrariedade jurisdicional.

O desenvolvimento do procedimento argumentativo permite concretizar a integridade e a coerência do Direito, mas também legitima à decisão judicial na medida em que esta será proferida em atendimento ao modelo constitucionalmente previsto.

O precedente, assim, dinamiza o sistema jurídico ao estabelecer um ponto de partida hermenêutico para a busca da resposta mais adequada ao caso em julgamento, ponto sobre o qual será tecido maiores esclarecimentos no próximo capítulo.

## **8. É POSSÍVEL MITIGAR A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL COM A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS CONFORME A TESE DA RESPOSTA CORRETA?**

Conforme exposto anteriormente, a dever de fundamentação das decisões judiciais constitui elemento fundamental para a atividade jurisdicional constitucional. Ocorre que, as relações jurídicas atuais exigem que o dever de fundamentação seja aplicado à luz da necessidade de obtenção da resposta correta para o caso em julgamento.

Nesse aspecto, insta ressaltar que a insegurança jurídica não é proveniente da falta de normas jurídicas, mas da vinculação atribuídas às decisões judiciais, proferidas em desconformidade com a hermenêutica jurídica e o ônus argumentativo.

Revela-se equivocado buscar uma jurisprudência íntegra e coerente com base na atribuição de efeitos vinculantes as decisões judiciais dos Tribunais Superiores, quando estes são responsáveis pela produção de decisões discricionárias e ativistas.

Nesse intuito, é preciso repensar a atividade jurisdicional para se alcançar a resposta correta para o caso concreto.

Dworkin é contrário a qualquer tipo de discricionariedade judicial, na medida em que permitir que o juiz inove na seara jurídica revela-se em uma arbitrariedade ao desrespeitar a coerência estabelecida entre os princípios que compõem a integridade moral da comunidade.

Assim, a perspectiva do direito como integridade implica que toda interpretação judicial respeite a ordem jurídica em seu conjunto. Em um Estado Democrático de Direito toda e qualquer interpretação deve ter como ponto de partida os limites constitucionais pré-estabelecidos. Além disso, para se chegar a resposta correta deve ser analisada todas as fontes de Direito, na medida em que se extirpa a ideia de que uma das fontes pode oferecer uma resposta pronta e acabada.

Nesse sentido, o direito como integridade é produto da história jurídica de uma comunidade, em que se encontram os critérios para a solução dos problemas discutidos no caso concreto. E, diante de uma discussão jurídica sempre haverá um argumento que responde melhor ao problema em discussão.

Sobre o tema, Georges Abboud assevera que (2016. p.750)

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.

Assim, a análise teórica exigida para a obtenção da resposta correta representa um golpe à discricionariedade na medida em que impede ao julgador de decidir com base em sua vontade.

Nesse sentido, Georges Abboud afirma que:

Quando colocamos para o julgador a necessidade de alcançar a resposta correta, na 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. Ato contínuo, a resposta correta exige do julgador a demonstração, mediante fundamentação da sentença, de por que aquela decisão é a melhor em relação às outras soluções trazidas pelas partes no caso concreto e outras que, por ventura, existam em outros tribunais ou tão somente em sede teórico-doutrinária. (2016, p.753).

Sendo a decisão judicial produto da reconstrução da história institucional do direito ela não se apresenta como um processo de escolha do julgador da solução a ser aplicada na demanda. Mas, se revela como um processo em que o julgador deverá estruturar sua interpretação de acordo com o Direito posto pela comunidade política.

É necessário estabelecer as condições hermenêuticas para o exercício do controle da interpretação constitucional e garantir o respeito a integridade do direito para que se obtenha a resposta correta no caso concreto.

Assim, Lênio Streck estabelece os passos a serem seguidos para a prolação de uma decisão correta no caso concreto

identificar precisamente a facticidade ínsita ao caso concreto; o julgador deverá identificar a legalidade aplicável ao caso; o julgador deverá identificar as demais fontes jurídicas positivas aplicáveis ao caso; deve haver um resgate da análise teórica do direito, mediante a incidência da fonte não positiva do direito, a doutrina; deve haver estrita relação de individualização dos pedidos do autor bem como das exceções e dos pontos da defesa do réu; o julgador deve demonstrar porque a solução proferida por ele é superior às demais, compreendendo a apresentada por uma das partes ou presente em outras decisões; o julgador para construir a resposta correta deve se preocupar com as conseqüências jurídicas de sua decisão. (STRECK apud ABBOUD, Georges. 2016. P.756-758).

Portanto, a aplicação dos precedentes conforme a tese da resposta correta é capaz de mitigar a discricionariedade judicial, uma vez que a sua produção exige o

respeito a história institucional da comunidade jurídica, exige o confronto argumentativo entre o caso em julgamento e o caso anterior que formou o precedente e exige o respeito a garantia do contraditório substancial, corolário do modelo constitucional do processo.

## 9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ordenamento jurídico brasileiro passa por grandes mudanças, em especial no âmbito do direito processual civil, objeto do presente estudo.

Parece evidente que o principal problema jurídico atual é a morosidade processual e a imprevisibilidade das decisões judiciais. Nesse sentido, que se vislumbra o sistema de precedentes como uma tentativa de solucionar a problemática anteriormente exposta.

Contudo, o sistema de precedentes genuíno não se confunde com os provimentos vinculantes instituídos com o artigo 927 do CPC, na medida em que os precedentes criam complexidade jurídica ao ampliar as possibilidades interpretativas sobre determinada circunstância jurídica. Ademais, o sistema de precedentes é incompatível com a utilização de decisões como respostas padronizadas a serem replicadas a qualquer discussão jurídica, às quais se atribuem caráter vinculante exclusivamente em razão da autoridade que a proferiu.

Assim, a prática forense atual demanda uma drástica transformação, pois não há como se conceber a existência de um padrão decisório (precedente ou qualquer provimento vinculante) que possua uma norma geral e universalizável capaz de resolver todos os casos futuros como um efeito cascata, na medida em que a norma jurídica somente é construída após a atividade interpretativa, ou seja, não há norma em abstrato, não há norma sem a contextualização do caso concreto a ela submetida.

Desse modo, é fundamental destacar a importância do fator hermenêutico para a aplicação de qualquer padrão decisório (precedente ou provimento vinculante), com o objetivo de impedir a aplicação mecânica ou automática de qualquer enunciado jurídico, na medida em que nenhum destes dispensam a atividade interpretativa por parte do julgador. Como qualquer outro enunciado jurídico o precedente deve ser interpretado.

Assim, apesar de não instituir um sistema genuíno de precedentes, os procedimentos vinculantes elencados no artigo 927 do CPC podem contribuir para o restabelecimento da unidade e coerência do direito, desde que este seja lido em conformidade à Constituição e não o contrário, desde que problematizados sob o viés da interpretação jurídica.

Ou seja, a criação de qualquer padrão decisório exige o diálogo hermenêutico entre o produto da interpretação da decisão anteriormente firmada e as circunstâncias do caso em julgamento, bem como o diálogo entre o resultado obtido com a influência dos sujeitos processuais e a eventual aplicação da solução jurídica prevista no caso julgado anteriormente.

A constituição de uma nova decisão somente se legitima a partir do debate argumentativo, em que se afasta a aplicação de qualquer enunciado jurídico de forma lógico-subsuntiva.

Somente é possível vislumbrar um sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro a partir do reconhecimento de que o precedente é o ponto de partida para o exercício da atividade interpretativa, ou seja, ele indica um caminho interpretativo a ser traçado pelo intérprete, mas, cabe a este segui-lo ou não, devendo, contudo, se desincumbir do ônus argumentativo de fundamentar as razões que o fizeram tomar tal escolha. Concebendo-se, ainda, que essa escolha de “caminho interpretativo” deve ser calcada no modelo constitucional de processo, ou seja, com o respeito aos princípios constitucionais.

Assim, o precedente se revela como um ponto de partida hermenêutico para a busca da resposta mais adequada ao caso, visto que a perspectiva do direito como integridade implica que toda interpretação judicial respeite a ordem jurídica em seu conjunto. Em um Estado Democrático de Direito toda e qualquer interpretação deve ter como ponto de partida os limites constitucionais pré-estabelecidos.

Além disso, a resposta correta será produto da análise de todas as fontes do Direito disponíveis ao intérprete.

A criação de um sistema de padrões decisórios adequado ao Direito Brasileiro exige a observação do modelo constitucional de processo civil estabelecido com a Constituição Federal de 1988, na medida em que a Constituição é norma superior e como tal deve balizar qualquer interpretação jurídica atribuída a um enunciado.

A necessidade de um processo democrático para a formação de precedentes é uma imposição constitucional. Não há escolha entre ser ou não democrático. O Estado Democrático de Direito é uma exigência da Constituição Federal e não se pode cogitar a existência de provimentos jurídicos que não observem as previsões constitucionais.

No contexto jurisprudencial brasileiro, verifica-se uma predisposição dos aplicadores do Direito em desapreciar a legislação constitucionalmente produzida,

ao estabelecer um paradigma que somente o Poder Judiciário poderia fornecer as respostas adequadas, substituindo-se o texto constitucional por mecanismos vinculantes na função de limitar e controlar o exercício da atividade jurisdicional.

Todavia, o dever de fundamentação das decisões judiciais e de respeito a garantia ao contraditório substancial, além do respeito aos demais princípios norteadores do modelo constitucional de processo, é pressuposto para alcançar a resposta correta. Sendo a decisão judicial produto da reconstrução da história institucional do direito ela não se apresenta como um processo de escolha do julgador da solução a ser aplicada na demanda. Mas, se revela como um processo em que o julgador deverá estruturar sua interpretação de acordo com o Direito posto pela comunidade política.

Assim, somente por meio da hermenêutica jurídica constitucional e o respeito a integridade do direito é possível obter a resposta correta no caso concreto e mitigar a imprevisibilidade das decisões judiciais.

## 10. REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. Tradução por Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

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

BARREIRO, A. Fernández; PARICIO, Javier. **Historiadelderecho romano y surecepción europea**. Madrid: Marcial Pons, 2010.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 10set. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei no 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. *Diário Oficial da União*, 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)> . Acesso em: 18 set. 2018.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de [et all]. **A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 86.

\_\_\_\_\_. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CALMES, Sylvia. **Du Principe de Protection de laConfiance Legitime enDroitsAllemand, Communautaire et Français**. Paris: Dalloz, 2001.

CAMBI, Eduardo. **Jurisprudência lotérica**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 90, n. 786,p. 108-128, abr. 2001.

CÂMARA, Alexandre Freitas . **Levando os Padrões Decisórios a Sério**. São Paulo : Atlas, 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio AntonioFabres Editor, 1993. CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Tradução por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio AntonioFabres Editor, 1993.

CARVALHO, Ivan Lira de. **Decisões vinculantes**. Disponível em: <<http://www.jfrn.gov.br>>. Acesso em 20 set. 2018.

CROCETTI, Priscila Soares; DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. **Formação Histórica, Aspectos do Desenvolvimento e Perspectivas de Convergência das Tradições de Common Law e de Civil Law**. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). A Força dos Precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Salvador: Juspodium, 2010. p. 11-51.

DAVID, René. **O direito inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 3.

\_\_\_\_\_. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978.

\_\_\_\_\_. Tradução por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JR.Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil** – Volume 2. 4ª Ed. São Paulo: Juspodivm, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela**. V.2.6ª ed. Salvador: Juspodvm,2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. In: CÂMARA, Alexandre Freitas . **Levando os Padrões Decisórios a Sério**. São Paulo : Atlas, 2017, p.64.

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 273.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Trad. bras. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. vol. 1, p. 212.

LOURENÇO, Haroldo. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**: algumas considerações sobre a ótica no novo CPC. In Temas atuais do processo civil. Disponível em :<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-/166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc>. Acesso em: 15 set 2018.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**: Estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. Salvador: Juspodivm, 2016.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v. I, p. 52.

MARCATO, Antonio Carlos. **Algumas Considerações sobre a Crise da Justiça**. Disponível em: Acesso em: 10 set 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Transformação do Civil Law e a Oportunidade de um Sistema Precedentalista para o Brasil**. Revista Jurídica, Porto Alegre, ano 57, n. 380, p. 45- 50, junho 2009.

\_\_\_\_\_. **O Precedente na dimensão da segurança jurídica**. In:(Coord.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 559-575.

\_\_\_\_\_. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. 2ed.rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. 16. ed. rev. atual.eampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. 5.

NEVES. Antonio Castanheira. **O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra, 1983.p.12.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **StareDecisis et Non Quieta Movere**: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo:Saraiva, 2010.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial**. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). Estudos de Direito Processual Civil – homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

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

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 8.

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

\_\_\_\_\_. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Porto Alegre, 2006.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. **O problema da decisão jurídica em tempos pós-positivistas**. 2009. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/1766/1406>>. Acesso em: 20 set. 2018.

\_\_\_\_\_. **O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC?** . 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 22 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à necessidade de Respostas Corretas.** In: ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.p.756-758.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante.** 1ª ed.5ª reimp. Curitiba: Juruá, 2011.

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil.** Trad. Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito.** São Paulo: RT,2004.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. **Princípio da fungibilidade:** hipóteses de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo. São Paulo: RT, 2007, p. 36;38.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - Civil law e common law.** Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out, 2009.

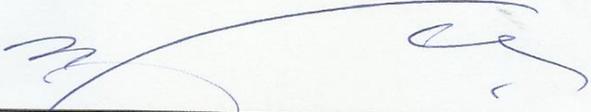
NAIANE DE ASSIS QUINTÃO MIRANDA

**A APLICAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES NA  
UNIFORMIZAÇÃO DO DIREITO: TENTATIVA DE MITIGAÇÃO DA  
IMPREVISIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS**

Projeto de Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado no Curso de Graduação em Direito  
das Faculdades Integradas de Aracruz como  
requisito para a obtenção do título em Bacharel  
em Direito

Aracruz/ES, 07 de dezembro de 2018

**BANCA EXAMINADORA**



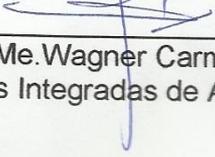
---

Prof. Esp. Diego Crevelin de Sousa  
Faculdades Integradas de Aracruz



---

Profª. Me. Flávia Spinassé Frigini  
Faculdades Integradas de Aracruz



---

Prof. Me. Wagner Carmo  
Faculdades Integradas de Aracruz