

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Mariane das Chagas

O USO DO PRECEDENTE JUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO
À LUZ DO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Casca
2014

Mariane das Chagas

O USO DO PRECEDENTE JUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO
À LUZ DO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação da professora Me. Nadya Regina Gusella Tonial.

Casca
2014

A todos os membros do Poder Judiciário que não se deixam contaminar pelo decisionismo e facilitarismo, aos que acreditam na justiça e trabalham para que ela aconteça.

À minha mãe por me ensinar a ser independente, por me mostrar que alguns trechos do caminho não podem ser percorridos de braços atados.

Aos meus amigos pelas ausências sentidas e compreendidas, por enxergarem em mim um potencial invisível aos meus olhos.

À minha professora orientadora Me. Nadya Regina Gusella Tonial, pela compreensão, incentivo e paciência, por ser exemplo de profissional cuja conduta é um dos maiores ensinamentos repassados a seus pupilos.

A todos os professores da graduação pelos saberes repassados, especialmente ao professor Dr. Gabriel Divan por despertar em mim a inspiração e coragem necessárias para contestar discursos jurídicos prontos e facilitarismos cognitivamente pobres.

Por último, mas não menos importante, a todos os doutrinadores que dedicam seu tempo para pensar e repensar o direito, sem os quais esse trabalho seria impossível.

Obrigada.

“Em algum lugar do tempo, mais além do tempo, o mundo era cor de cinza. Graças aos índios Ishir, que roubaram as cores dos deuses, agora o mundo resplandece; e as cores do mundo ardem nos olhos que as olham.

Ticio Escobar acompanhou uma equipe de televisão, que viajou até o Chaco, vinda de muito longe, para filmar cenas da vida cotidiana dos Ishir.

Uma menina indiana perseguia o diretor da equipe, silenciosa sombra colada ao seu corpo, e olhava fixo a sua cara, muito de perto, como querendo meter-se em seus estranhos olhos azuis.

O diretor recorreu aos bons ofícios de Ticio, que conhecia a menina e entendia a sua língua. Ela confessou:

- Quero saber de que cor o senhor vê as coisas.

- Da mesma que você - sorriu o diretor.

- E como é que o senhor sabe de que cor eu vejo as coisas? ”

Eduardo Galeano

RESUMO

O estudo analisa o instituto do precedente judicial e sua introdução no Brasil, através das normas jurídicas existentes e em fase de inserção na legislação pátria. Objetiva-se compreender as disposições legais, atuais e futuras, atinentes ao precedente judicial, sua aplicação e importância na prática judiciária. Para tanto, discute-se a regulamentação do precedente judicial conforme previsto no Projeto do novo Código de Processo Civil. Nota-se que parte da doutrina sustenta a legitimidade democrática do precedente, como instrumento válido à uniformização da jurisprudência brasileira; outros defendem que a vinculação jurisprudencial pretendida confere demasiado poder aos tribunais superiores, transformando os juízes dos tribunais inferiores em mera boca da jurisprudência. Assim, através de um viés comparativo e hermenêutico, tendo como marco teórico o dever de fundamentação das decisões judiciais, constata-se que as alterações previstas no Projeto do novo Código de Processo Civil aperfeiçoam o uso do precedente judicial a fim de alcançar maior segurança jurídica. Entretanto, no que tange a inflação de poder conferido aos Tribunais Superiores, verifica-se que o receio é fundado, frente a reiterados episódios de ativismo judicial e solipsismo protagonizados pelos mesmos. Com isso, o precedente revela-se como instrumento válido e eficaz para a concretização das garantias processuais asseguradas pela Carta Maior, em especial, trazendo um resultado útil que confira estabilidade às relações.

Palavras-chave: Ativismo judicial. *Common law*. *Civil Law*. Precedente judicial. Projeto de Lei nº 8046/2010. Segurança jurídica.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 AS GRANDES FAMÍLIAS JURÍDICAS	10
1.1 A tradição jurídica da <i>Common Law</i> : da invasão normanda à regra do <i>stare decisis</i>	10
1.2 A tradição da <i>Civil Law</i> : do reverdecer do Direito Romano ao apogeu da lei e a inevitável necessidade de utilização da hermenêutica.....	14
1.3 “ <i>Brazilian law?</i> ”	19
2 OS PRECEDENTES À BRASILEIRA: REALIDADE E PERSPECTIVAS ...	24
2.1 Precedentes como fonte do direito no Brasil	24
2.1.1 A repercussão geral	26
2.1.2 As súmulas.....	27
2.1.3 As súmulas vinculantes	30
2.2 Os precedentes no Projeto do novo Código de Processo Civil	32
2.2.1 A regulamentação da jurisprudência	34
2.3 A vinculação na aplicação dos precedentes.....	42
2.3.1 Uma questão de igualdade formal: o fim da jurisprudência lotérica.....	42
2.3.2 Uma questão de igualdade material: diversidade federativa <i>versus</i> interpretação única e vinculante	45
3 PRECEDENTES: COMO APLICAR EM <i>TERRAE BRASILIS</i>	47
3.1 A motivação das decisões.....	48
3.1.1 A direta proporção entre a judicialização e o ativismo judicial	49
3.1.2 O caso Raposa Serra do Sol.....	53
3.2 Uma teoria geral de precedentes.....	55
3.2.1 Dimensão institucional	56
3.2.2 Dimensão objetiva	57
3.2.3 Dimensão estrutural.....	58
3.2.4 Dimensão da eficácia.....	59
3.3 Como utilizar os precedentes no Brasil	60
3.3.1 Decidindo com base em precedentes antagônicos.....	62
3.3.2 Perguntar, responder e decidir	63
CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS	71

INTRODUÇÃO

A pesquisa em tela visa analisar o instituto do precedente judicial no direito brasileiro, bem como sua introdução no ordenamento, através de respaldo normativo previsto no Projeto do novo Código de Processo Civil.

Justifica-se o estudo diante da relevância e atualidade do tema no ordenamento jurídico pátrio e dos intensos reflexos modificadores incidentes sobre a forma de decidir dos julgadores, uma vez que a partir do uso do precedente todas as decisões dos tribunais superiores ganham força vinculante. Além disso, destaca-se que a adoção do instituto do precedente judicial pela legislação pátria tem por finalidade unificar a jurisprudência, efetivar a segurança jurídica e a igualdade no julgamento dos casos postos à apreciação do Judiciário.

Nessa senda, objetiva-se analisar o precedente judicial, sua origem e características, e, discorrer sobre os benefícios do instituto como instrumento de uniformização da jurisprudência e fomento da celeridade processual, trazendo as modificações sobre a forma de decidir dos julgadores à luz do Projeto do novo Código de Processo Civil.

Indaga-se, portanto: se o precedente, como previsto no Projeto do novo Código de Processo Civil, será instrumento válido e eficaz para uniformização da jurisprudência? Ou apenas servirá de instrumento para veicular decisões políticas e solipsistas? Para analisar e responder a tais questões, os métodos de procedimento eleitos são o monográfico e, de forma subsidiária, o comparativo. O primeiro mediante a análise de materiais já publicados sobre o tema. O segundo, naquilo que couber, para explicar as semelhanças e diferenças dos fatos, das situações e outros aspectos relacionados aos precedentes no direito brasileiro.

Como método de abordagem, utiliza-se o hermenêutico, a fim de interpretar os diversos fatores que compõem o instituto, especialmente buscando a compreensão do precedente por meio da análise de obras bibliográficas, textos legislativos e jurisprudenciais.

O estudo encontra-se dividido em três capítulos, quais sejam: as grandes famílias jurídicas, os precedentes à brasileira: realidade e perspectivas e os precedentes: como aplicar em *terrae brasilis*. Assim, primeiramente, abordam-se os sistemas jurídicos predominantes no cenário jurídico mundial, sua origem e características marcantes. São estudados o *common law* e o *civil law*, suas tradições e formas de aplicação do direito. Ainda, examinam-se os movimentos de aproximação e miscigenação dos sistemas dentro do ordenamento jurídico pátrio.

Em um segundo momento, desenvolve-se a análise da figura do precedente judicial, suas características e pressupostos orientadores de utilização como fonte do direito. Examinam-se os meios de uniformização já existentes no ordenamento jurídico, oportunidade em que se comenta o uso da repercussão geral, das súmulas e das súmulas vinculantes. Apontam-se as inovações propostas pelo Projeto do novo Código de Processo Civil quanto ao uso do precedente, procedendo a investigação da questão da vinculatividade sob uma ótica de igualdade material e formal.

Por derradeiro, discorre-se sobre os erros e acertos na utilização do precedente dentro do ordenamento jurídico brasileiro, trazendo à baila a questão da crescente judicialização e do ativismo judicial. Analisa-se caso real no qual o Supremo Tribunal Federal decidiu contrariamente ao seu próprio precedente. Discorre-se sobre a proposta de uma teoria geral de precedentes que analisa o instituto sob quatro dimensões: institucional, objetiva, estrutural e da eficácia. Aponta-se a necessidade de usar o precedente com tecnicidade, especialmente em casos de precedentes antagônicos. Por derradeiro, desenvolve-se sugestão de utilização dos precedentes com base na teoria da primazia das perguntas e respostas.

De mais a mais, destaca-se que o presente estudo não tem como propósito esgotar o assunto, na medida em que o tema mostra-se complexo e relevante, pretende-se assim fomentar novas pesquisas, a fim de contribuir para a evolução das discussões em voga.

1 AS GRANDES FAMÍLIAS JURÍDICAS

O direito de cada Estado soberano não surgiu, foi instituído ou adotado num só momento, antes é a consequência de uma evolução social, econômica, política e jurídica que, de forma paulatina e secular, aconteceu em cada país e encontra-se sujeita às correntes de influência provenientes do pensamento jurídico e características sistêmicas de outros Estados.

Imprescindível compreender que o direito nasce e evolui no mesmo passo que a civilização, as normas jurídicas que regem um povo decorrem da necessidade de organizar, gerir e direcionar o convívio social, objetivando a harmonia nas relações humanas.

O homem, enquanto indivíduo civilizado, não existe sem o direito, da mesma forma que o direito não sobrevive sem o homem, porque é o ser humano que cria e aperfeiçoa o direito e é para ele que o direito é feito e aperfeiçoado (CASTRO, 2007, p. 02).

A pluralidade social e as acentuadas diferenças entre os diversos povos que habitam a esfera global fez nascer um direito peculiar em cada sociedade. Com efeito, o trabalho realizado pelos historiadores do direito e pelos comparatistas induz a individualização de quatro sistemas jurídicos de relevância mundial: o sistema romanista¹, o sistema anglo-saxão², o sistema socialista³ e o sistema muçulmano⁴ dentre os quais despontam o *common law* e o *civil law*.

1.1 A tradição jurídica da *common law*: da invasão normanda à regra do *stare decisis*

O direito durante vasto lapso temporal foi fundamentado em usos e costumes até que circunstâncias políticas e culturais conduziram à sua evolução fazendo emergir normas escritas, entretanto, a *common law* seguiu calcada fundamentalmente no direito jurisprudencial e nos costumes.

¹ Influenciado fundamentalmente pelo direito romano, o sistema romanista, popularmente conhecido como sistema do *civil law* consiste em sistema de regras predominantemente positivadas no qual a função do jurista é interpretar a vontade da lei (CASTRO, 2007, p. 05).

² Influenciado pelo direito inglês, o sistema anglo-saxão, também chamado de *common law*, consiste em sistema baseado em precedentes, no qual o direito legislado possui menor importância (CASTRO, 2007, p. 07).

³ O sistema socialista guarda estreitas semelhanças com o sistema do *civil law*, diferindo deste porque privilegia o direito público em detrimento do direito privado e repudia a propriedade privada (SANTOS, 2003, p. 441)

⁴ O sistema muçulmano caracteriza-se como um sistema jurídico teológico, no qual as normas que regem a sociedade estão previstas em livros teológicos (COMPARATO, 2010, p. 25)

A tradição da *common law* tem seu berço no arquipélago britânico, cuja gênese está na Inglaterra invadida pelos povos normandos⁵ em tempos primitivos, onde não existiam leis, mas costumes que, diante da confluência de dois povos em fase de adaptação a novas condições sociais, eram incertos (GILISSEN, 2003, p. 207).

Incumbiu então aos diversos tribunais da época, a partir da análise dos fatos comuns da vida da sociedade inglesa, conferir certeza aos costumes, criando regras nunca afastadas do cotidiano social (GILISSEN, 2003, p. 207).

Esse sistema de direito consuetudinário, interpôs-se também fora do arquipélago britânico, nos países que foram colonizados pelos ingleses, denominadamente a América Anglo-saxônica⁶, a exceção do Canadá francês (Quebec) (DAVID, 2002, p. 353).

A invasão normanda que se abateu sobre a Inglaterra no ano de 1066 d.C. colocou a maior parte do arquipélago britânico sob o domínio do reino continental da Normandia. (GILISSEN, 2003, p.208).

Os normandos eram civilizacionalmente pobres, não possuíam um direito evoluído e apesar de deterem o domínio político, deixaram subsistir, na generalidade, o direito anglo-saxão, muitas vezes de âmbito meramente local. Entretanto o galgar do tempo fez surgir a necessidade de uniformização desses costumes locais de base estritamente jurisprudencial, suplantando, progressivamente através da afirmação do poder central do reino, as ordens jurídicas fragmentárias que até então existiam (DAVID, 2002, p. 355).

O termo *common law* surgiu como *comune ley* na língua normanda, exatamente porque o direito comum inglês nasceu após a conquista normanda em 1066 d.C. Assim, os juízes da *common law* foram obrigados a decidir os casos que lhes eram ministrados sem ter como base um sistema de regras pré-estabelecidas, cabendo-lhes revelar o direito que devia ser aplicado a partir das convicções da população e das tradições nutridas no seio das comunidades, ou seja, os precedentes⁷ (DAVID, 2002, p. 286-288).

A sentença, como meio de revelar o direito, tornou o precedente uma fonte do direito, mas esse direito comum, não positivado e de formalismo absolutamente rígido, carecia de remédios jurídicos específicos para a tutela de certos interesses, a fim de evitar que casos iguais fossem solucionados de modo diverso (GILISSEN, 2003, p. 208-209).

⁵ Os normandos, também conhecidos como vikings eram os povos que habitavam a Península Escandinava (DAVIDSON, 2004, p. 57)

⁶ América Anglo-saxônica é um termo usado para designar os países da América que tem o inglês como seu principal idioma em razão dos laços históricos e culturais com a Inglaterra, país colonizador (FILIZOLA, 2009, p. 256)

⁷ Precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos (DIDIER JR, 2008, p. 347).

Nesse contexto, muitos súditos peticionavam diretamente ao rei suplicando o julgamento equânime de suas pretensões; o rei, então, delegava a apreciação dos pleitos ao seu Chanceler, em regra um religioso o que, com o passar do tempo e ampliação do número de casos submetidos por essa forma de suplicação, fez nascer a jurisdição paralela do Tribunal de Chancelaria⁸, responsável pela administração da equidade e vinculada aos seus próprios precedentes (SOARES, 2000, p. 32).

A equidade aqui aplicada era aquela que Tomás de Aquino define como “a vontade de distribuir a justiça, contornando a lei, quando a razão natural ou a luz dos primeiros princípios de caridade e solidariedade declarar inaplicável o texto frio da lei escrita ou consuetudinária”. (2005, p.43).

A *equity* desenvolveu assim, regras próprias, independentes da *common law*, até que os *Judicature Acts*⁹ de 1873 e 1875 suprimiram as Cortes de Chancelaria e unificaram os dois sistemas de direito, sob a competência das cortes comuns (SOARES, 2000, p. 35).

A superveniência de um judiciário unificado e de um sistema adequado de registro e organização dos precedentes fez nascer uma arraigada e profunda cultura popular de privilégio do precedente em detrimento da lei escrita, ou seja, uma *common law pura* - a *jude made law*. Entretanto ela só existiu na Inglaterra vitoriana, uma vez que, após a Revolução Industrial¹⁰, a Inglaterra recepcionou várias leis escritas e, atualmente, em razão de integrar a União Europeia, vige um extenso direito escrito elaborado por legisladores supranacionais. (SOARES, 2000, p. 35).

Desta forma, hoje, o direito inglês é composto de dois elementos principais: *common law* (incluindo a *equity*) e a lei escrita. Importante destacar nesse ponto que o sistema de precedentes vinculantes se aplica, no *common law*, mesmo quando o juiz decide com base na lei, uma vez que o julgador fica adstrito a adotar a mesma interpretação da lei realizada pelo juiz que decidiu caso idêntico, anteriormente.

A obrigatoriedade de seguir as decisões pretéritas, contudo, tornou-se regra somente a partir do século XIX como expressão da busca por segurança jurídica que, conforme se verá mais adiante, inspirou as codificações do *civil law* (DAVID, 2002, p. 341).

De qualquer forma, existindo ou não uma Constituição e leis escritas, a característica essencial do sistema jurídico nos países da *common law*, é a *doctrine of stare decisis* que

⁸ Os Tribunais de Chancelaria eram órgãos que julgavam os casos levados aos tribunais, uma vez que a jurisdição não era para todos, apenas para aqueles autorizados pelo chanceler (SOARES, 2000, p. 35).

⁹ Os *Judicature Acts* de 1873 e 1875 consistem em atos do poder político da *common law* que outorgaram a todos os tribunais ingleses a possibilidade de usar indistintamente as regras da *common law* e da *equity* (SOARES, 2000, p. 36).

¹⁰ A revolução industrial consistiu na transição dos métodos de produção artesanal para a produção por máquinas (SOUZA, 1990, p. 139).

constitui elemento definidor hábil a distinguir a tradição daquela do *civil law* (RAMIRES, 2010, p. 64-65).

A expressão *stare decisis* é uma redução da frase latina “*stare decisis et non quieta movere*”, que se pode traduzir por “ficar como foi decidido e não mexer no que esta quieto”. O vocábulo *doctrine*, por seu turno, aparece no sentido de “regra”, de maneira que se pode dizer que a *doctrine of stare decisis* significa a regra que determina que as coisas devem ficar como foram decididas pelos juízes e pelas Cortes pretéritas (RAMIRES, 2010, p. 65).

Nota-se assim, que nos países da *common law*, o fato de haver sido adotada determinada forma de decidir em caso anterior já constitui motivo para que fato semelhante seja decidido da mesma maneira. Todavia, não será todo e qualquer precedente que possuirá caráter vinculante, sendo imprescindível perquirir dois fatores: a *authority*, que constitui a força conectiva entre os dois casos e a característica dessa força¹¹, se obrigatória ou meramente persuasiva (*binding or persuasive*) (DAVID, 2002, p. 341).

Os ingleses denominam a parte efetivamente vinculante da decisão de *ratio decidendi*, que consiste na proposição jurídica, explícita ou implícita, considerada necessária para a decisão. Pode ser compreendida como o núcleo do precedente e deve, necessariamente, ser seguida. De outro lado, as decisões judiciais também são compostas pelos *obiter dicta* ou *gratis dicta*, que significam literalmente “dito para morrer” e “dito por nada”; tudo o que é dito numa decisão e que não integra a *ratio decidendi* é *obiter dicta*, e o que é dito *obiter dicta* tem um caráter meramente persuasivo (DAVID, 2002, p. 343-345).

Como se vê, o precedente sempre será respeitado, entretanto, tratando-se de precedente meramente persuasivo, o juiz deverá fundamentar a compatibilidade do caso com o direito ao qual está, efetivamente, vinculado, uma vez que isolado, o precedente não constitui fundamentação suficiente e bastante à decisão judicial.

¹¹ Os precedentes que gozam de força obrigatória são os que vinculam os julgados proferidos em estâncias inferiores, já os que possuem apenas força persuasiva são aqueles que não vinculam os tribunais inferiores (DAVID, 2002, p. 341).

1.2 A tradição da *civil law*: do reverdecer do Direito Romano ao apogeu da lei e a inevitável necessidade de utilização da hermenêutica

A maior parte dos países da Europa Ocidental pertencem a uma família de sistemas jurídicos que se chama, geralmente, de direito romanista, em razão da influência exercida pelo direito romano sobre a sua formação.

Provieram, em sua maioria, da ciência romanista do direito que se desenvolveu nas universidades dos países germânicos a partir do estudo do direito romano, donde advém a nomenclatura de escola jurídica de romano-germânica, ou como os anglo saxões, por sua vez, denominam-na de *civil law*, em oposição ao *common law*, por eles adotado (DAVID, 2002, p. 383).

O sistema de direito romanista foi utilizado também fora da Europa, nos locais que foram colonizados por países da Europa Continental, a exemplo dos países membros da América Latina, da Luisiana (nos EUA), do Canadá francês (Quebec), e dos países africanos colonizados pela França, pela Bélgica ou por Portugal (GILISSEN, 2003, p. 212).

O sistema jurídico da *civil law* guarda estreita relação com o direito romano¹², especificamente com a codificação da época de Justiniano¹³, da qual se origina, mas com a qual não se confunde. Salienta-se que Justiniano era ilírico e recebera sólida formação clássica e cristã e defendia de modo obstinado que a unidade política e jurídica somente seria possível se fosse alcançada a estabilidade do exército e das leis. Assim, quando da elaboração do *Corpus Iuris Civilles*, cuidou para que todo *Codex* romano garantisse a certeza e a supremacia da lei (AZEVEDO; TUCCI, 2001, p. 152-153).

O *Corpus Iuris Civilles* reunia em um único volume várias compilações de leis e doutrinas da época do Império de Justiniano, trazendo uma série de normas inflexíveis e adaptadas de acordo com a sociedade da época de sua elaboração (CRETELLA JÚNIOR, 2007, p. 56).

A constante evolução das relações privadas exigiu a edição de outras compilações oficiais, a fim de que as normas continuassem a ser aplicadas aos casos inéditos, aos moldes de como ocorre nos dias atuais em países filiados ao sistema do *civil law*, onde assiste-se contínua atualização dos códigos vigentes (FIÚZA, 2007, p. 63).

¹² Direito Romano é a mais importante fonte histórica do Direito nos países ocidentais, e, ainda, a maioria dos institutos e princípios do Direito Civil nos foi legada pelo gênio jurídico dos romanos (FIUZA, 2006, p. 160).

¹³ Justiniano foi um imperador romano do Oriente no período de 527 a 565 d.C que iniciou importante obra de compilação doutrinária e legislativa, conhecida como *Corpus Iuris Civilles* (CRETELLA JÚNIOR, 2007, p. 46).

A semelhança do direito romano com o direito dos países filiados ao *civil law* não é fruto do acaso, porque constitui consequência da ciência do direito elaborada nas universidades a partir do século XII que se baseavam no estudo do direito romano, especialmente no *Corpus Iures Civiles*¹⁴ de Justiniano, razão pela qual reflete características legislativas justinianas (GILISSEN, 2003, p. 203).

Todavia, embora as semelhanças sejam notáveis, essa ciência do direito elaborada nas universidades não era idêntica a da época romana porque os glosadores da Baixa Idade Média¹⁵ não viviam, sobretudo, inteiramente fora do mundo de seu tempo, de modo que, ao compilar e estudar os textos romanos eram também influenciados pelas ideias da época, designadamente pela filosofia cristã. (GILISSEN, 2003, p.203).

O sistema jurídico que então elaboravam, era um direito teórico e erudito, muito mais próximo do direito romano que dos direitos positivos locais da época, no qual, embora atenuados, eram identificados elementos comuns ao direito romano, que apareceram no fim da Idade Média e mantêm-se até os dias atuais (GILISSEN, 2003, p. 203).

Nesse contexto, como características desse direito, primeiramente destaca-se o uso de terminologia comum, baseada em uma concepção comum das noções jurídicas; segundo, a visão da regra jurídica como abstrata e geral; terceiro, o princípio de que o direito deve ser ditador do que é justo e razoável; por derradeiro, um modo de raciocínio jurídico tendente a solucionar casos particulares a partir de regras gerais, solidificando a ideia de preponderância da lei como fonte do direito (GILISSEN, 2003, p. 204).

Nota-se assim que a tradição da *civil law* buscou sob a preponderância da lei, um direito justo e razoável, de acordo com a concepção que os homens faziam, segundo a sua razão, da justiça.

Na sequência da história o poder de fazer as leis passou progressivamente dos glosadores acadêmicos para os soberanos e depois para a nação¹⁶. Entretanto, a intervenção dos governantes não ficou, em todo o lado, completamente excluída, o clero e a nobreza passaram a atuar sobre a elaboração legislativa tendenciosamente sobrepondo seus interesses (GILISSEN, 2003, p. 206).

¹⁴ Código de volume único contendo várias compilações de leis e doutrinas da época do Império de Justiniano (CRETELLA JÚNIOR, 2007, p. 56).

¹⁵ Considerada como o “despertar da Europa” a Baixa Idade Média consiste em período no qual a sociedade desenvolveu-se e organizou-se em feudos (MACE, 1995, p. 224).

¹⁶ O Estado Moderno surgiu em meados do século XV com o fim do feudalismo e com o advento do mercantilismo, frente a necessidade de criação de um modelo de governo forte e centralizado (HOBBS, 2006, p. 25).

Com isso, os abusivos e excessivos privilégios conferidos aos nobres e ao clero, somados à vulnerabilidade dos juízes, culminam na Revolução Francesa¹⁷ e, com a glória dos ideais revolucionários de liberdade, igualdade e fraternidade, a lei passou a ser vista como expressão legítima da vontade do povo (NERY, 2008, p. 75).

Para os revolucionários, os códigos de leis escritas e a restrição de interpretação, ao mesmo tempo que acabavam com os abusos, impediam a fragmentação do direito e a multiplicidade dos costumes, sistematizando a ordem jurídica pretendida (NERY, 2008, p. 75). Desse modo, uma forte conexão foi estabelecida entre a lei escrita e a igualdade, pois, passou-se a entender que quando a lei impera, a igualdade é garantida. Em contrapartida, quando o que prepondera é a vontade do homem, a arbitrariedade é favorecida e os abusos podem acontecer (BOBBIO, 2000, p. 312-313).

Logo, essa sistematização ordenada de leis escritas, produtos de órgãos legislativos competentes para editá-las por outorga do poder estatal, revela que no *civil law* o direito emana apenas das leis, não podendo ser criado a partir de decisões judiciais, como ocorre na tradição jurídica do *common law*.

Desse modo, conferindo a um parlamento o poder de criação do direito, os países de tradição romano-germânica tentaram criar sistemas jurídicos lógicos e racionais que objetivaram prever todas as situações da vida em regras substantivas, do que advém a ideia de que se consubstancia em tradição jurídica tendente à racionalização absoluta do fenômeno jurídico (DAVID, 2002. p. 19).

Assim, a proibição de criação e inovação do direito por meio das decisões emanadas pelos tribunais, na tradição da *civil law*, decorreu exatamente dessa tentativa de absoluta racionalização do fenômeno jurídico, por razões de ordem histórica, eis que a ascensão do absolutismo na Europa continental significou a pretensão de substituir o rei absolutista por outro poder soberano, designadamente, a Assembleia Soberana (MARINONI, 2011. p. 43-52).

Essa valorização da lei fez nascer, no século XIX, uma corrente do pensamento jurídico¹⁸ que acreditava na clareza dos textos normativos e na segurança jurídica daí advinda, defendiam a existência de uma razão absoluta compartilhada igualmente por todos, que tornava óbvias as normas de agir, de modo que essas normas positivadas deveriam estar de acordo com as leis eternas da razão (BOBBIO, 2006, p. 54).

¹⁷ A Revolução Francesa foi um processo social e político ocorrido na França no período de 1789 a 1799 e culminou na abolição da monarquia absolutista e na ascensão da burguesia (GILISSEN, 2003, p. 546).

¹⁸ O positivismo jurídico consiste em corrente do pensamento jurídico que apregoa que o direito, pelo simples fato de estar positivado deve ser obedecido incondicionalmente, independente de seu conteúdo (SGARBI, 2007, p. 715)

Nesse período, as leis não eram mais feitas para garantia de privilégios dos nobres ou clero, ao contrário, consistiam em verdadeiro produto da razão, igualmente compartilhada por todos. Compreendia-se que as leis eram obras completas e acabadas, sobre as quais não haveria necessidade de interpretação por parte do juiz, pois toda norma possuía um sentido verdadeiro, claro e óbvio, perante a qual o juiz deveria se postar como a boca pela qual a norma falava (CALAMANDREI, 1997, p. 244).

Frente a essa noção de completude da norma, qualquer obscuridade ou antinomia seria decorrente de uma má utilização do aplicador, isso porque na ideia exegetista¹⁹, como assevera Calamandrei “o juiz não tem sequer necessidade de ter olhos para ver: ele é um mecanismo inanimado, uma espécie de porta-voz através do qual a lei fala por si, a “*bouche de la loi*” (1997, p. 265).

No positivismo jurídico, produto também do século XIX, houve o desenvolvimento de métodos que buscavam eliminar obscuridades, antinomias ou anomias da lei na tentativa de se obter "o verdadeiro sentido" da norma, restringindo a função interpretativa somente para casos eventuais nos quais a regra não fosse clara. Assim, surgiram os métodos de interpretação gramatical²⁰, teleológica²¹ e sistemática²².

Ocorre que, quando o julgador se apoia em um dos métodos para justificar o resultado ao qual chega, na verdade faz uma escolha arbitrária e não justificada, porque não existe e nem poderia existir um metacritério que estabeleça o método adequado a ser utilizado (STRECK, 2007, p. 312).

A tarefa interpretativa apresenta-se nesse contexto, como um silogismo, no qual a premissa maior pode ser a gramática (método gramatical), o fim social (método teleológico) ou o sistema jurídico (método sistemático) e o que sustenta a correção do silogismo é o método. Todavia, se o método pode ser o fundamento do rigorismo do raciocínio, a solução carece de justificação da eleição de determinado método ao invés de outro (STRECK, 2007, p. 312).

¹⁹ O exegetismo jurídico consiste na forma de pensar fruto da Escola da Exegese que consistia em forma interpretativa que privilegiava aspectos gramaticais e lógicos dos textos legislativos, consistindo no ápice do positivismo jurídico (BOBBIO, 2006, p. 64).

²⁰ O método de interpretação gramatical assenta-se na ideia ou crença básica de que as palavras têm um sentido unívoco, que o intérprete deve descobrir e sistematizar; ele busca o significado literal das palavras que são interpretadas isoladamente ou no contexto da oração (ANDRADE, 1992, p. 30).

²¹ A interpretação teleológica é aquela que “procura revelar o fim da norma, o valor ou o bem jurídico visado pelo ordenamento com a edição de dado preceito” (BARROSO, 1996, p. 129-130).

²² O método interpretativo sistemático parte da hipótese de que o direito é ordenado, e que suas diversas normas formam um sistema cujos elementos podem ser interpretados de acordo com o contexto em que são inseridos (PERELMAN, 1998, p. 80).

Inevitavelmente, a exegese e os métodos interpretativos do positivismo acabaram por ruir porque foi impossível dar à norma a extensão abstrata e geral pretendida, bem como revelou-se impossível limitar e aprisionar o sentido das leis. No dizer de Gadamer “o fato de cada obra possuir seu mundo não significa que, uma vez mudado seu mundo original, já não possa ter realidade” (2004, p. 221).

Nota-se, pois, que a aplicação da norma não pode ser feita de modo automática como era no imaginário dos juristas do século XIX, sendo imprescindível a atuação do julgador, não de forma automática e robotizada, mas dinâmica, humana e vinculada ao contexto social.

A univocidade da interpretação da norma, os postulados da exegese e do positivismo clássico, defensores de um único sentido verdadeiro de determinada norma, já não fazem mais sentido e não conseguem trazer justiça ao caso particular, numa sociedade plural e complexa.

Observa-se que toda e qualquer norma possui diversas possibilidades interpretativas, reputando-se todas igualmente válidas, cabendo ao legislador produzir as normas gerais e ao juiz as normas individuais, pinçando a interpretação pertinente dentre as disponíveis, de maneira que a norma não seja vista como o sentido que se depreende de uma lei (KELSEN, 2006, p.394).

Logo, não existe um método de conhecimento válido para todos os casos, mas apenas construções metodológicas que devem ser construídas e justificadas, inexistem textos revestidos de tamanha clareza que se possa prescindir da interpretação, visto que a compreensão de um texto é ao mesmo tempo, sua interpretação (GADAMER, 2004, p. 457).

Admitida a necessidade de interpretação da norma, surge a problemática da neutralidade do interprete, uma vez que a condição humana é uma condição naturalmente hermenêutica, por isso qualquer juiz, diante da causa, irá interpretar não apenas as normas, mas também os fatos, as provas e as teses e diante disso determinar o direito aplicável com a influência de suas convicções e crenças.

Ocorre que não é possível que o julgador se coloque em posição alheia ao mundo para decidir o caso, não pode o julgador, de igual forma, tentar reconstruir a intenção do legislador quando edificou a norma, sem que o faça valendo-se de sua própria intenção enquanto pré-compreensão, produzindo um novo sentido a cada nova leitura, devem então o juiz e o legislador atuarem em sincronia, de maneira que o julgador reconheça a coerência do legislador como sua própria coerência (DWORKIN, 2007, p. 254).

Ainda, quando o juiz decidir um caso, deve considerar que está inserido em um processo construtivo e criativo do direito ao qual ele dá continuidade, o que não significa que ele tenha de repetir a mesma decisão diante de novo caso similar - ainda que seja um juiz da

common law - uma vez que ao passo em que aplica o direito, o juiz também contribui para a construção do universo jurídico (DWORKIN, 2007, p. 274).

A tarefa de descobrir qual norma será aplicada ao caso, não é sobretudo tarefa exclusiva do juiz, como ocorre com a aplicação propriamente dita, essa escolha que antecede a aplicação requer necessariamente a participação ativa das partes em contraditório, que apontarão as normas que entendem aplicáveis à lide. O juiz não cria a lei, mas decide qual dentre as leis existentes será melhor adequada como resposta ao problema.

Essa aplicação da norma deve, por seu turno, ser feita de tal forma que além de esclarecer as pretensões jurídicas levantadas pelas partes, garanta pela imparcialidade do julgador, que quaisquer pessoas que estivessem ali naquele exato caso obteriam a mesma decisão.

Isso porque, independentemente da família jurídica adotada, o direito deve ser aplicado de forma equânime, respeitando o direito à igualdade e efetivando a segurança jurídica, sob pena de distanciar-se do caminho da justiça, caindo na descrença social e instaurando severa crise institucional do Poder Judiciário, como está acontecendo no Brasil.

1.3 *Brazilian law*²³?

O direito vigente no Brasil é estruturado em um ordenamento jurídico baseado na lei escrita, com uma Constituição Federal, códigos, consolidações de leis e inúmeras categorias de dispositivos legais, como as leis ordinárias, as leis complementares, os decretos e as medidas provisórias, todos positivados.

Essa característica é herança da legislação portuguesa introduzida no Brasil-Colônia como transferência da legislação dos colonizadores portugueses, nominadamente as

²³ Fredie Didier Jr assevera que o Brasil possui tradição jurídica própria, a qual jocosamente chama de “*brazilian law*”, justificando a designação calcado na argumentação de que “o Sistema jurídico brasileiro tem uma característica muito peculiar, que não deixa de ser curiosa: temos um direito constitucional de inspiração estadunidense (daí a consagração de uma série de garantias processuais, inclusive, expressamente, do devido processo legal) e um direito infraconstitucional (principalmente o direito privado) inspirado na família romano-germânica (França, Alemanha e Itália, basicamente). Há controle de constitucionalidade difuso (inspirado no judicial *review* estadunidense) e concentrado (modelo austríaco). Há inúmeras codificações legislativas (*civil law*) e, ao mesmo tempo, constrói-se um sistema de valorização dos precedentes judiciais extremamente complexo (súmula vinculante, súmula impeditiva, julgamento modelo para causas repetitivas etc. (...), de óbvia inspiração no *common law*. Embora tenhamos um direito privado estruturado de acordo com o modelo do direito romano, de cunho individualista, temos um microsistema de tutela de direitos coletivos dos mais avançados e complexos do mundo; como se sabe, a tutela coletiva de direito é uma marca da tradição jurídica do *common law* [...]” (DIDIER JR, 2012, p. 43).

compilações de leis e costumes conhecidos como Ordenações Reais²⁴, que englobavam as Ordenações Afonsinas (1446), as Ordenações Manuelinas (1521) e as Ordenações Filipinas (1603) (WOLKMER, 2010, p. 61).

A lei emerge assim como a fonte primária à qual o jurista brasileiro recorre para a solução de um caso concreto; por esta razão é que o artigo 4º²⁵ da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto Lei nº 4.657/1942) determina ao juiz socorrer-se de outras fontes do direito, apenas e tão somente na lacuna da lei, deixando transparecer clara filiação à tradição romano-germânica.

No entanto, frente a alguns institutos da lei processual brasileira, exemplificativamente, a súmula vinculante²⁶ e o efeito vinculante atribuído à jurisprudência dos tribunais superiores, indaga-se se o Brasil, efetivamente, constitui-se em país filiado ao *civil law*.

Percebe-se que, o sistema jurídico brasileiro possui características peculiares: primeiro porque consagra uma série de garantias constitucionais insculpidas em princípios²⁷, a exemplo do devido processo legal, em clara semelhança ao sistema da *common law*; segundo porque sob esse direito constitucional existe um direito infraconstitucional positivado, inspirado na tradição romano-germânica (DIDIER JR, 2012, p. 42).

Ainda, observa-se que convivem no sistema jurídico inúmeras codificações legislativas (*civil law*) e também um complexo sistema de valorização dos precedentes judiciais (*common law*) através de mecanismos como a súmula vinculante, a súmula

²⁴ O ordenamento e toda a estrutura jurídica portuguesa estavam reunidos nas Ordenações : “Três grandes compilações formavam a estrutura jurídica portuguesa. O primeiro a ordenar uma codificação foi D. João I, que reinou de 1385 a 1433. A elaboração atravessou o reinado de D. Duarte, a regência de D. Leonor, sendo promulgadas pelo recém-coroadado Afonso V, que, apesar de nada ter contribuído para a obra, deu-lhe nome: Ordenações Afonsinas, que vigoraram de 1446 a 1521, ano em que D. Manoel promulgou a que levou seu nome: Ordenações Manoelinas, fruto da revisão das Afonsinas e da recompilação das leis extravagantes[2]. Depois das Manoelinas, Duarte Nunes de Leão recompilou novas leis extravagantes, até 1569, publicação muito conhecida por Código Sebastião, apesar de não ter havido participação ativa de D. Sebastião. Uma nova revisão das Ordenações foi encomendada pelo rei Filipe II a grupo de juristas chefiado por Damião de Aguiar, que as apresentou e obteve aprovação, em 1595, somente impressa e entrada em vigor em 1605 com o nome de Ordenações Filipinas” (CARRILO, 1997, p. 37-38).

²⁵ Artigo 4º da Lei nº 4.657 : “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

²⁶ Artigo 103-A da Constituição Federal: Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

²⁷ Vide artigo 5º e incisos da Constituição Federal.

impeditiva e o julgamento modelo para causas repetitivas. Tal situação faz com que alguns doutrinadores defendam que o Brasil não se filia nem à tradição jurídica do *civil law*, nem à do *common law*, de modo que teríamos uma tradição jurídica própria: a *brazilian law*. (DIDIER JR, 2012, p.42-43).

Essa valorização dos precedentes judiciais no direito brasileiro, entretanto, deve ser vista com reservas, uma vez os juízes brasileiros fazem remissão indiscriminada e, não raro, de forma atécnica à jurisprudência dos tribunais superiores, o que não se assemelha à jurisprudência dotada de efeito vinculante inerente a *common law*.

A figura da súmula vinculante, e o sistema do *stare decisis* não podem, como é de regra feito no Brasil, serem vistos como institutos análogos, exatamente porque o *stare decisis* constitui um dos elementos substanciais, aptos a estabelecer a diferença entre o *civil law* e o *common law* e no sistema brasileiro vigora a primazia da lei, sendo dela que o juiz, fundamentadamente, extrai os elementos necessários para a solução da causa (NERY e NERY JR, 2012, p. 665-666).

Verifica-se que o Brasil é país de tradição jurídica romano-germânica, não somente em virtude da supremacia da lei, mas também em função da ausência de um sistema organizado de criação e aplicação de precedentes. Contudo, constitui práxis judiciária o reforço diuturno da importância dos julgamentos dos tribunais, especialmente superiores, na fundamentação das decisões proferidas.

Não se repudia a crescente importância da jurisprudência, o que causa temeridade é que, quando um julgador invoca uma súmula ou um precedente para fundamentar sua decisão, o faz de forma autônoma, diferentemente do que ocorre nos países de *stare decisis*, em que a relação é dinâmica e não estática como se os precedentes fossem uma decisão do passado que deve ser repetida no presente.

Portanto, ainda que a lei seja preponderante na aplicação do direito, a jurisprudência, assim entendida como as decisões emanadas dos tribunais, também é considerada fonte de direito no Brasil e na própria tradição romano-germânica, uma vez que o direito dito pelos magistrados representa experiência própria do direito romano, principalmente, quando se atenta para o fato de que foi o trabalho complexo dos jurisconsultos romanos na interpretação das leis, que permitiu a formulação e elaboração da norma jurídica (NERY, 2008, p. 85).

Com efeito, vale ressaltar ainda, que em um sistema baseado na lei escrita, os conceitos vagos ou ambíguos necessitam de fórmulas interpretativas gerais resultantes de valorações hábeis, para uniformizar tais vaguezas ou ambiguidades, criando conceitos e

explicações, mas na tradição romanista tal incumbência compete à doutrina e não ao juiz (FERRAZ JR, 2007, p. 247).

E outra não poderia ser a importância conferida à doutrina, principalmente quando se tem em vista que a própria tradição do *civil law* teve seu nascedouro nas universidades romanas e nos ensinamentos dos jurisconsultos (NERY, 2008, p. 85).

Contudo, nesse mar revolto em que navegam os juristas brasileiros, ora se acredita que os problemas do direito são resolúveis pela alteração constante das leis ou pela criação de novos dispositivos legislativos, em respeito à tradição romano-germânica a qual se filiam; ora depositam esperança nos modelos da *common law*, valendo-se do precedente judicial como instrumento de celeridade e economia processual; em ambos os casos laboram na ilusão de solucionar a crise que assola o Judiciário, ignorando sobretudo que o problema do Poder Judiciário brasileiro não é textual.

Admite-se que a jurisprudência possui relevância na tradição jurídica do *civil law*, principalmente no Brasil, entretanto, ela não detém poder criativo de direito ou vinculativo para decisões futuras, mas, em nome da economia processual, os julgadores, especialmente de tribunais inferiores, têm vinculado suas decisões àquelas já proferidas por tribunais superiores, em total desacordo com a natureza do *civil law* (MARINONI, 2011, p. 120-189).

No quadro da tripartição de funções quando qualquer delas não cumpre, com eficiência, seu papel institucional, ocorre uma compensação sistêmica e, no caso do Brasil, o judiciário é utilizado como compensador dos déficits de funcionalidade dos demais poderes o que, aliado ao amplo acesso à justiça como um direito fundamental, impossibilitou ao judiciário efetivar a função social²⁸ idealizada para o processo.

Os adeptos desse ideal da função social do processo defendem a crença de que o juiz funciona como um canal de comunicação da carga axiológica da sociedade e dos textos normativos na busca solitária do bem comum (DINAMARCO, 2001, p. 294).

Acontece que, diante do atual pluralismo de concepções de mundo não existe consenso quanto ao caráter valorativo de determinada pretensão sob uma ótica principiológica, o que impede que um juiz ou um órgão possam estabelecer e entregar sozinhos o bem comum.

Importante destacar que a crise do Poder Judiciário não se restringe apenas à fundamentação das decisões, mas, também a efetividade da prestação jurisdicional,

²⁸ “Falar em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade significa, no contexto, falar dele como algo posto à disposição das pessoas como vistas a fazê-las mais felizes (ou menos felizes), mediante a eliminação dos conflitos que as envolvam, com decisões justas” (DINAMARCO, 1990, p. 434).

entendendo-se eficiência como uma medida da relação entre a qualidade do resultado obtido, o custo para obtê-lo e o tempo despendido para a obtenção.

Essa qualidade do resultado obtido é constatada pela união de técnica processual adequada ao procedimento correto que culmina em resposta do juiz, de maneira que a ausência de técnica processual adequada para certa situação concreta representa hipótese de omissão, contrária, portanto, à efetividade da tutela jurisdicional (MARINONI, 2006, p. 217-220).

Malgrado a necessidade de observar a qualidade do resultado obtido, o sistema processual brasileiro costuma enxergar como características da eficiência apenas o menor custo e a maior velocidade para resolver os litígios, ressaltando a todo custo a necessidade de celeridade processual e minimizando preocupações processuais como a correta aplicação dos precedentes.

Ocorre que, se o Judiciário brasileiro deve apreciar e afastar as lesões ou ameaças de lesão a direitos²⁹, os seus julgados naturalmente devem ser efetivos, velando pela proteção jurídica do direito a um procedimento, cujo resultado garanta ao respectivo titular os seus direitos materiais e não apenas uma resposta.

Se o objetivo é o aumento da eficiência processual, os problemas advindos de uma miscigenação de sistemas não podem ser ignorados como ocorre na atividade judiciária brasileira, na qual opera-se uma aproximação cada vez mais intensa entre as duas grandes tradições jurídicas: a *common law* com a ascendente adoção das leis escritas e a *civil law* com a crescente valorização da jurisprudência, caminhando-se para a formação de um sistema híbrido, cuja concretização parece estar a caminho.

Nesse contexto, muito embora conserve o sistema jurídico da *civil law*, o Brasil incorpora ao ordenamento jurídico características típicas dos países filiados ao *common law*, dentre as quais, a figura do precedente judicial, que será trazida ao ordenamento pátrio com respaldo normativo através das modificações processuais previstas no Projeto do Novo Código de Processo Civil.

²⁹ Artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

2 PRECEDENTE À BRASILEIRA: REALIDADE E PERSPECTIVAS

O precedente judicial é instituto típico dos países filiados ao sistema da *common law* e consiste em decisão judicial tomada em determinado caso concreto cujo núcleo poderá servir para embasar julgamentos futuros de casos análogos.

Para aplicar um precedente, há a necessidade de ser examinada, cuidadosamente, a existência de similaridade de fato e de direito entre o caso em apreço e o caso anterior. O jurista deve determinar a autoridade desse precedente, observando se diz respeito a um precedente vinculante ou meramente persuasivo.

O procedimento descrito refere-se à forma de proceder dos julgadores em países nos quais é tradicional o uso de precedentes. Veja-se que a aplicação não ocorre de forma mecânica, antes acontece a reconstrução do histórico de aplicação decisória discutindo-se a adaptabilidade ao caso presente.

Esse exame de adaptabilidade deve ser colocado em debate no Brasil, isso porque há muito tempo os juristas têm se concentrado na tentativa de uniformização da jurisprudência a todo custo, supondo que é possível estabelecer *standards* interpretativos a partir do julgamento de alguns casos por um tribunal de maior hierarquia e com isso buscar uma solução padronizada para lides semelhantes.

2.1 Precedentes como fonte do direito no Brasil

A contra gosto de alguns pensadores jurídicos a utilização dos precedentes judiciais no Brasil é ascendente e decorre principalmente da prática forense do Judiciário, especialmente, das cortes superiores.

A resistência encontrada pelo instituto está calcada, principalmente, no argumento de que o precedente é fonte secundária do direito e não pode ser privilegiado em detrimento da lei, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade e descaracterização da tradição romano-germânica.

Nesse contexto, a fim de analisar o uso do precedente no direito brasileiro, antes é imprescindível resgatar alguns conceitos de cunho constitucional, a iniciar-se pelo controle de constitucionalidade que se classifica entre difuso e concentrado.

No controle concentrado, o exame da constitucionalidade de uma lei é realizado por um único e, de regra, principal órgão do Poder Judiciário³⁰, já no controle difuso, o exame de constitucionalidade pode ser realizado por todos os membros do Poder Judiciário, isto é, qualquer julgador pode apreciar a constitucionalidade da lei (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 76).

A decisão proferida no controle concentrado de constitucionalidade terá eficácia *erga omnes*³¹ e produzirá efeitos *ex tunc*, todavia somente as partes envolvidas no litígio é que poderão arguir a inconstitucionalidade que permeia a lide. De outro lado, no controle difuso, qualquer pessoa poderá alegar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, mas a declaração de inconstitucionalidade, de regra, só produzirá efeitos *inter pars* (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 76).

O Supremo Tribunal Federal poderá, no exercício do controle concentrado de constitucionalidade, por maioria de dois terços dos seus membros, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela só produzirá efeitos a partir do trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado³² (BITTENCOURT, 2008. p. 56).

No controle difuso, a norma declarada inconstitucional será, de regra, válida somente entre as partes litigantes, todavia, a validade da declaração alcançará os demais cidadãos na hipótese em que o Senado Federal, suspender no todo ou em parte a execução da norma declarada inconstitucional³³.

Logo, no Brasil vigora o sistema misto de controle de constitucionalidade, ou seja, é possível que ocorra tanto o controle concentrado como o difuso. O primeiro é feito pelo Supremo Tribunal Federal que no exercício desta função vale-se de instrumentos como a repercussão geral, as súmulas e as súmulas vinculantes, no intuito de facilitar e economizar tempo no julgamento de controvérsias sobre a interpretação da Constituição Federal.

³⁰ No Brasil, o Supremo Tribunal Federal é competente para apreciar Ação Direta de Inconstitucionalidade que permite o controle das leis em relação à Constituição Federal, leis, porém, aprovadas depois de 1988; Ação Declaratória de Constitucionalidade que tem a finalidade de confirmar a constitucionalidade de uma lei, para que não seja discutida em outra ação; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental que serve para evitar ou reparar a violação de algum preceito constitucional, vigente antes ou depois da Constituição Federal de 1988 ou em uma Ação Direta de Constitucionalidade por Omissão que permite a declaração da inconstitucionalidade de uma omissão legislativa, visando a tornar a regra constitucional eficaz (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 76)

³¹ Redação dada pela Emenda Constitucional número 45 de 2004 ao artigo 102 § 2º da Constituição Federal: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

³² Artigo 27 da Lei nº 9.868/1999: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

³³ Artigo 52, inciso X da Constituição Federal: Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; [...]

Esses institutos merecem atenção especial, porquanto possuem características próprias e constituem normas precursoras do precedente judicial, às vésperas de ser regulamentado no ordenamento pátrio.

2.1.1 A repercussão geral

A repercussão geral é um instrumento processual inserido na Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional n° 45/2004³⁴ e objetiva a realização de uma filtragem dos recursos extraordinários a serem analisados pelo Supremo Tribunal Federal, levando em consideração critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica.

Nos termos do artigo 102, parágrafo 3º³⁵ da Constituição Federal, que no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar que a questão discutida é de relevo e diz respeito à matéria velada pela Carta Maior, a fim de que o Tribunal examine a admissibilidade do recurso ou recuse sua admissão através da manifestação de dois terços de seus membros.

O Código de processo Civil, em seu artigo 543-A³⁶ discrimina que o Supremo Tribunal Federal, através de decisão irrecorrível, não conhecerá recurso extraordinário, quando a questão constitucional trazida pelo recorrente não oferecer repercussão geral, mais adiante, em seu parágrafo 3º determina que haverá repercussão geral sempre que o recurso atacar decisão que contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal Supremo.

O termo “repercussão” é de origem latina e significa “ato ou efeito de repercutir” e o adjetivo “geral”, também originado do latim, traduz-se em “fazer sentir indiretamente a sua ação ou influência” de modo que a repercussão geral, neste íterim, diz respeito à necessidade de que as questões constitucionais debatidas representem determinado grupo de pessoas que sejam indiretamente influenciadas (TUCCI, 2007, p. 24-25).

A questão em debate deve ser relevante sob um prisma econômico, político, social ou jurídico, além de transcender para além do interesse subjetivo dos envolvidos na causa. É

³⁴ Emenda Constitucional n° 45, de 30 de dezembro de 2004: Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências.

³⁵ Artigo 102, parágrafo 3º da Constituição Federal: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”. [...]

³⁶ Artigo 543-A da Constituição Federal: “O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo”.

necessário que a questão contribua para a unidade do direito no estado constitucional brasileiro, contribuindo na resolução de problemas constitucionais (MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 40).

Nota-se assim que o regime da repercussão geral visa identificar se a questão constitucional é de relevo, deixando transparecer certa incongruência, porque cria uma espécie de discriminação entre inconstitucionalidades. Essa exigência de demonstração da repercussão geral de inconstitucionalidade sob pena de não admissão do recurso que não a demonstre, parece ignorar que qualquer inconstitucionalidade constitui uma violação suficiente para a atuação do Supremo Tribunal na guarda pela Constituição Federal (CASTILHO, 2007, p. 719).

O instituto em tela, enquanto requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, inevitavelmente diminui o número de casos que alcançam o Supremo Tribunal Federal, forçando a conclusão de que o vetor da exigência da repercussão geral não está ligado à questão inconstitucional, mas à sobrecarga de processos. Parece que o que de fato interessa é que a repercussão da matéria constitucional discutida tenha amplo espectro, abrangendo significativo número de pessoas.

De qualquer sorte, a repercussão geral estabeleceu um conceito jurídico indeterminado³⁷ que atribui ao julgador a incumbência de verificar sua existência diante dos aspectos particulares do caso analisado (MOREIRA, 2005, p. 44)

Ocorre que essa exigibilidade de certa discricionariedade e atuação do julgador não impediu que o Supremo Tribunal produzisse uma lista de hipóteses nas quais não é reconhecida a repercussão exigida, possibilitando, assim, o indeferimento liminar do recurso extraordinário, em observância ao que dispõe o parágrafo 5º do artigo 543-A do Código de Processo Civil: “negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.

Assim agindo o Supremo Tribunal Federal criou precedentes quanto a (in)existência de repercussão geral, permitindo a rejeição liminar dos recursos extraordinários. Desse modo, a Corte Suprema ignorou que os requisitos do instituto em tela estão diretamente relacionados ao momento histórico atual, não atentando para o fato de que, o que não for relevante hoje poderá sê-lo em momento histórico diverso.

³⁷ Conceito jurídico indeterminado é todo dispositivo revestido de vagueza intencional que possibilita interpretação ampla, permitindo que a norma permaneça sempre atual nos vários momentos históricos em que a lei é interpretada e aplicada (MELLO, 2007, p. 29).

Ademais, enquanto requisito à atuação da Corte Constitucional, o instituto da repercussão geral não pode impedir a tal ponto que os cidadãos vejam suas razões recursais apreciadas, até porque essa prática não se coaduna com os fundamentos do precedente judicial (*stare decisis*) no qual se espelha.

2.1.2 As súmulas

O segundo instrumento em que se observa a aplicação dos precedentes no Brasil é representado pelas súmulas editadas pelos tribunais quando uniformizam um entendimento sobre determinada matéria.

Observa-se que o princípio da legalidade, insculpido no artigo 5º, inciso II³⁸, da Constituição Federal constitui uma proteção contra o arbítrio. A lei é o maior poder no Estado, até o próprio Estado fica submetido a ela. Assim, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Ocorre que no grau de complexidade em que a sociedade atual está imersa, as situações fáticas já não podem mais ser totalmente absorvidas com exclusividade, pela concepção da lei, na medida em que ela, por si só, não é suficiente para regular todas as relações sociais. Nesse sentido, é fundamental que a hermenêutica ocupe lugar de destaque, uma vez que é ela que fundamenta a construção da decisão judicial, combinando a aplicação da lei à realidade social (PAULINO, 2008, p. 105).

Nesse contexto, surgiram as súmulas que constituem a cristalização de entendimentos jurisprudenciais que predominam nos tribunais, em certo espaço de tempo, ou seja, decisões reiteradamente proferidas em determinado assunto pelos tribunais (BUENO, 2010, p. 415).

Assim, a partir da invocação de determinada súmula e, portanto, do entendimento nela consolidado, não seria mais necessário que a Corte Suprema ao examinar recursos com a mesma fundamentação, tivesse de reproduzir as razões de decisão já lançadas anteriormente em outra oportunidade. Logo, por meio da indicação da súmula já se teria uma motivação³⁹

³⁸ Artigo 5º, inciso II da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei [...]”

³⁹ Artigo 93, inciso IX da Constituição Federal: “Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário

implícita que poderia ser examinada pelas partes com análise dos acórdãos sustentáculos do verbete.

O que se denota na utilização das súmulas, entretanto, é uma ausência de preocupação, especialmente por parte dos seus prolatores, em garantir a coerência ou previsibilidade objetivada pelo instituto e, não raro, em inúmeros julgados assiste-se o descumprimento⁴⁰ pelos Tribunais Superiores de suas próprias súmulas.

Além disso, os enunciados sumulares carecem de formatação lógica que consigne os fundamentos essenciais das decisões que os geraram, a exemplo do precedente judicial nos moldes do *common law*, o qual delimita toda a racionalidade jurídica, diferentemente da súmula à brasileira que apenas se presta a mencionar um resumo do dispositivo.

Com isso, as súmulas acabaram por se tornarem orientadores interpretativos estáticos, sem qualquer correspondência com os casos dos quais se originam e totalmente alheios ao desenvolvimento do direito e à realização da justiça nos casos concretos (MARINONI, 2011, p. 485).

A compreensão de um texto, todavia, exige sempre uma projeção, naturalmente o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado, razão pela qual a compreensão daquilo que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse contexto prévio⁴¹, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido⁴² (GADAMER, 2005, p. 356).

Sob essa característica estática, as súmulas acabam por impedir interpretações mais adequadas dos precedentes e bloqueiam de certa forma a participação do juiz natural da causa, detentor de uma riqueza fática maior, e que poderia contribuir, consideravelmente, para uma melhor definição da generalidade da norma e para a solução da lide.

serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação [...]

⁴⁰ Vide tópico 3.1.2

⁴¹ A compreensão se dá através do modo existencial do indivíduo dentro de suas experiências e preconceitos (GADAMER, 2005, p. 356).

⁴² O movimento no sentido de compreender e interpretar exige um projetar, a leitura de um texto inicia com uma pré-compreensão que estabelece um projeto de compreensão do objeto de estudo, há um intercâmbio entre o movimento da tradição e o movimento do intérprete (GADAMER, 2005, p.357).

2.1.3 As súmulas vinculantes

A Emenda Constitucional n° 45 de 08 de dezembro de 2004 incluiu no texto constitucional o artigo 103-A⁴³, o qual prevê a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal editar súmula com caráter obrigatório e vinculante para todo o Poder Judiciário e para a Administração Pública direta e indireta.

Desde o advento dessa inovação constitucional, a comunidade jurídica teceu severas críticas ao instituto, taxando-o de inconstitucional sob o fundamento de que consistiria na violação ao princípio da separação dos poderes, insculpido no artigo 2º⁴⁴ da Carta Magna, visto que os três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário devem ser independentes e harmônicos entre si, possuindo funções distintas. Em especial a criação das leis, que compete ao Legislativo e não ao Judiciário.

Além do argumento legal, o argumento histórico que fundamenta a tese da inconstitucionalidade⁴⁵ afirma que a súmula vinculante fere a independência dos juízes, a exemplo daquilo que ocorria no Estado absoluto, no qual o Poder estava concentrado no Monarca e o magistrado atuava como seu *longa manus*. Assim, ao passo que o poder absoluto operava tiranias, os magistrados, como extensão desse poder, também eram detestados, daí por que a partir da Revolução Francesa eles eram limitados a pronunciar as palavras da lei, sem interpretá-la (GOMES, 1997, p. 20)

Há ainda a tese de que o instituto em tela causa uma petrificação do direito, uma vez que aniquila a criatividade do juiz, centralizando uma única visão jurídica e coloca o direito sob o risco de um controle tirânico, consistindo verdadeiro retorno aos assentos da Casa de Suplicação⁴⁶ (GOMES, 1997, p. 27).

⁴³ Artigo 103-A da Constituição Federal: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

⁴⁴ Artigo 2º da Constituição Federal: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

⁴⁵ A doutrina atual entende que é possível o exercício do controle incidental ou difuso da constitucionalidade das súmulas vinculantes, sob o argumento de que se o verbete causar lesão ou ameaça de lesão à direito constitucional, competirá ao juiz do caso concreto declarar a inconstitucionalidade da norma.

⁴⁶ Na época do Brasil colônia, o tribunal de apelação dos casos cíveis e criminais era chamado de Casa da Suplicação, os recursos criminais apreciados visavam a concessão de clemência do rei para livramento da pena de morte, donde advém a nomenclatura (WOLKMER, 2010, p. 92).

Com efeito, até mesmo no pós-positivismo percebe-se que o Direito é uma ciência em constante construção, que reclama permanente exercício de interpretação pelos julgadores. Essa interpretação deve ser livre de convencionalismos e pragmatismo, orientando-se por uma integridade entre doutrina e jurisdição, livre de convenções especiais, mas dependente de interpretações mais refinadas e concretas da mesma prática jurídica que se está interpretando (DWORKIN, 2007, p. 488-489).

O exercício da interpretação não raras vezes é divergente, e da necessidade de evitar essa divergência interpretativa é que surge a súmula vinculante, calcada na crença de que ela torna claro o sentido da norma e, por ser vinculante, impede outras interpretações. Assiste-se, assim, um renascimento dos postulados da escola da exegese calcados na crença da clareza dos textos e na possibilidade de racionalizar os mesmos através da súmula (STRECK, 2009, p. 351-357).

As súmulas em si, não são de tudo um mal para o direito, elas são úteis enquanto referencial de orientação e instrumento de uniformidade jurisprudencial, o problema consiste na ilusão jurídica de que a súmula pode fazer o que desde a crise da escola da exegese já se sabe impossível, isso porque a súmula, assim como a lei, não possui condição de regular todas as suas hipóteses de aplicação (STRECK, 2010, p. 42-56).

Além disso, as súmulas, por vezes, não possuem a devida fundamentação, são contraditórias e obscuras, a exemplo da súmula vinculante número 3⁴⁷. O teor desse enunciado possibilita a interpretação de que é possível que nos casos de apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão não seja necessário observar o contraditório e a ampla defesa.

Há ainda situações mais clamorosas, a exemplo da Súmula Vinculante número 13⁴⁸, prolatada a partir de um caso único⁴⁹. Tal disposição contraria a Constituição Federal que é cristalina ao asseverar que a edição da súmula pelo Supremo Tribunal Federal deverá ocorrer somente após reiteradas decisões.

⁴⁷ Súmula vinculante número 3: “Nos processos perante o tribunal de contas da união asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.”

⁴⁸ Súmula Vinculante número 13: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.”

⁴⁹ Ementa: Administração Pública. Vedação nepotismo. Necessidade de lei formal. Inexigibilidade. proibição que decorre do art. 37, caput, da CF. RE provido em parte. I - Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional da Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita. II - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática. III - Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal." RE 579.951, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgamento em 20.8.2008, DJe de 24.10.2008.

Não é possível, portanto, pretender que uma súmula resolva os problemas interpretativos das leis, uma vez que não podem afastar a necessidade interpretativa e a variabilidade hermenêutica. Ao aprovar uma súmula, se está inflando a legislação, o que torna o exercício interpretativo mais complexo e não o contrário, dando margem a discricionariedade decisionista do julgador que aplica a súmula como um tema, abstraindo-se das particularidades do caso que deram origem a ela e que fundamentam a lide a ser decidida (STRECK, 2010, p. 106).

Assim, pode-se dizer que a súmula vinculante é um instrumento valioso, todavia pode transformar-se em fonte de arbitrariedades e injustiças, em razão de equívocos na compreensão e utilização que, não raramente, ocorre de forma dedutiva ou subsuntiva.

A formulação da súmula vinculante, especialmente por possuir efeito *erga omnes* em face do Estado e dos jurisdicionados, exige do Supremo Tribunal Federal cuidado extremo em todas as fases de deliberação e emissão, principalmente quanto a sua redação, a fim de evitar que ao invés de concorrer para a melhoria da prestação da jurisdição venha a se constituir em mais um óbice na sua consecução (MANCUSO, 2010, p. 362).

Com efeito, a partir da atuação do Judiciário brasileiro, especialmente das Cortes Superiores, é de se indagar se os julgadores estão prontos a adoção de um sistema de precedente, que vem estampado no Projeto do novo Código de Processo Civil.

2.2 Os precedentes no Projeto do novo Código de Processo Civil

O Código de Processo Civil vigente, consubstanciado na Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973, estampa em sua exposição de motivos o Capítulo VII, intitulado de Conclusão, do qual se extrai o seguinte:

[...] Cogita-se, pois, de racionalizar o procedimento, assim na ordem civil como penal, simplificando-lhe os termos de tal sorte que os trâmites processuais levem à prestação da sentença com economia de tempo e despesas para os litigantes. Evitar-se-á, assim, o retardamento da decisão das causas ou na execução dos direitos já reconhecidos em juízo. [...]

Da leitura do fragmento colacionado fica evidente que uma das principais preocupações dos legisladores, já no ano de 1973, era tornar a justiça mais célere e eficaz, ou seja, agilizar a apreciação e resposta às causas sob *judice*.

Em que pese a nobreza da intenção do legislador, por uma série de motivos o Código vigente acabou por não cumprir com seus objetivos iniciais com relação à celeridade e a situação atual do Judiciário brasileiro, sobrecarregado de processos e moroso na entrega da prestação jurisdicional, reflete-se na frase histórica de Rui Barbosa de Oliveira, que apesar de temporalmente longínqua é adequada à situação atual: “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta” (1999, p. 40).

Nesse contexto, com o intuito de modificar o tempo de tramitação dos processos foi editada a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004 que ficou conhecida como a instituidora da reforma do Poder Judiciário, a partir de então, uma série de dispositivos inovadores foram inseridos na Constituição Federal, todos prestigiando a celeridade processual, pois dela também depende a efetividade⁵⁰ da prestação jurisdicional.

Em especial, a Emenda Constitucional nº 45 acrescentou o inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal, estabelecendo a duração razoável do processo⁵¹ como direito fundamental de todos os jurisdicionados.

Nenhuma das medidas, contudo, reformou a estrutura do Poder Judiciário enquanto modo de atuação de seus agentes, uma vez que as reformas ficaram adstritas à organização judiciária e ao processo. Inevitavelmente, o Código de Processo Civil vigente experimentou uma série de modificações até culminar na necessidade de reelaboração, assim justificada na exposição de motivos do Projeto de Lei nº 8.046 de 2010 quando o Ministro Luiz Fux refere que:

[...] A metodologia utilizada pela comissão visou a um só tempo vencer o problema e legitimar a sua solução. [...] No afã de atingir esse escopo deparamo-nos com o excesso de formalismos processuais, e com um volume imoderado de ações e de recursos. Mergulhamos com profundidade em todos os problemas, ora erigindo soluções genuínas, ora criando outras oriundas de sistema judiciais de alhures, optando por instrumentos eficazes, consagrados nas famílias da *civil law* e da *common law*, sempre prudentes com os males das inovações abruptas mas cientes em não incorrer no mimetismo que se compraz em repetir, ousando sem medo. (BRASIL, Projeto de Lei nº 8.046/2010).

⁵⁰ A técnica processual possui dois objetivos fundamentais: garantir segurança de igualdade de tratamento entre os sujeitos processuais e garantir que a tutela jurisdicional seja, na medida do possível, espontânea, tanto do ponto de vista da justiça da decisão quanto pela tempestividade (ARAÚJO CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1998, p. 56).

⁵¹ A duração razoável do processo, como o próprio nome sugere, não significa a necessidade de fixação de prazo para que o processo chegue a termo, mas sim, a garantia de que os magistrados conduzirão a marcha processual com a máxima presteza possível, sem que sejam desrespeitadas as demais garantias constitucionais (MARINONI, 2006, p. 215-226).

Verifica se, portanto, já no seu intróito, que a comissão do novel Código de Processo Civil foi abeberar-se no sistema da *common law*, tomando emprestados dispositivos atinentes aquele modelo, no intuito de solucionar a crise do Judiciário, no que pertine à duração razoável dos processos.

2.2.1 A regulamentação da jurisprudência

Impossível no atual Estado Democrático de Direito que se continue a tolerar a possibilidade de os órgãos jurisdicionais, diante de situações concretas similares, conferirem resultados díspares em clara afronta ao princípio da isonomia. Urge a necessidade de que casos de idêntica matéria jurídica obtenham igual tratamento jurídico, de maneira que uma vez firmado entendimento jurisprudencial sobre determinado tema, esse entendimento seja respeitado nos casos análogos.

Atento a essa necessidade, o Projeto de Lei número 8046/2010, que institui o novo Código de Processo Civil, inova e traz uma série de dispositivos indicativos da tentativa de conferir maior eficácia e seriedade à aplicação dos precedentes, em clara aproximação com o sistema da *common law*. Imprescindível, assim, que se faça um cotejo das inovações do nível Codex à luz das normas vigentes sobre o uso dos precedentes.

O Projeto do novo Código de Processo Civil, nos moldes do artigo 285 - A⁵² do Código vigente, estipula em seu artigo 333 o seguinte:

Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV frontalmente norma jurídica extraída de dispositivo expresso de ato normativo; V enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local (BRASIL, Projeto de Lei nº 8.046/2010).

⁵² Artigo 285-A do Código de Processo Civil: “Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. § 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação. § 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso”.

Nota-se a inequívoca extensão das hipóteses previstas no artigo 285-A do Código de Processo Civil que permite o julgamento liminar de improcedência do pedido. A norma do projeto amplia o artigo predecessor para autorizar a improcedência liminar dos casos em que há afronta ao entendimento jurisprudencial dos tribunais superiores sobre determinada matéria, evidenciando a intenção do legislador de conferir prestação jurisdicional quase instantânea às demandas.

O Projeto do novo Código de Processo Civil conta ainda com capítulo específico dedicado ao precedente judicial, a partir do qual fica nítida a intenção de estabelecer a eficácia vinculante dos precedentes judiciais. Assim, o capítulo XV, do Livro I, do Projeto de Lei número 8046/2010, por meio dos artigos 520 a 522, regulamenta o precedente judicial, dispondo:

Capítulo XV Do precedente judicial Art. 520. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º É vedado ao tribunal editar enunciado de súmula que não se atenha às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Da leitura do dispositivo colacionado, fica clara a influência recebida pelo sistema de precedentes da *common law*, inclusive na terminologia utilizada pelo legislador. Note-se que o artigo 520 trata da uniformização da jurisprudência nos Tribunais, mais especificadamente, no dever de se editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante.

Entretanto, observa-se que o dispositivo em tela não traz maiores inovações, em tese, apenas cristaliza a intenção do legislador de inserir o artigo subsequente para conferir efetividade ao artigo presente, esclarecendo que a utilização dos precedentes visa dar efetividade ao princípio da legalidade, em evidente contraponto ao próprio instituto do precedente, pois originário do *common law* e afeto, portanto, a um sistema consuetudinário, dinâmico e desapegado da lei.

Nesse passo, o legislador cria o artigo 521 do Projeto do Novo Código de Processo Civil justificando no corpo da norma os objetivos de sua existência:

Art. 521. Para dar efetividade ao disposto no art. 520 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da

proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas: I os juízes e tribunais seguirão as decisões e os precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II os juízes e tribunais seguirão os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos e os precedentes em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; III os juízes e tribunais seguirão os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; [...] (BRASIL, Projeto de Lei n° 8.046/2010).

Verifica-se que no atual Código de Processo Civil, somente as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal eram consideradas precedentes com grau máximo de eficácia, o novo Código, todavia, parece atribuir eficácia vinculante também às Súmulas do Superior Tribunal de Justiça, criando ordem hierárquica de vinculação na qual o Supremo Tribunal Federal aparece no topo, seguido pelo Superior Tribunal de Justiça e pelos Tribunais inferiores a eles vinculados.

Adiante, o legislador organiza, no inciso IV, do artigo 521, o sistema de hierarquização da obediência à precedentes da seguinte forma:

IV não sendo a hipótese de aplicação dos incisos I a III, os juízes e tribunais seguirão os precedentes: a) do plenário do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade; b) da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional.

Percebe-se que cada ente jurisdicional inferior ficará vinculado à decisão do órgão superior respectivo, ceifando do julgador de primeiro grau a possibilidade de interpretação diversa daquela dada por seus hierarquicamente superiores, operando verdadeira petrificação hermenêutica e robotização das instâncias hierarquicamente inferiores.

Essa ideia de ofensa à independência judicial operada pela vinculação aos precedentes, encontra seu contraponto no princípio da igualdade como direito fundamental, do que decorre a unidade da função jurisdicional, eis que é dever do Judiciário solucionar as causas a ele submetidas, de forma racional e isonômica, não se podendo admitir que casos iguais recebam tratamento diverso (MARINONI, 2010, p. 203).

Marinoni é categórico ao refutar a ideia de ofensa à independência dos juízes:

“Ora, um organismo que tem manifestações contraditórias é, indubitavelmente, um organismo doente. Portanto, é preciso não confundir independência dos juízes com ausência de unidade, sob pena de, ao invés de se ter um sistema que racional e isonomicamente distribui justiça, ter-se algo que, mais do que falhar aos fins a que se destina, beira a um manicômio, onde vozes irremediavelmente contrastantes, de forma ilógica e improdente, se digladiam” (2012, p. 203-204).

Por óbvio que os precedentes visam criar essa unidade cuja ausência faz adoecer o Judiciário, contudo, imprescindível atentar para a forma como se procede ao almejar essa unidade. Não se contesta a importância da uniformização, contudo, ela não pode ocorrer de qualquer maneira e a qualquer custo.

Assim, atentando para a forma de utilização dos precedentes, o artigo em análise traça linhas gerais da técnica de utilização do precedente, orientando o agir dos julgadores nos seguintes moldes:

§ 1º O órgão jurisdicional observará o disposto no art. 10 e no art. 499, § 1º, na formação e aplicação do precedente judicial. § 2º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores. § 3º O efeito previsto nos incisos do caput deste artigo decorre dos fundamentos determinantes adotados pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado. § 4º Não possuem o efeito previsto nos incisos do caput deste artigo os fundamentos: I prescindíveis para o alcance do resultado fixado em seu dispositivo, ainda que presentes no acórdão; II não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador, ainda que relevantes e contidos no acórdão (BRASIL, Projeto de Lei nº 8.046/2010).

Nesse contexto, percebe-se que a aplicação dos precedentes judiciais no Brasil tem se dado com viés diverso daquele do sistema norte-americano, uma vez que enquanto lá o uso decorre de uma sistemática prática historicamente estabelecida, *in terra brasilis* o instituto nasce com respaldo normativo, inclusive no que diz respeito à técnica de utilização.

Adiante, o legislador traça as possibilidades de não utilização do precedente, assim determinando, no parágrafo 5º, do artigo 521:

§ 5º O precedente ou jurisprudência dotado do efeito previsto nos incisos do caput deste artigo poderá não ser seguido, quando o órgão jurisdicional

distinguir o caso sob julgamento, demonstrando fundamentadamente se tratar de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa (BRASIL, Projeto de Lei nº 8.046/2010).

Da análise do texto, é impossível não notar que os juízes dos tribunais inferiores ficam sempre vinculados às decisões dos tribunais superiores e, havendo necessidade de decidir de forma diversa, deverão justificar fundamentadamente a razão de tal proceder.

Isso porque, um caso deve guardar harmonia para com seus precedentes similares, ao aplicar o Direito os julgadores não partem de um marco zero de interpretação, porquanto devem estar compromissados com a complexidade estrutural de todo ordenamento jurídico (STRECK, 2013, p. 207).

Atentando-se para a manutenção da unidade jurídica em paralelo com a evolução social, a norma resguarda a possibilidade de modificação dos entendimentos jurisprudenciais consolidados, conforme se extrai dos parágrafos 6º, 7º e 8º:

§ 6º A modificação de entendimento sedimentado poderá realizar-se: I por meio do procedimento previsto na Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, quando tratar-se de enunciado de súmula vinculante; II por meio do procedimento previsto no regimento interno do tribunal respectivo, quando tratar-se de enunciado de súmula da jurisprudência dominante; III incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou na causa de competência originária do tribunal, nas demais hipóteses dos incisos II a IV do caput. § 7º A modificação de entendimento sedimentado poderá fundar-se, entre outras alegações, na revogação ou modificação de norma em que se fundou a tese ou em alteração econômica, política ou social referente à matéria decidida. § 8º A decisão sobre a modificação de entendimento sedimentado poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

Nota-se assim que para uma decisão ser considerada fundamentada quando deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, ela deverá demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, de modo que os magistrados de primeira ou de segunda instância ficam, de certa forma, atrelados a um precedente ou súmula vindo de um tribunal superior a eles, o que, inevitavelmente, denota certa obediência hierárquica na forma de decidir, como se o livre

convencimento motivado dos juízos inferiores fosse mitigado pela interpretação dos juízos superiores.

De qualquer sorte, a força vinculante dos precedentes depende de prévia e minuciosa análise da *ratio decidendi*, entretanto, o ordenamento jurídico brasileiro não prevê nenhum instituto jurídico assemelhado à *ratio decidendi* do *common law*, o que dificulta tanto as decisões de primeiro grau quanto a congruência das decisões nos Tribunais Superiores, uma vez que não se sabendo ao certo qual a regra que vinculará as decisões futuras é fácil decidir de maneira diferente daquilo que se pretende vincular.

Ademais, a *ratio decidendi* exige uma apreciação de correspondência fática e jurídica entre o caso que solucionou e o caso ao qual será aplicada como decisão, sendo impossível de conceber uma aplicação de forma isolada (STRECK, 2013, p. 44).

Parece que a preocupação do legislador concentrou-se em resguardar a possibilidade de superação e modificação do precedente, sem cuidar para que fosse respeitado o núcleo essencial do julgado que constitui a razão de decidir de um precedente. Veja-se nas disposições dos parágrafos 9º, 10º e 11º, do artigo 521 do Projeto de Lei n. 8046/2010:

§ 9º O órgão jurisdicional que tiver firmado a tese a ser rediscutida será preferencialmente competente para a revisão do precedente formado em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, ou em julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos. § 10. Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante, sumulada ou não, ou de precedente, o tribunal poderá modular os efeitos da decisão que supera o entendimento anterior, limitando sua retroatividade ou lhe atribuindo efeitos prospectivos. § 11. A modificação de entendimento sedimentado, sumulado ou não, observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia (BRASIL, Projeto de Lei nº 8.046/2010).

Assim agindo, o legislador consagrou a figura do *distinguishing*, que é uma técnica própria do *common law*, consistente na não aplicação de um precedente quando o caso a ser decidido apresenta alguma peculiaridade hábil a autorizar que a decisão seja tomada independentemente do precedente. Trata-se de hipótese em que o caso concreto apresenta situações adicionais ou carece de relevante característica que esteja presente no caso paradigma, de modo a tornar injusta a aplicação do precedente (WAMBIER, 2012, p. 21).

A utilização da técnica do *distinguishing* ocorre, portanto, quando existem precedentes relativos a determinada questão, todavia, não se enquadram como precedente ao caso sob apreço do julgador por existirem desigualdades em pontos essenciais. É uma técnica de afastamento do precedente judicial na qual se reconhece uma exceção não envolvida anteriormente pelo precedente judicial, se procedendo, então, a uma redução na área da regra jurídica excepcionada, uma diminuição do universo das situações compreendidas naquela determinada hipótese, em razão da regra geral ser injusta ao caso.

A faculdade de realizar o *distinguishing* não significa, contudo, que ao juiz é permitido ignorar precedentes que não lhe agradem, devendo fundamentar a decisão demonstrando as peculiaridades específicas que afastam a aplicação do precedente (MARINONI, 2010, p. 328).

O *distinguishing* possibilita assim, que casos peculiares sejam tratados de acordo com suas peculiaridades, sem que para tanto precise negar vigência ao precedente invocado, tampouco pretenda sua revogação, muito pelo contrário, o precedente continuará hígido e válido ainda que o julgador não o tenha aplicado em razão das divergências em pontos essenciais com o caso em julgamento.

Com a correta utilização da técnica torna-se possível que o sistema abarque novas situações ainda não tematizadas, sem que para tanto tenha de revogar o precedente, o que contribui no desenvolvimento do direito, enquanto mantém sua estabilidade (MARINONI, 2010, p.333).

Ainda, refere-se que o artigo 499 do Projeto de Lei nº 8046/2010 traz regras de interpretação dos precedentes judiciais e de motivação das decisões, mais uma vez em clara aproximação ao processo de julgamento realizado pelos juízes de *common law*, no momento que dispõe:

Art. 499. § 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; [...] (BRASIL, Projeto de Lei nº 8.046/2010) .

Denota-se que os dispositivos pretendem afastar decisões genéricas que não atentem para os detalhes do caso sob exame, a fim de que a decisão judicial seja persuasiva, não só para as partes envolvidas no litígio, mas para toda sociedade, bem como, que seja compreensível, que possibilite às partes percorrer o caminho da decisão sem vislumbrar falhas ou lacunas.

A segunda parte do artigo 499, no inciso VI do parágrafo 1º e nos parágrafos 2º e 3º, dispõem sobre a prestação jurisdicional, trazendo mais uma vez a necessidade de respeito aos precedentes, advertindo que a decisão não será considerada fundamentada se:

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. § 2º No caso de colisão entre normas, o órgão jurisdicional deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé (BRASIL, Projeto de Lei nº 8.046/2010).

Como se vê, a motivação das decisões judiciais finalmente ganha o destaque que lhe é imprescindível, não basta mais qualquer motivação, a partir da vigência do artigo colacionado, a decisão deverá respeitar critérios motivacionais legais, sob pena de invalidade.

Nesse contexto, é impossível ignorar a presença de uma certa necessidade de obediência dos juízes de primeiro grau às decisões dos Tribunais Superiores e, a despeito de se fazer qualquer juízo de valor quanto a positividade ou negatividade de tal forma de proceder, é inevitável concluir que o legislador apostou demasiadamente no acerto das decisões dos Tribunais Superiores, laborando na ilusão de que a interpretação do direito por eles exercida é de certo modo mais qualificada do que aquela dos magistrados de primeira instância.

O objetivo da vinculação é explícito, vem estampado na bandeira da segurança jurídica, todavia, resta saber se essa bandeira de segurança vem sustentada em mastros jurídicos e não políticos, porque se as vinculações forem lastreadas em decisões políticas assistir-se-á insegurança ainda maior que aquela provocada pela ausência de uniformidade jurisprudencial.

2.3 A vinculação na aplicação dos precedentes

Verifica-se atualmente no direito brasileiro constantes mudanças nos entendimentos jurisprudenciais, incongruências entre precedentes e verdadeiro desrespeito à lei, bem como acentuada deficiência de fundamentação dos julgados, o que abala sobremaneira a estabilidade decisória.

Com efeito, ainda que superado o positivismo jurídico, os resquícios de discricionariedade judicial insistem em permanecer, não raramente camuflados na força normativa adquirida pelos princípios⁵³ no pós-positivismo.

Não é mais possível compreender que casos idênticos ou similares tenham decisões conflitantes entre si, fazendo do processo uma loteria, na qual os jurisdicionados são apostadores, entregues à *alea* de serem premiados com um julgamento favorável, não em razão da qualidade de seus argumentos, mas em virtude do entendimento de um ou outro juiz que venha a julgar a causa, em total desrespeito à integridade do processo e em afronta direta ao princípio constitucional da igualdade.

A necessidade de uniformização é premente e a aposta atual do legislador, como visto, é a regulamentação e vinculação da jurisprudência.

2.3.1 Uma questão de igualdade formal: o fim da jurisprudência lotérica

O direito enquanto ciência social admite a existência de mais de uma resposta correta para um mesmo caso concreto. Assim, podem existir diversas respostas possíveis, mas a forma como se dá essa resposta deve ser uniforme, pois uma vez eleita uma resposta correta, não se pode admitir que em outros casos iguais, a uma mesma regra ou princípio seja dada interpretação divergente.

Logo, quando dentro de um mesmo ordenamento jurídico um órgão jurisdicional julga de determinada maneira e outro de outra, instaura-se uma insegurança jurídica e uma

⁵³ Os princípios passam na fase do pós-positivismo de normas pragmáticas para normas concretas e positivadas, sobretudo dentro das Constituições, surge a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, com a preeminência dos princípios (DWORKIN, 2002, p. 192).

descrença da sociedade na justiça, dando margem à existência do fenômeno da jurisprudência lotérica.

A jurisprudência lotérica nasce exatamente quando a mesma questão jurídica é julgada de duas ou mais maneiras diferentes. A parte aguarda a sorte de ver sua causa distribuída a determinado Juiz, cujo entendimento sobre a matéria lhe seja favorável, o que fará possivelmente que a tutela jurisdicional obtida também, seja favorável. Do contrário, caso a apreciação da causa seja distribuída a juiz com entendimento diferente, desfavorável será a decisão sobre o direito pleiteado (CAMBI, 2001, p. 110).

Inegável, nesse contexto, que a vinculatividade aos precedentes nos juízos inferiores constituem importante ferramenta hábil a garantir uma possibilidade de aplicação uniforme do direito, sem que para tanto alguns jurisdicionados tenham de arcar com o ônus da interposição de recurso para obtenção de julgamento equânime, além de assistirem o processo se prolongar no tempo até sua decisão final.

Independente da inserção em um sistema vinculativo de precedentes, o fato é que a sorte ou o azar não podem ser fator determinante para o julgamento de um processo, porque se assim o fosse não seria absurda a ideia de substituir os magistrados por jogadores de dados. Mas, a justiça da decisão reclama a adoção de técnicas eficazes capazes de dirimir as divergências quanto às teses jurisprudenciais (CAMBI, 2001, p. 110).

A decisão judicial deve ser construída com a preocupação da unidade do sistema jurídico, a fim de que em casos idênticos não haja decisões conflitantes, a decisão jurisdicional é produto do sistema judicial, não apenas uma prestação isolada de determinado juiz. Consiste irracionalidade jurídica permitir que o juiz interprete a lei de forma diversa dos Tribunais Superiores (MARINONI, 2013, p. 142 - 143).

Valendo-se ou não da vinculação dos precedentes, a questão da divergência jurisprudencial há de ser sanada, afastando o assombro kafkaniano⁵⁴ da jurisprudência lotérica em prol da estabilidade das decisões, o que não se confunde com a proibição interpretativa.

⁵⁴ “Diante da lei está um porteiro. Um homem do campo chega a esse porteiro e pede para entrar na lei. Mas o porteiro diz que agora não pode permitir-lhe a entrada. O homem do campo reflete e depois pergunta se então não pode entrar mais tarde. - É possível - diz o porteiro - mas agora não. Uma vez que a porta da lei continua como sempre aberta e o porteiro se põe de lado o homem se inclina para olhar o interior através da porta. Quando nota isso o porteiro ri e diz: - Se o atraí tanto, tente entrar apesar da minha proibição. Mas veja bem: eu sou poderoso. E sou apenas o último dos porteiros. De sala para sala porém existem porteiros cada um mais poderoso que o outro. Nem mesmo eu posso suportar a simples visão do terceiro. O homem do campo não esperava tais dificuldades: a lei deve ser acessível a todos e a qualquer hora, pensa ele; agora, no entanto, ao examinar mais de perto o porteiro, com o seu casaco de pele, o grande nariz pontudo, a longa barba tártara, rala e preta, ele decide que é melhor aguardar até receber a permissão de entrada. O porteiro lhe dá um banquinho e deixa-o sentar-se ao lado da porta. Ali fica sentado dias e anos. Ele faz muitas tentativas para ser admitido e cansa o porteiro com os seus pedidos. Às vezes o porteiro submete o homem a pequenos interrogatórios, pergunta-lhe a respeito da sua terra natal e de muitas outras coisas, mas são perguntas indiferentes, como as que os grandes senhores fazem, e para concluir repete-lhe sempre que ainda não pode deixá-lo entrar. O homem, que havia se equipado com muitas coisas para a viagem, emprega tudo, por mais valioso que seja, para subornar o porteiro. Com efeito, este aceita tudo, mas sempre

As decisões judiciais coerentes entre si permitem a concretização do princípio da isonomia entre os jurisdicionados e, tendo em vista que as decisões jurisdicionais não se invalidam entre si, o direito produzido pelas diferentes decisões do Judiciário revela um problema de coerência, não de compatibilidade (MARINONI, 2013, p. 165).

No caos experimentado pela jurisprudência, os precedentes emergem como instrumento de promoção da isonomia, como produto de reconstrução do sentido da lei, visto que ocorre a reconstrução desse sentido sob a ótica de uma reconstrução já realizada anteriormente, evitando que as decisões judiciais de casos idênticos recebam tratamentos diversos.

Ocorre, entretanto, que a adoção dos precedentes, aos moldes como vem sendo feito no direito brasileiro, deixa transparecer claro apego à forma escrita, através da criação de um sem fim de enunciados que visam abarcar acontecimentos futuros, ignorando que os precedentes aos moldes da *common law* são construídos hermeneuticamente, a partir da aplicação reiterada pelos órgãos jurisdicionais inferiores.

Desse modo, as súmulas e congêneres são enunciados e não precedentes, uma vez que nada mais são do que normas gerais carentes de interpretação que não contribuem para a solução do caso concreto, do contrário, dariam margem a novos caminhos (STRECK; ABBOUD, 2013, p. 120).

O problema é que essas cláusulas gerais dão vazão à atividade solipsista do intérprete, que vai abeberar-se em sua consciência e experiências para construir a decisão, abusando da discricionariedade através dessas aberturas interpretativas dadas pela lei (STRECK, 2012, p. 221).

Todavia, o magistrado não pode se considerar livre para decidir conforme a sua vontade, uma vez que não é único e absoluto, mas sim parte integrante de um todo que é o sistema judicial, sendo inadmissíveis decisões isoladas e incongruentes frente a um conjunto jurisprudencial já construído.

dizendo: - Eu só aceito para você não julgar que deixou de fazer alguma coisa. Durante todos esses anos o homem observa o porteiro quase sem interrupção. Esquece os outros porteiros e este primeiro parece-lhe o único obstáculo para a entrada na lei. Nos primeiros anos amaldiçoa em voz alta e desconsideração e o acaso infeliz; mais tarde, quando envelhece, apenas resmunga consigo mesmo. Torna-se infantil e uma vez que, por estudar o porteiro anos a fio, ficou conhecendo até as pulgas da sua gola de pele, pede a estas que o ajudem a fazê-lo mudar de opinião. Finalmente sua vista enfraquece e ele não sabe se de fato está ficando mais escuro em torno ou se apenas os olhos o enganam. Não obstante reconhece agora no escuro um brilho que irrompe inextinguível da porta da lei. Mas já não tem mais muito tempo de vida. Antes de morrer, todas as experiências daquele tempo convergem na sua cabeça para uma pergunta que até então não havia feito ao porteiro. Faz-lhe um aceno para que se aproxime, pois não pode mais endireitar o corpo enrijecido. O porteiro precisa curvar-se profundamente até ele, já que a diferença de altura mudou muito em detrimento do homem: - O que é que você ainda quer saber? pergunta o porteiro. Você é insaciável. - Todos aspiram à lei - diz o homem. Como se explica que em tantos anos ninguém além de mim pediu para entrar? O porteiro percebe que o homem já está no fim e para ainda alcançar sua audição em declínio ele berra: - Aqui ninguém mais podia ser admitido, pois esta entrada estava destinada só a você. Agora eu vou embora e fecho-a” (KAFKA, 2005, p. 45).

A vinculação aos precedentes não tem o escopo de regressar ao silogismo jurídico⁵⁵, próprio do positivismo clássico e, embora acabe por mitigar o exercício interpretativo dos julgadores de primeira instância, não pretende mecanizá-los, visa garantir a previsibilidade de julgamento das causas, evitando assim que os jurisdicionados não se sintam como apostadores de uma banca lotérica judicial.

2.3.2 Uma questão de igualdade material: diversidade federativa *versus* interpretação única e vinculante

No sistema anglo-americano da *common law*, uma determinada orientação adotada em determinado caso líder deve ser acatada pelos demais juízes no julgamento de situações análogas, a fim de que casos idênticos sejam decididos de forma equânime em prol da estabilidade e segurança do sistema jurídico. Tal fato confere aos juízes criadores dos precedentes elevado grau de poder em detrimento até mesmo das leis e dos costumes, na hipótese de serem lesivos a uniformidade da *common law*.

Diferentemente do Brasil, nos Estados Unidos da América, exemplificativamente, o sistema judiciário é federal e ao mesmo tempo também estadual. No âmbito federal emerge o respeito supremo a Constituição Federal e no âmbito estadual às Constituições Estaduais, o que possibilita a criação de um sistema judicial com peculiaridades próprias de cada unidade federada (TOCQUEVILLE, 2001, p. 68-69).

Obviamente, essa estrutura descentralizada na qual se organiza o Judiciário norte-americano favorece o surgimento de decisões díspares entre os estados federativos. Daí a importância da adoção do efeito vinculante aos precedentes judiciais, em que a decisão poderá ser consultada para resolução de lides análogas, o que faz que o *stare decisis* produza segurança jurídica fundamental à correta distribuição da Justiça (SILVA, 2011, p. 359).

Essa simetria adotada no caso norte americano respeita a homogeneidade de cultura e costumes das diferentes unidades da Federação. No caso brasileiro a miscigenação cultural

⁵⁵ O silogismo jurídico consiste na prática de raciocinar a partir de deduções, onde parte-se de uma premissa maior que consiste na norma jurídica para uma premissa menor que é o fato e então chega-se à decisão de aplicação da norma jurídica ao fato (COELHO, 1996, p. 21).

também é questão relevante, principalmente quando se tem em vista as fortes discrepâncias existentes no âmbito social e econômico dos diferentes estados federativos⁵⁶.

Ainda que as diferenças entre os estados da federação sejam evidentes, no Brasil o constituinte e os legisladores tratam de modo idêntico os estados, operando um erro de simetria que pode consecutir em uma integração meramente formal, na qual há o fortalecimento de um órgão central em detrimento dos demais entes federativos, caracterizando uma espécie de federalismo de subordinação (LENZA, 2010, p. 342).

A partir do advento do novel Código de Processo Civil, ocorrerá a centralização do poder interpretativo no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, em detrimento dos Tribunais de Justiça dos Estados, dos Tribunais Regionais Federais, dos juízes estaduais e dos juízes federais que ficam vinculados aos precedentes destas cortes superiores.

A pretensão de uniformização dos precedentes se dará através de uma força subordinadora vinculante manifestada através da hierarquia do Judiciário, na qual o Supremo Tribunal Federal passa a deter a última palavra sobre a decisão de determinado caso e a primeira e única palavra sobre a decisão dos casos posteriores sobre a mesma matéria.

Com efeito, nos casos posteriores sobre a mesma matéria, a força vinculante do precedente impede que se atente para determinados fatos, como, por exemplo, o estado de origem do caso, o que acaba dando margem à desigualdades materiais.

Constata-se, pois, que as mudanças preconizadas pelo Projeto de Lei nº 8.046/2010 são extremamente transformadoras, especialmente naquilo que diz respeito à forma de decidir e fundamentar as decisões judiciais. Essas mudanças exigirão uma nova hermenêutica focada na interpretação jurisprudencial, obrigarão o juiz a olhar os novos institutos com os olhos do novo, enxergando que o direito vai muito além dos textos positivados.

⁵⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

3 PRECEDENTE JUDICIAL: COMO APLICAR EM *TERRAE BRASILIS*

O artigo 93 da Constituição Federal, em seu inciso IX⁵⁷ assegura aos jurisdicionados a garantia da fundamentação das decisões judiciais. Embora hoje essa exigência de fundamentação constitua direito velado constitucionalmente nem sempre foi assim, houve um tempo na história em que o instituto era estranho aos julgamentos e o que preponderava era a vontade divina e mais adiante o absolutismo monárquico.

Houve um tempo em que as decisões judiciais eram tomadas por autoridades eclesiásticas se dizentes transmissores e executores da vontade divina, não havia distinção entre dolo e culpa, não existia a figura do caso fortuito e a punição era determinada sempre em relação ao dano causado, repudiando-se o aspecto subjetivo do ato (NASCIMENTO, 2008, p. 78-79).

Na sequência histórica, o poder transportou-se dos eclesiásticos aos monarcas e, então, os reis soberanos passaram a representar a vontade de Deus na terra e, como tal, tornaram-se donos absolutos do poder de jurisdição (NASCIMENTO, 2008, p. 127-129).

A necessidade de fundamentação emergiu então, como uma forma de frear o arbítrio dos julgadores, na medida em que eles se obrigam a relatar o caminho de conhecimento e reflexão que percorreram para chegar à decisão proferida.

A recepção no direito brasileiro da figura do precedente no Projeto de Lei número 8.046/2010 não afasta o dever da fundamentação, isso porque se o julgador elege determinado precedente para aplicar no caso sob apreço, fica obrigado a motivar essa escolha com base nas semelhanças entre o caso presente e o caso passado. Se optar por não escolher nenhum precedente ou por eleger um em detrimento de outro, de igual forma fica vinculado a fundamentar sua escolha ou seu repúdio.

Portanto, se o juiz da causa segue um precedente ou abre um novo, em ambos os casos persiste a obrigação de fundamentar, não de qualquer forma, porque a fundamentação não pode ser vista como mera explicação, mas de maneira válida que no caso dos precedentes exige uma forma unânime de caminhar dos julgadores, ainda que o percurso transcorrido para chegar às decisões seja diverso.

⁵⁷ Artigo 93, inciso IX da Constituição Federal: “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (...)”

3.1 A motivação das decisões

No exercício da atividade judiciária o juiz fica obrigado a fundamentar suas decisões, uma vez que é através da fundamentação que ele se comunica com a sociedade cumprindo sua responsabilidade social de sujeitar seus provimentos à ciência jurídica, à opinião das partes e ao meio social como um todo.

Há contudo, que se estabelecer uma diferenciação entre a fundamentação e a mera explicação da decisão, haja visto que enquanto a primeira torna a decisão válida, a segunda apenas reveste o *decisum* de uma falsa aparência de validade.

O juiz explica e não fundamenta, quando diz que assim decide por incidir no caso tal norma legal, cujo sentido ele escolhe livremente e então aplica ao caso sob apreço, repetindo o texto legal e declarando um vencedor. Ao passo que, quando fundamenta e não apenas explica, o juiz menciona as razões pelas quais acolheu os argumentos do vencedor e as razões pelas quais rejeitou os fundamentos trazidos pelo sucumbente. (BAPTISTA, 2006, p. 334)

Verifica-se, pois, que para a decisão judicial ser considerada válida o julgador deverá além de confirmar por *modus ponens* as hipóteses do vencedor, negar por *modus tollens* o alvitre do vencido (FERRAJOLI, 2002, p. 498).

Assiste-se, contudo, na prática judiciária brasileira uma certa liberdade dos julgadores ao fundamentar suas decisões, na qual a regra é declarar certas as razões do vencedor, sem dizer porque são equivocadas ou inaplicáveis as argumentações do vencido.

Essa prática atinge especialmente os tribunais superiores, que embriagados do poder que detém ou pensam deter, não raramente, criam formas modelo de decidir, o que pode ser traduzido em linhas semânticas, por um modo de decidir no qual se diz que é “assim” porque o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal dizem que assim deve ser.

Há nessa embriaguez decisionista grave perigo ao direito e à justiça na medida em que a partir do uso e vinculação dos precedentes, os tribunais inferiores ficam amarrados à forma de decidir daqueles superiores, sejam elas eivadas de arbitrariedade ou não, uma vez que a jurisprudência desses tribunais ganha *status* de lei. Perigo que embora grave é de menor potencial se comparado ao fato de que esses tribunais superiores muitas vezes decidem de forma antagônica, agindo desvinculados de suas próprias decisões anteriores, como se seus julgados vinculassem aos demais, mas eles mesmos fossem imunes a tal vinculação (RAMIRES, 2012, p. 139).

Esse antagonismo favorece uma sequência nefanda de arbitrariedades, visto que ao julgador basta, como fundamentação, acoplar sua decisão em precedente da corte superiores, facilitando a prática, não rara, de decidir antes, conforme a própria consciência, e buscar o fundamento depois, mascarando a arbitrariedade e disfarçando a (in)validade uma decisão solipsista (RAMIRES, 2012, p.138-139).

A questão é preocupante quando se volta os olhos para a atuação do Supremo Tribunal Federal, isso porque o aludido tribunal, investido em sua função de guardião da Carta Maior traz para si a pretensão de que é o único dono das verdades constitucionais, em outras palavras, labora na crença de que é o único que sabe interpretar a Constituição Federal, como se o constituinte falasse pela sua boca e ninguém mais além dele entendesse o idioma utilizado na comunicação, ignorando a validade constitucional do controle difuso de constitucionalidade operado pelos tribunais inferiores.

A situação ganha ares de desespero frente a abrangência de matérias abraçadas pela Constituição Federal, o que torna tudo constitucional, banalizando de certa forma a atuação da Suprema Corte, sustentando o brocardo de que tudo “vai parar no Supremo” e, quando o senso comum vale-se da máxima “parar no supremo”, intencionalmente ou não, acerta o verbo, porquanto as causas adormecem a espera de um julgamento, de um pronunciamento da Corte, que quando vem, muitas vezes acontece de forma atécnica (NERY JÚNIOR, 2004, p. 29-31).

Verifica-se, pois, que a interpretação constitucional é tarefa demasiadamente complexa e seus intérpretes ao exercerem a jurisdição devem estar cientes da função democrática que detêm, evitando a todo custo que o pronunciamento judicial seja maculado de solipsismo, velando para que suas decisões guardem correspondência lógica com o ordenamento, repudiando ativismos negativos e decisões políticas.

3.1.1 A direta proporção entre a judicialização e o ativismo judicial

Noticia-se diuturnamente o aumento de demandas judiciais, que aportam ao Judiciário os mais diferentes pedidos e causas de pedir, em sua maioria objetivando o asseguramento de direitos fundamentais.

Com efeito, a judicialização ascendente e o ininterrupto aumento do número de processos configura problema alarmante, contudo, esse fenômeno representa consequência

direta de problemática ainda mais grave, ou seja: se hoje o Judiciário está em crise, isso está intimamente relacionado com as dificuldades que assolam as demais instituições do país, e principalmente com os problemas sociais.

Assiste-se uma democracia representativa em crise, um legislativo carente de agenda e um executivo ineficiente na promoção das políticas públicas necessárias para garantia dos direitos fundamentais. Tem-se uma nova Constituição aos moldes de cada novo governante, vê-se a cada mandato presidencial um sem fim de emendas à Carta Constitucional para permitir a governabilidade, porque em verdade as políticas públicas refletem muito mais uma tentativa de redistribuição de renda, do que a efetivação dos direitos insculpidos no diploma constitucional de 1988 (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, 2010, p. 731).

A ineficiência e morosidade do Poder Legislativo e do Poder Executivo fizeram com que a sociedade se socorresse do Poder Judiciário e na função indeclinável de jurisdição aos juízes incumbiu o dever de ocupar os lugares pertencentes aos responsáveis pela regulação societária e política.

Merecem destaque, nesse contexto, fatores como o (neo)constitucionalismo e o Estado do Bem Estar Social que operaram mudanças na técnica legislativa, fazendo nascer normas mais genéricas e permeadas de conceitos jurídicos indeterminados que favoreceram a criatividade do juiz como ocorre no sistema do *common law* (ATAÍDE JR, 2012, p. 44-61).

Essa relativização da função do Judiciário se deve especialmente em razão do novo texto constitucional que superou o modelo liberal, uma vez que o direito passou a ser visto como um transformador da realidade e não apenas um instrumento ordenador e promovedor, atraindo a atenção para a jurisdição constitucional, porquanto garantidora dos direitos fundamentais e mantenedora da democracia do atual Estado (STRECK, 2009, p. 13)

O modelo de Estado Democrático de Direito provocou transformações das funções dos poderes, bem como afetou a neutralidade do Poder Judiciário. Os poderes deixaram de ser um sistema de freios e contrapesos para se tornarem um sistema de delegação indireta de funções. Não há limitação mútua, mas intervenção mútua e de forma desequilibrada.

A evolução constante da complexidade social reclamou do direito uma mudança paralela, com o objetivo de atender aos reclames da sociedade, refletindo na necessidade inarredável de adequação da atividade jurisdicional aos ditames do ideário democrático, sendo imprescindível dar a cada situação o devido tratamento jurídico que lhe cabe, salvaguardando a efetividade democrática substancial (SAMPAIO JR; JOSÉ HERVAL, 2011, p. 408).

O Poder Judiciário passou a velar pelo cumprimento e promoção dos direitos sociais e fundamentais, não cumprindo mais apenas a função de julgar determinando o certo e/ou

errado perante a legislação, mas de conduzir a concretização dos resultados objetivados, o que desnaturaliza a função do juiz e do próprio Judiciário.

Quanto maior o conhecimento da sociedade de seus direitos⁵⁸, mais ativa será a participação do Judiciário nas decisões políticas do país, porque isso decorre do próprio modelo constitucional adotado. Essa atuação do Judiciário, não pode, contudo ser maculada de uma atitude dos juízes de escolher um modo específico e proativo de interpretar a Constituição Federal.

Os julgadores, no exercício da concretização de direitos, devem fundamentar sua decisão e essa fundamentação não deve extrapolar os limites da previsão legislativa, em um exercício interpretativo ativista e arbitrário.

A separação dos poderes e a proclamação dos direitos fundamentais insculpidos na Carta Magna são as duas medidas utilizadas como forma de contenção do arbítrio e imposição da moderação ao governante (BRANCO, 2009, p. 21).

A separação dos poderes parte da premissa de que aquele que possui o poder será tentado a abusar dele, sendo necessário um instrumento de controle contra esse hipotético absolutismo, por esta razão é necessário que um poder freie o outro (MONTESQUIEU, 1979, p. 119).

Montesquieu defendia que o Judiciário não se tratava de poder independente, uma vez que neutralizava a si mesmo, asseverava que os julgamentos deveriam ser mais que um texto exato de lei, mas que os tribunais deveriam ser fixos, porque se refletissem as opiniões particulares dos juízes, se viveria em uma sociedade na qual não seria possível saber quais os compromissos nela assumidos. (1979, p. 120).

Quando um juiz ou tribunal decide a partir de argumentos pessoais, políticos, morais, substituindo o texto da lei e extrapolando a hermenêutica para abarcar suas convicções pessoais, não está agindo de forma neutra, mas ativista. (STRECK, 2012, p. 589).

A ideia de ativismo está associada a uma participação mais alargada e proativa do Poder Judiciário na concretização das normas constitucionais, interferindo no espaço de atuação dos Poderes Executivo e Legislativo; a postura ativista pode ser identificada através de condutas que incluem: (I) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (II)

⁵⁸ O acesso à justiça, em um primeiro momento, denominado como primeira onda decorreu dos esforços de proporcionar o exercício de ação aos financeiramente pobres; em um segundo momento, chamado de segunda onda, movimentou o acesso à justiça no sentido de garantir a resolução de interesses coletivos e difusos; em um terceiro momento, designado de terceira onda, consiste na adoção de práticas alternativas para solução dos conflitos que não aquelas restritas ao ordenamento processual (CAPELLETTI, 1988, p. 31-42).

declarações de inconstitucionalidade de atos emanados do legislador baseado em critérios mais flexíveis que a patente violação da Constituição; (III) a imposição de condutas à Administração Pública, especialmente em matéria de políticas públicas” (BARROSO, 2009, p. 61).

Perceptível que a figura do ativismo judicial está intimamente relacionada à jurisdição constitucional, daí o porquê de significativa parcela da doutrina acusar o Supremo Tribunal Federal de ser o precursor do ativismo.

Ocorre que a prática do ativismo não se restringe ao Supremo Tribunal Federal, especialmente porque a partir da inserção de uma série de direitos fundamentais na Constituição Federal, assistiu-se a expansão da jurisdição constitucional com vistas a realizar as garantias nela insculpidas (BARACHO, 2003, p.02). Assim, as possibilidades conferidas a juízes e tribunais de aplicar a Constituição de forma direta no exercício do controle difuso de constitucionalidade das leis e atos do poder público, também pode ser compreendida como jurisdição constitucional (BARROSO, 2009, p.228).

É nesse panorama que um sistema brasileiro de precedentes pretende surgir como forma de conter a discricionariedade arbitrária dos julgadores, visto que a característica da técnica legislativa associada à criatividade do juiz contribuiu para a instauração de verdadeira crise no ordenamento jurídico pátrio. Vê-se que uma vez que o sistema tradicional de resolução de demandas pelo judiciário não mais consegue mais solucionar os problemas da sociedade de forma igualitária porque a divergência jurisprudencial alcançou níveis desesperadores, semeando fundada insegurança jurídica.

A jurisdição constitucional é exercida de forma ampla, vivificando a Constituição Federal com vistas a acompanhar o dinamismo social e efetivar os direitos por ela assegurados, com vistas a cumprir seu papel de instrumento social transformador (BARACHO, 2003, p. 04).

A possibilidade de ser ativista não pode ser confundida com a autorização para ser arbitrário, porque o exercício de suprir deficiências não autoriza o julgador a decidir conforme sua consciência, ainda que as lacunas deixadas pelo legislador e a ineficiência da administração pública tenham formado um campo fértil para tal comportamento antidemocrático.

Nessa perspectiva, o Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal tornou-se protagonista da concretização dos direitos fundamentais, inclusive e principalmente diante das hipóteses de omissão do Poder Executivo e Legislativo. A fim de atender as demandas sociais da pós-modernidade, cada vez de forma mais frequente, a jurisdição

constitucional é exercida na seara política, exercendo até certa função normativa quando o direito fundamental lesionado ou sob ameaça de lesão carece de regulamentação infraconstitucional (AGRA, 2011, p. 443).

O judiciário assumiu o comando da vontade constitucional, revestindo-se das vestes do constituinte e passando a legislar no lugar do legislativo e executar políticas públicas no lugar do Executivo ao mesmo passo em que cumpre a função que lhe compete de fato de exercer a jurisdição. Inegável que não é o judiciário quem chama para si as funções dos demais poderes porquanto submergido no princípio constitucional da inércia, mas é ele quem preenche as lacunas deixadas pelas omissões dos demais poderes, em razão da inafastabilidade do judiciário e do amplo acesso à justiça.

Essa conjuntura culminou na necessidade de adoção de um sistema de precedentes e consequente inserção no ordenamento jurídico brasileiro de diversos institutos vinculantes e relativamente vinculantes. Entretanto, os tribunais superiores, incumbidos do dever de interpretar e uniformizar a interpretação da Constituição e da legislação federal infraconstitucional, agem em contrassenso desrespeitando a vinculatividade pretendida, alimentando divergências e desrespeitando seus próprios precedentes, fomentando a crise que assola o judiciário, como pode ser observado em inúmeros casos.

3.1.2 O caso Raposa Serra do Sol

Em quinze de abril de dois mil e cinco, o então presidente Luiz Inácio Lula da Silva assinou decreto homologando a Portaria nº 534 do Ministério da Justiça que demarcou no nordeste do Estado de Roraima uma área como terra indígena denominada Raposa Serra do Sol.

A referida portaria concedeu o prazo de um ano para os não-índios abandonarem a terra indígena, entretanto, tão logo foi editado o documento e o decreto presidencial que o homologou, os até então proprietários deram início à proposição de diversas ações judiciais, contestando a demarcação relacionadas à Raposa Serra do Sol.

Em março de 2009 após longa discussão, o Supremo Tribunal Federal colocou fim à disputa judicial relativa à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e, a partir do referido julgado, firmou precedente quanto a demarcação das terras indígenas, estabelecendo através do julgado os critérios de identificação de tais áreas em todo país.

A questão possui respaldo constitucional nos artigos 213 e 232 da Constituição Federal que regulamentam a matéria, versando sobre a organização social, os costumes, crenças e tradições dos indígenas, bem como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, ficando a cargo da União a demarcação de tais terras. A norma constitucional, contudo, não estabeleceu marcos regulatórios e critérios para identificação das terras indígenas.

À Corte Constitucional incumbiu, portanto, interpretar e uniformizar o entendimento quanto ao marco temporal da ocupação indígena, o marco da tradicionalidade da ocupação; o marco da completa abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional e o marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado “princípio da proporcionalidade⁵⁹”. (MARINONI, 2011, p.165).

Cumprindo sua missão a Corte Constitucional firmou precedente de que o marco temporal da ocupação é a data da promulgação da Constituição Federal de 1988 como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, dos direitos sobre as terras que ocupam. (MARINONI, 2011, p. 165).

Isto quer dizer que as terras ocupadas pelos índios em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar a data da promulgação da Constituição cidadã não podem ser consideradas terras tradicionalmente ocupadas e, via de consequência não podem ser objeto de demarcação pela União.

É importante lembrar que o conceito de posse civil não pode ser aplicado aos índios, uma vez que a eles é assegurada a posse permanente das terras que ocupam, sem possibilidade de perdimento para terceiros, de maneira que a demarcação não concede direito, apenas evidencia os limites das terras indígenas (TOURINHO NETO, p. 40).

Durante o curso do processo Raposa Serra do Sol, restou constatado pela perícia antropológica que as ocupações indígenas no local tiveram início por volta de 1977 e a partir de então, foram progressivamente ocupando maior espaço, sem que a população indígena tenha aumentado na mesma proporção, forçando a conclusão de que a área de ocupação indígena foi deliberadamente ampliada com a pretensão de demarcar um território muito maior que o inicialmente reconhecido como tal. (MARINONI, 2011, p. 166-167).

⁵⁹ Barros ensina que: “O Princípio da Proporcionalidade como uma das várias idéias jurídicas fundantes da Constituição, tem assento justamente aí, neste contexto normativo no qual estão introduzidos os direitos fundamentais e os mecanismos de respectiva proteção. Sua aparição se dá a título de garantia especial, traduzida na exigência de que toda a intervenção estatal nessa esfera se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida, objetivando a máxima eficácia e otimização dos vários direitos fundamentais concorrentes” (1996, p. 90).

A questão ganhou ares de preocupação, uma vez que frente a todo contexto relatado, o Supremo Tribunal Federal, subverteu a própria regra admitindo que em 1988 a população indígena não abrangia toda a área pretendida para a reserva, mas ainda assim permitindo que a reserva tivesse extensão muito maior, cristalizando a possibilidade de manipulação dos ditames constitucionais e o desrespeito à figura do precedente judicial.

Desse modo, a cultura do ativismo judicial que se desenvolveu no judiciário brasileiro atenua as deficiências dos outros poderes, entretanto, a prática possibilita decisões arbitrárias e eivadas de cunho político. Verifica-se que a forma de decidir dos julgadores, especialmente do Supremo Tribunal Federal compromete a segurança jurídica porque há um latente desrespeito da Corte aos seus próprios precedentes.

Nota-se a necessidade de elemento que confira tecnicidades à forma como os julgadores utilizam a figura do precedente judicial, não basta para a uniformização dos julgados simplesmente introduzir o instituto no ordenamento, é preciso que os operadores do direito, em especial os membros do Poder Judiciário, o utilizem de forma correta, seguindo a teoria geral que os regulamenta.

3.2 Uma teoria geral de precedentes

O precedente consiste em decisão judicial proferida em determinado caso concreto, cujo núcleo poderá servir para a resolução de demandas semelhantes. Todavia, nem toda decisão judicial será um precedente porque a característica determinante do precedente e o surgimento de uma norma geral construída pelo órgão jurisdicional que servirá como diretriz para situações análogas.

O precedente é composto de duas partes distintas: as circunstâncias de fato que sustentam a controvérsia; e a tese ou o princípio jurídico supedâneo da motivação (*ratio decidendi*) da decisão judicial (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 12). Logo, uma mesma decisão poderá ter uma pluralidade de *rationes decidendi* nas hipóteses em que o julgador além da regra nuclear, fixe justificadamente outras regras relacionadas a outros fatos e outros sujeitos relacionados ao caso concreto (BUSTAMANTE, 2012, p. 271).

No escopo de explicar e definir as características essenciais do precedente judicial, Michele Taruffo propôs uma teoria geral de precedentes subdividida em quatro dimensões: a dimensão institucional, a objetiva, a estrutural e a da eficácia (1994, p. 387-388).

Dessa forma, imprescindível que as dimensões sejam compreendidas para que se vislumbre sua aplicação no sistema jurídico brasileiro.

3.2.1 Dimensão institucional

O artigo 2^o⁶⁰ da Constituição Federal reza que o judiciário, ao lado do legislativo e do executivo, figuram como poderes da união independentes e harmônicos entre si. Seguindo o norte da harmonia funcional, ao Poder Judiciário incumbiu o papel de garantir os direitos individuais, coletivos e sociais, solucionando conflitos entre cidadãos, entidades e o Estado; enquanto protetor e garantidor de tais direitos demandou um sistema organizacional a fim de garantir a efetividade de sua atuação.

A organização do Poder Judiciário reveste-se de peculiar importância, na medida em que reflete a independência e equidistância em relação aos demais poderes (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1000-1001). Esta organização obedece as diretrizes definidas pelo artigo 92 da Constituição Federal e realiza a prestação jurisdicional através do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais, Tribunais e Juízes do Trabalho, Tribunais e Juízes Eleitorais, Tribunais e Juízes Militares e os Tribunais e Juízes dos estados, do Distrito Federal e Territórios.

Portanto, observa-se que o Poder Judiciário brasileiro efetivamente organiza-se verticalmente, tendo como órgão de cúpula o Supremo Tribunal Federal.

Eugenio Raúl Zaffaroni, elogia o sistema organizacional do judiciário brasileiro aduzindo que em comparação com os demais modelos judiciários latino-americanos, a estrutura do judiciário brasileiro desponta como a mais avançada de toda região, tratando-se de verdadeira estrutura judiciária tecno-burocrata (1995, p. 125).

Ainda, explica que a estrutura tecno-burocrata do judiciário pátrio diz respeito ao fato de que, a exceção da Corte Constitucional, cuja designação é política, a qualidade técnica dos membros do Poder Judiciário é assegurada por concurso público, em organização vertical com função técnica primordial de unificação jurisprudencial (ZAFFARONI, 1995, p. 126).

Essa estrutura organizacional do Poder Judiciário e o modo como as relações de autoridade se dão dentro desse poder estão intimamente ligados ao uso do precedente. Tal

⁶⁰ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

noção possibilita a classificação do precedente de acordo com a referida relação hierárquica em: precedente vertical; precedente horizontal e auto precedente (TARUFFO, 1994, p. 411).

Assim, o precedente vertical faz pressupor a existência de uma autoridade hierárquica entre os órgãos judiciais, na qual os hierarquicamente inferiores ficam vinculados aos hierarquicamente superiores. Já o precedente horizontal diz respeito à influência exercida entre as decisões proferidas por órgãos de mesmo nível hierárquico. Os precedentes horizontais são meramente persuasivos e não vinculativos. Por fim, o auto precedente está diretamente relacionado ao princípio da igualdade e se refere ao dever do julgador de guardar coerência entre as decisões por ele proferidas, vinculando-se à sua própria forma de decidir em caso análogo posterior, no escopo de garantir a segurança jurídica (TARUFFO, 1994, p. 412).

Nota-se desta forma, que a utilização do precedente judicial está relacionada à organização hierárquica do judiciário como forma orientadora de respeito ao precedente.

3.2.2 Dimensão objetiva

A dimensão objetiva refere-se a parte vinculante do precedente, ou seja, a *ratio decidendi*, de modo que ao aplicá-lo o julgador deverá observar tudo aquilo que consiste a *ratio decidendi* separando-a da *obiter dictum* que deverá ser desprezada no novo caso, ou seja, distinguir a parte vinculante daquela meramente persuasiva ou dita gratuitamente.

Nos sistemas de direito codificado, essa classificação é particularmente importante, uma vez que a persuasão do caso anterior fica atrelada à tese jurídica efetivamente julgada e não às impressões pessoais do julgador, não, raramente, declinadas na fundamentação (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 306).

Há nesta dimensão, a necessidade hermenêutica do julgador separar aquilo que vincula daquilo que é dito gratuitamente. Inevitavelmente é o interprete que dirá o que é a razão de decidir e o que não é.

Com efeito, conforme muda a ideia daquilo que constitui a *ratio decidendi* modifica-se, também, o objeto do precedente ou seja, a parte vinculante do precedente varia conforme se diz que ela é ou não é vinculante e, obviamente, perde sua razão de ser, se o julgador refere que determinada parte do precedente vincula e em outro caso menciona que não vincula.

Nesse caso o precedente cai na vala comum da persuasão perdendo sua qualidade de vinculatividade.

Atento a esta possibilidade, Taruffo propõe que os órgãos do judiciário se valham de um mecanismo já adotado no *common law*, que se denomina *reporting* e constitui um procedimento através do qual, os servidores especializados selecionam os casos repetidos a serem utilizados na formação do precedente. (TARUFFO, 1994, p.414).

Assim, a questão da dimensão objetiva revela-se de extrema importância, porque é a partir dela que o julgador extrairá do precedente o seu núcleo essencial, ao passo que desprezará aquilo que não goza de vinculatividade.

3.2.3 Dimensão estrutural

A dimensão estrutural diz respeito a quantidade de precedentes utilizados como parâmetro de uma decisão posterior e abarca quatro hipóteses: a existência de um único precedente; uma jurisprudência constante formada pela existência de vários precedentes na mesma linha; a existência de precedentes contraditórios entre si; e o caos jurisprudencial.

Verifica-se que não há maiores dificuldades quando se está diante de um precedente único. Contudo, diante de vários precedentes, é preciso ter cautela para que eles não sejam ultrapassados e se revelem e distantes do caso a ser decidido.

Desse modo, se distante ou ultrapassado, incumbe ao julgador valer-se da regra excepcional do *overruling*⁶¹ a fim de afastar determinado precedente substituindo-o por outro que melhor se ajuste ao caso sob exame. (TARUFFO, 1994, p.434).

Assim, as hipóteses de precedentes contraditórios e o conseqüente caos jurisprudencial devem ser evitados a todo custo, porquanto constituem a fonte primária da insegurança jurídica que hoje permeia a sociedade e provoca a descrença no Poder Judiciário.

⁶¹ A técnica do *overruling* consiste na prática de abandono do precedente em razão de sua superação, oportunidade em que ele perde sua força vinculativa (MARINONI, 2010, p. 337).

3.3.3 Dimensão da eficácia

No que atine à eficácia de um precedente vê-se como parâmetro a vinculatividade. Dessa maneira, conforme exerce maior força vinculativa, mais se revela a eficácia de um precedente.

Assim, a fim de medir a eficácia de um precedente Taruffo classificou a vinculação em graus. O primeiro é o grau máximo de vinculação que submete todos os casos sucessivos de forma absoluta; o grau intermediário, que se mostra em dois sentidos: *binding precedent* que é obrigatório salvo em exceções expressamente previstas em lei; e grau intermediário *defeasibly binding* que é obrigatório, mas pode não ser seguido se o julgador fundamentar o não uso; o grau fraco *wakly binding* no qual a eficácia é persuasiva; e por fim o grau livre, no qual o julgador pode decidir totalmente diferente do precedente sem necessidade de justificar porque não seguiu o precedente. (TARUFFO, 1994, p.449).

Os diferentes graus de vinculatividade dos precedentes constituem questão de menor complexidade, ao contrário da questão da eficácia temporal de um precedente, a partir da qual é possível estabelecer se um novo precedente possui eficácia retroativa em relação às demandas ajuizadas antes do seu advento.

Isso porque o cidadão, antes de acionar o Judiciário, se inteira da forma como a situação vem sendo tratada perante os tribunais com o objetivo de verificar quais as chances de ver acolhida sua pretensão, bem como qual a possível decisão que obterá para seu caso e as possíveis controvérsias que poderão vir a ser levantadas. Entretanto, uma vez iniciado o processo a interpretação dos tribunais antes sedimentada poderá sofrer alterações, lançando a demanda à sorte dos precedentes sobrevividos (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 308).

Estabelecidas as regras do jogo de antemão, evita-se que os operadores do direito, especialmente os advogados, sejam ludibriados em uma emboscada jurisprudencial, orientando seus clientes em um sentido que virá a ser cambiado no curso do processo (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 310). De qualquer sorte, a situação acima referida não constitui motivo suficiente para que os julgadores fiquem vinculados a uma jurisprudência que se mostra insustentável frente aos conhecimentos acrescidos e às mudanças políticas, sociais e econômicas experimentadas (LARENZ, 1997, p. 617).

A jurisprudência, enquanto instituto caracterizado pela mutabilidade e sensibilidade às oscilações da consciência jurídica, não pode ser contida em sua liberdade de movimento e expansão (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 312). Assim, a superação de um entendimento é prática

legítima e não significa que as demandas propostas quando o entendimento era diverso serão guiadas pela jurisprudência superada. A jurisdição não pode ser loteria, mas, também, não pode o juiz ser mera boca da jurisprudência, cerrando os olhos para as mudanças ocorridas no entendimento durante o curso da demanda. Quando a parte propõe uma ação, deve estar ciente das possibilidades de lograr aquilo que pede e também que poderá ser sucumbente em sua pretensão.

Previsibilidade e probabilidade não podem ser confundidas com certeza de ver o que é postulado, atendido de forma automática. Segurança jurídica não é prever a procedência da demanda, mas ter certeza de que casos semelhantes serão tratados de forma semelhante, na medida de suas semelhanças e abalizados por suas diferenças, sem jamais olvidar que entre o pedir e o lograr êxito, existe um caminho vasto e único chamado processo. Tal concepção traz dúvidas sobre a melhor forma para utilizar os precedentes judiciais.

3.3 Precedentes judiciais: como utilizar?

As decisões judiciais não são proferidas para solucionar casos futuros, porquanto voltadas à solver demandas presentes. Isso não significa, contudo, que os juízes possam decidir de forma irresponsável, sem consciência de que a decisão proferida poderá vir a ser invocada como precedente, pois quando proferida é inevitavelmente lançada na história jurídica do tema em apreço.

Essa questão da historicidade das decisões é deveras importante, uma vez que é a partir das decisões proferidas no curso de determinado espaço de tempo que será consolidado ou descartado um precedente. É o tempo que determina as modificações sociais e elas determinam a necessidade de declarar as diferenças com o antigo precedente e até mesmo a superação do mesmo.

Aquilo que tem uma história, também constrói uma história, e a partir da construção de uma época no presente que se determina o futuro. A história significa nesse contexto, um conjunto de acontecimentos e influências que transcende passado, presente e futuro (HEIDEGGER, 2004, p. 183 184).

No momento em que o julgador lança sua decisão na história, tenha ele essa intenção ou não, causará reflexos no futuro, em curta ou larga escala. Também, sua decisão será um reflexo da forma de decisões passadas sobre o tema, porque a interpretação feita pelos juízes

nunca parte de um marco inaugural, sempre se encontra inserida no contexto histórico do tema.

No exercício interpretativo, o mundo é dado ao intérprete com um significado incluído em uma totalidade de significados pré-existentes e já disponíveis. Esses significados guiarão então a descoberta da resposta para o caso.

Contudo, essa resposta não pode ser qualquer resposta, porque se assim o fosse estaria admitindo que a interpretação é um ato volitivo do intérprete e, enquanto ato volitivo, poderiam haver múltiplas respostas a um mesmo caso. O direito seria aquilo que o intérprete diz que é, nada mais, nada menos e, em consequência, estaria admitindo um grau zero na significação e um constante estado de exceção hermenêutico (STRECK, 2011, p. 395).

Assim, ainda que a decisão não seja proferida para oferecer respostas a outras perguntas, além daquela que constitui o caso sob apreciação judicial, ela deve respeitar a integridade do direito, porquanto constituirá significado pré existente para a conformação da próxima resposta. (STRECK, 2006, p. 163).

A decisão judicial não exige que o julgador caminhe por um caminho já caminhado, mas que dê continuidade ao caminho observando o mesmo modo de caminhar. Quando o juiz vislumbra o horizonte de sua decisão, deve cuidar para que ele possa ser fundido àquele já formado pelas decisões anteriores, pois “um horizonte não é uma fronteira rígida, mas algo que se desloca com a pessoa e que convida a que se continue a caminhar” (GADAMER, 1997, p. 330).

Dai o porquê da necessidade do julgador fundamentar o uso de determinado precedente e não apenas copiá-lo na decisão do caso concreto. Aquilo que os julgadores pretéritos disseram deve ser visto coletivamente e, a partir dessa visão coletiva já formada, o juiz dará continuidade a construção do direito, sempre cuidando para que o conteúdo proclamado dialogue com aquele que foi estabelecido no passado, guardando pertinência temática e normativa entre os casos, formando assim um sistema íntegro e coerente.

Urge a necessidade de integridade e coerência no uso dos precedentes. Tal noção encontra-se compreendida pelo legislador ao regulamentar a jurisprudência, consoante projeto do novo Código de Processo Civil. Entretanto, entre ditar o que se deve fazer e a forma como deverá ser feito, ainda paira longa distância e uma série de indagações, em especial, com relação aos precedentes antagônicos.

3.3.1 A questão dos precedentes antagônicos

Fundamentar a eleição de um precedente constitui barreira ao arbítrio dos julgadores, uma vez que eles devem dar continuidade ao horizonte jurídico resguardando a coerência e a integridade com o caminho já formado até então. Eles não podem iniciar seu caminhar de um marco inaugural ou regredi-lo até o momento em que nasceu o percurso.

Aquele que lê um texto jurídico a fim de interpretá-lo, realiza tal ação porque antes dele alguém o escreveu. Assim, necessariamente, ao proferir sua interpretação, precisa mostrar que ela está fundamentada em pré-juízos legítimos e que sua subjetividade não se sobrepôs aquilo que deveria interpretar (STRECK, 2011, p. 297-298).

Desse modo, ainda que a carreira dos juízes possa ser isolada da realidade social das partes, a sua função os constrange, diuturnamente, a inclinar-se sobre essa realidade, uma vez que decidem casos concretos, envolvendo pessoas reais e problemas atuais da sociedade (CAPPELLETTI, 1993, p. 104).

Se o exercício de fundamentar barra possíveis arbitrariedades, as formas legítimas de fundamentar favorecem tais discricionariedades judiciais. Assim, quando há diversos caminhos a seguir e todos reputam-se legítimos, o julgador poderá escolher aquele que melhor lhe aprouver valendo-se de critérios nem sempre jurídicos.

Com efeito, e intrínseco ao ato interpretativo certo grau de criatividade e escolha que não deve ser entendido como a total liberdade interpretativa, porque essa discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade e o juiz, enquanto necessariamente construtor do direito, não é um criador completamente livre de vínculos. (CAPPELLETTI, 1993, p. 23.24).

Ocorre que nem sempre o horizonte criativo sobre o tema é único, as divergências existentes no meio jurídico podem abrir uma série de caminhos sobre um mesmo tema e isso permite ao julgador escolher aquele que mais lhe pareça conveniente ao caso, agindo arbitrariamente, mas mascarado de legitimidade.

A ausência de um sistema brasileiro de precedentes favoreceu a criação de uma série de entendimentos jurisprudenciais sobre um mesmo tema e, via de consequência, possibilitou ao julgador decidir de forma discricionária, semeando verdadeira insegurança aos jurisdicionados. Essa situação, também, influenciou o pioneirismo do Projeto do Novo Código de Processo Civil consistente na regulamentação da jurisprudência.

A partir da inserção no ordenamento pátrio de um sistema geral de precedentes, os magistrados deverão avaliar a incidência ou não do mesmo no caso concreto, através da

comparação entre o caso em apreço e o precedente, cumprindo o ônus argumentativo, através da fundamentação analítica e específica (CAMARGO, 2012, p. 569).

Quando o julgador se encontra diante de precedentes antagônicos, abrem-se dois horizontes divergentes sobre um mesmo tema. Nesse contexto ele não pode se valer de uma ou de outra tendência para fundamentar a sua decisão, e não pode simplesmente referir que a decisão será assim porque determinado tribunal asseverou que é, quando existe outro tribunal que disse o contrário. Exige-se para a solução do caso, a resolução dialética entre os precedentes antagônicos, observando as especificidades dos fatos no caso concreto (RAMIRES, 2011, p. 111-112).

Desta forma, quando existem sobre um mesmo tema diversos entendimentos jurisprudenciais, é necessário que o juiz fundamente sua decisão aduzindo porque se filia a uma corrente jurisprudencial e/ou doutrinária e não a outra e porque aquele entendimento se aplica ao caso e não o outro, sem nunca olvidar-se que deve guardar respeito à força vinculante da jurisprudência, nos termos previstos nos artigos 520 e 521 do Projeto do Novo Código de Processo Civil.

3.3.2 Perguntar, responder e decidir

No horizonte jurídico brasileiro, o Poder Judiciário logrou reconhecimento como instituição de fundamental importância para os jurisdicionados. A descrença que atualmente atinge a instituição decorre, principalmente, da crença exagerada que foi depositada na lei e nas palavras dos juízes com o advento da Constituição cidadã.

Se hoje as divergências jurisprudenciais abalam a confiança no judiciário é porque os juízes a todo custo tentaram fazer frente a inúmeras demandas, não raras vezes deixando de observar os entendimentos já formados sobre o tema. Ainda, fecharam os olhos para as palavras do legislador ou mesmo agiram no lugar deste, porque o judiciário, tal qual o legislativo não conseguiram acompanhar a fluidez da sociedade moderna, que, afoita, espera a solução das suas lides, cada vez mais complexas.

Obviamente o elevado número de decisões divergentes compromete a qualidade e a coerência dos pronunciamentos judiciais, bem como a própria autoridade da jurisprudência dos tribunais (CAPPELLETTI, 1993, p. 119).

Desse modo, inexistente operador do direito na contemporaneidade que negue a utilidade e eficiência dos precedentes como sustentáculo de teses ou fundamento de decisões, sendo impossível ignorar a eficácia do instituto como elemento de persuasão (SOARES, 2000, p. 30).

Os precedentes são figuras em voga, há quem exalte o instituto e deposite esperanças na uniformização jurisprudencial como forma de estabelecer segurança jurídica e resgatar a confiança no judiciário. Por outro lado, há quem teça severas críticas ao instituto que não raramente é tachado de ilegítimo. Ressalta-se que os precedentes não constituem um mal em si, o que prejudica ou beneficia o direito não é a inserção ou negação do instituto, mas a maneira como ele será utilizado pelos julgadores.

Os jurisdicionados submetem suas pretensões à apreciação judicial porque acreditam que o pronunciamento do judiciário será a melhor resposta para a causa dentre todas as respostas possíveis. Para dar a resposta, contudo, antes o juiz deve perguntar, visto que todo o saber, inevitavelmente, passa pelas perguntas e esse exercício de perguntar é deveras árduo, porque inexistente método que ensine a perguntar, que diga o que deve ser questionado. Salienta-se que fazer a pergunta é mais difícil que respondê-la. (GADAMER, 1997, p.473).

Perguntar significa colocar aquilo que se indaga em aberto, sem possuir uma resposta fixa, é abrir a questionabilidade do tema. Se a pergunta carecer dessa abertura, será apenas uma pergunta aparente, não autêntica (GADAMER, 1997, p. 597).

O ato de perguntar é extremamente importante, mas isso não significa que o julgador possa fazer a questão, respondê-la e, então, buscar de um precedente coerente com sua decisão, ao mesmo tempo em que descarte aqueles que são inoportunos à sua tese, agindo em *confirmation bias* (RAMIRES, 2011, p. 113-115).

O julgador deve se colocar em relação aos precedentes como um intérprete a dialogar com o texto e não como alguém que se submete ao texto, porque o sentido do texto não saltará aos olhos do juiz, mas será construído na medida em que ele se disponha a deixar que o texto lhe diga alguma coisa (GADAMER, 1997, p. 359).

Inadmissível que o julgador decida antes e depois busque precedente oportuno a sua decisão. Ao contrário, antes ele deve analisar os precedentes sobre o tema e, diante do caso concreto questionar se o que foi decidido no precedente anterior se aplica ao caso presente. Deve questionar se a pergunta feita para aquele caso também é a pergunta que se está a fazer no caso presente. Quanto mais próxima for a pergunta e tão mais próxima a resposta, mais próximos serão os casos, de modo a autorizar ou afastar a aplicação de determinado precedente.

O texto do dispositivo que constitui a norma que decidiu o caso concreto faz nascer o enunciado normativo hábil a solucionar casos futuros. A medida em que novas sentenças forem proferidas para solucionar novos casos jurídicos, se estará dando origem a novas normas, em processo contínuo (ABBOUD, 2011, p. 91)

É preciso questionar qual a problemática do caso presente e quais as questões que restaram decididas no caso passado. Decidir com base em precedentes não significa fazer um juízo prévio entre duas situações faticamente semelhantes e definir que são, suficientemente, identificáveis para ter a mesma solução jurídica. O fator determinante da aplicação do precedente consiste em verificar a identidade principiológica entre os casos a partir da semelhança das perguntas e das respostas (RAMIRES, 2012, p. 137).

A aplicação do precedente reclama, pois, identidade fática e jurídica com os novos casos, uma vez que não é possível separar fato e direito, devendo ser resguardada a coerência e integridade do direito no momento do uso do precedente, em desfavor dos discursos de fundamentação prévia ou da proibição de decidir de forma contrária aos tribunais superiores (SAUSEN, 2013, p. 41).

O precedente não carrega todas as hipóteses de aplicação de determinado tema, exige exercício comparativo do julgador a partir de um perguntar e responder o que ficou decidido no precedente. Deve perguntar e responder o que está decidindo no caso presente, não somente sob uma ótica fática, mas, principalmente, jurídica, pois não pode o julgador eleger precedente que verse sobre fatos análogos se o núcleo jurídico do precedente não guarda relação com a questão a decidir.

É preciso perguntar, analisar a jurisprudência, deixar nascer a resposta e então decidir fundamentando o uso de determinado precedente, a rejeição de outro se esse for o caso e a coerência da decisão com o horizonte histórico-jurídico construído até então.

Verifica-se, assim, que inexistente no sistema jurídico brasileiro fundamento hábil a autorizar a rejeição de um sistema de precedentes, entretanto, cumpre aguardar a efetiva introdução do instituto no ordenamento pátrio para que a prática forense possa responder se o precedente trará benefícios ao judiciário ou se será mais um entrave na busca pela justiça.

CONCLUSÃO

Pelo presente estudo analisa-se a figura do precedente judicial como instrumento hábil a efetivar a segurança jurídica, refletindo a legitimidade democrática do uso da jurisprudência como instrumento de fundamentação das decisões judiciais no Brasil, através de um comparativo do uso do referido instituto na tradição do *common law* e do *civil law*.

Desta feita, constata-se que o precedente judicial tem seu berço na Inglaterra invadida pelos povos normandos em tempos primitivos, por volta de 1066 d.C, época em que a miscigenação cultural e pobreza civilizacional fizeram nascer um direito fragmentário, fundamentado em tradições e costumes.

A diversidade de comunidades e as variações consuetudinárias ocasionaram divergência na solução de casos análogos, levando os aplicadores do direito da época, a vislumbrarem a necessidade de uniformização, ensejando a construção de um sistema organizado de registro e aplicação dos entendimentos judiciais, a *comune ley*, nascendo então a figura do precedente judicial, que mais tarde seria o centro de um sistema evoluído e batizado de *common law*.

De outro lado, no restante da Europa Ocidental e nos países latinos colonizados por ela, nasceu um direito calcado em leis escritas, fundamentado na ciência romanista do direito que se desenvolveu nas universidades dos países germânicos a partir do estudo do direito romano, donde adveio a nomenclatura a essa família jurídica de romano-germânica. Já os anglo-saxões, por sua vez, chamaram-lhe *civil law*, por oposição ao seu *common law*.

Na tradição da *civil law* prepondera a lei, porque os civilistas laboram na crença de que os códigos de leis escritas e a restrição de interpretação, impedem abusos e a fragmentação do direito. Todavia, a aplicação da lei é antecedida necessariamente pela participação ativa das partes em contraditório, bem como pelo exercício interpretativo do juiz que extrairá do texto da lei a norma que utilizará no caso concreto.

O Brasil é país tradicionalmente filiado a *civil law*, a lei emerge como a fonte primária a qual o jurista brasileiro recorre para a solução de um caso concreto, podendo se socorrer de outras fontes do direito, apenas e tão somente na lacuna da lei.

A rigidez da lei e a necessidade de uniformização das diversas interpretações sobre um mesmo tema fez com que os juristas brasileiros depositassem esperança nos modelos da

common law, especialmente no precedente judicial, como instrumento de celeridade e economia processuais.

Assim, opera-se no Brasil uma aproximação cada vez mais intensa entre as duas grandes tradições jurídicas, uma vez que se mantém a tradicional valorização das leis nos moldes do *civil law* e ao mesmo tempo cresce a importância da jurisprudência nos termos do *common law*, caminhando-se para a formação de um sistema híbrido.

Nesse contexto, antes de aplicar um precedente, o julgador deve examinar cuidadosamente, a existência de similaridade de fato e de direito entre o caso em apreço e o caso anterior. Assim, deve determinar a autoridade desse precedente, compreendendo se constitui um precedente vinculante ou meramente persuasivo, o que de regra não ocorre no Brasil.

A vinculação jurisprudencial no Brasil, atualmente, é feita através de instrumentos adotados para uniformidade da interpretação das normas no controle difuso e concentrado de constitucionalidade das leis, são eles: a repercussão geral, as súmulas e as súmulas vinculantes.

A repercussão geral é um instrumento processual que objetiva a realização de uma filtragem dos recursos extraordinários a serem analisados pelo Supremo Tribunal Federal, levando em consideração critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica; as súmulas constituem a cristalização de entendimentos jurisprudenciais que predominam nos Tribunais em certo espaço de tempo e à súmula vinculante acresce-se, ao conceito da súmula não vinculante a característica de poder ser editada apenas pelo Supremo Tribunal Federal e possuir caráter obrigatório para todo o Poder Judiciário e para a administração pública direta e indireta.

Ocorre que os mencionados institutos, tal qual a lei não afastam a necessidade interpretativa e a variabilidade hermenêutica, fracassando no objetivo de unificar os entendimentos dos julgadores, dando força a ideias ousadas como a inserção e regulamentação do uso do precedente judicial no direito brasileiro.

Nessa senda, o Projeto do novo Código de Processo Civil inova e traz uma série de dispositivos indicativos da tentativa de conferir maior eficácia e seriedade à aplicação dos precedentes, em clara aproximação ao sistema da *common law*.

O Projeto do novo Código de Processo Civil pretende criar uma ordem hierárquica de vinculação das decisões judiciais na qual o Supremo Tribunal Federal aparece no topo, seguido pelo Superior Tribunal de Justiça e pelos tribunais inferiores a eles vinculados.

Assim, os entes jurisdicionais inferiores ficam vinculados às decisões do órgão superior respectivo.

Os juízes dos tribunais inferiores têm ceifada a possibilidade de interpretação diversa daquela dada por seus hierarquicamente superiores e, havendo necessidade de decidir de forma diversa, são obrigados a justificar fundamentadamente a razão de tal proceder, mitigando sua independência funcional de formar livremente uma convicção.

A pretensão do legislador com a vinculação é explícita, está calcada na ideia de obter segurança jurídica, contudo, resta saber se a segurança pretendida não está eivada de razões políticas. Destaca-se que se as decisões do Judiciário estiverem vinculadas a precedentes políticos instaurar-se-á insegurança, demasiadamente maior que aquela provocada pela ausência de uniformidade jurisprudencial.

Com efeito, é impossível admitir que dentro de um mesmo ordenamento jurídico um órgão jurisdicional ao apreciar um tema idêntico, decida de determinada maneira e outro de outra. Tal conduta faz nascer a descrença da sociedade na justiça e dá margem a existência do fenômeno da jurisprudência lotérica, que fere de morte os princípios orientadores do Estado Democrático de Direito.

A partir do advento do novel Código de Processo Civil, nos moldes atuais do Projeto de Lei nº 8046/2010, o poder interpretativo de todas as normas ficará centralizado no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, em detrimento dos Tribunais de Justiça dos Estados, dos Tribunais Regionais Federais e dos juízes estaduais e federais que ficam vinculados aos precedentes destas cortes superiores.

Verifica-se, pois, que a pretensão de uniformização dos precedentes está calcada em uma força subordinadora vinculante manifestada através da hierarquia do Poder Judiciário, na qual o Supremo Tribunal Federal passa a deter a última palavra sobre a decisão de determinado caso e a primeira e única palavra sobre a decisão dos casos posteriores sobre a mesma matéria, impedindo que seja depositada atenção para as peculiaridades dos casos concretos, como por exemplo, a unidade federativa de origem do processo. Tal situação, certamente dará dando azo a desigualdades materiais, que, por sua vez, provocarão injustiças.

Nesse modelo previsto no Projeto de lei n.8046/2010, os juízes dos tribunais inferiores, não ficam livres do dever de fundamentação. Assim, quando elegerem determinado precedente ficam obrigados a fundamentar essa escolha calcados nas semelhanças entre o caso presente e o caso passado; se optarem por não escolher nenhum precedente ou por eleger um em detrimento de outro, de igual forma ficam vinculados a fundamentar sua escolha ou seu repúdio.

Da mesma forma, os juízes dos Tribunais Superiores terão o dever de fundamentar a decisão que servirá como precedente e esse exercício de fundamentação não pode ser confundido com a mera explicação da decisão, haja visto que enquanto a primeira torna a decisão válida, a segunda apenas reveste o *decisum* de uma falsa aparência de validade. No caso dos precedentes, em especial, não basta como fundamentação acoplar a decisão em precedente como fundamentação, realizando a prática de decidir antes, conforme a própria consciência, e buscar o fundamento depois. Haverá a necessidade de analisar as similaridades entre o caso passado e o presente, extraindo o núcleo essencial do precedente através de um exercício de questionamento sobre a pretensão do processo pretérito e a pretensão do processo presente.

Nota-se que os precedentes embora não tão rígidos quanto a lei também estão calcados em diretrizes e formas técnicas de aplicação. No afã de explicar essa tecnicidade, a doutrina defende uma teoria geral de precedentes subdividida em quatro dimensões: a institucional, a objetiva, a estrutural e a da eficácia.

A dimensão institucional sustenta a hierarquia de respeito ao precedente de forma vertical e horizontal; a objetiva consiste na separação daquilo que é vinculante do que é meramente persuasivo no precedente; a estrutural diz respeito a quantidade de decisões anteriores que formam o precedente e a dimensão da eficácia refere-se à vinculatividade do precedente, ou seja, se exerce maior força vinculativa, maior será a eficácia de um precedente.

Nesse sentido, revela-se fundamental a historicidade das decisões, uma vez que aquilo que os julgadores pretéritos disseram deve ser visto coletivamente e, a partir dessa visão coletiva já formada, o juiz dará continuidade a construção do direito, cuidando para que a decisão presente dialogue com as decisões passadas, guardando pertinência temática e normativa entre os casos.

Desse modo, os artigos 520 e 521 do Projeto do novo Código de Processo Civil determinam que quando diante de precedentes antagônicos, exige-se do julgador a resolução dialética no caso concreto, observando as especificidades dos fatos no caso em apreço. Deve o magistrado fundamentar porque se filia a uma corrente jurisprudencial e doutrinária e não a outra e porque aquele entendimento se aplica ao caso e não o outro, sem nunca desrespeitar a força vinculante da jurisprudência.

Obviamente, embora se fundamente a adoção de uma corrente jurisprudencial em detrimento de outra, o elevado número de decisões divergentes compromete de forma inevitável a qualidade e a coerência dos pronunciamentos judiciais, o que exige que o julgador diante do caso concreto questione se a pergunta feita para aquele caso, também é a pergunta

que se aplica para o caso presente e, quanto mais próxima for a pergunta e tão mais próxima a resposta, mais próximos serão os casos, de modo a autorizar ou afastar a aplicação de determinado precedente.

Percebe-se que a prática do uso dos precedentes, ainda precisa de intenso estudo por parte dos profissionais do direito, em especial dos Ministros dos Tribunais Superiores, a fim de que ao utilizar um precedente o julgador opere a eleição daquele que verse sobre fatos análogos e possua um mesmo núcleo jurídico que o caso a ser decidido.

O precedente judicial, portanto, revela-se como instrumento válido e eficaz para a uniformização da jurisprudência, mas exige zelo por parte dos julgadores, a fim de que façam o uso adequado do instituto, afastando qualquer resquício de discricionariedade arbitrária e solipsista, conduzindo a sociedade brasileira à estabilidade jurisprudencial.

O instituto, portanto, não constitui um mal em si, mas a forma como ele for utilizado pode torná-lo o melhor remédio para a crise que assola o Judiciário, como, também, pode transformá-lo no precursor de situações ainda mais severas e desastrosas de episódios de ativismo judicial e solipsismo protagonizados pelos Tribunais Superiores. Mas essa questão só o tempo e a prática poderão responder.

Constata-se assim, que o precedente, como previsto no Projeto de Lei n. 8046/2010 é fonte de esperança para os julgadores e jurisdicionados, uma vez que o instituto permite vislumbrar uma nova fase para o Poder Judiciário, na qual a interpretação deverá ser mais exata e equânime, fazendo com que os processos sejam mais céleres e a segurança jurídica seja efetivada. Desse modo, vislumbra-se que a prestação jurisdicional possa trazer um resultado útil às partes, cumprindo a missão de pacificação social do processo.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo e superação do positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (coord.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2011.
- ANDRADE, Christiano José de. *O problema dos métodos da interpretação jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- AQUINO, Tomás. *Suma de Teologia*. São Paulo: Loyola, 2005.
- ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- ATAÍDE JUNIO, Jaldemiro Rodrigues de; *Precedentes Vinculantes e Irretroatividade do Direito no Sistema Processual Brasileiro*, Lisboa: Editorial Lisboa, 2012
- AZEVEDO, Luiz Carlos de; TUCCI, Jose Rogerio Cruz e. *Lições de Historia do Processo civil Romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Jurisdição constitucional da liberdade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A redação da Emenda Constitucional n. 45 (reforma da justiça), *Revista Forense*, v. 378, 2005.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica. 1996.
- BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: PAULA, Daniel Giotti de; FELLETT, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011.
- _____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf>. Acesso em 21 de jul. 2014.
- _____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)*. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 22 de set. 2014.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Curso de direito constitucional*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

_____. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006

BRASIL, Código de Processo Civil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em 25 de set. 2014.

_____. Constituição Federal do Brasil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 19 de ago. 2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos. Processos e incidentes nos Tribunais. Sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

CAMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de lei nº 8046/2010. Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/prposiçõesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831805&filename=PL+8046/2010>. Acesso em 17 de jul. 2014.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 569.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*. vol. 786. São Paulo: RT, abr. 2001.

CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

_____. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARRILLO, Carlos Alberto. *Memória da Justiça Brasileira*. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7088#_ftn3>. Acesso em 10 de mar. 2014.

CASTRO, Flávia Lages de Castro. *História do Direito Geral e Brasil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Roteiro de Lógica Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

COMPARATO, Fábio Konder, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, Saraiva, 2010

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*. 30.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Herminio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DAVIDSON, H.R. Ellis. *Deuses e mitos do norte da Europa*. São Paulo: Madras, 2004.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 2ªEdição. Salvador: JusPodivm, 2008.

_____. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

DINAMARCO, Pedro da Silva (Coord.). *Linhas mestras do Processo Civil: comemoração dos 30 anos de Vigência do CPC*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 319-331.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FILIZOLA, Roberto. *Didática da Geografia: proposições metodológicas e conteúdos entrelaçados com a avaliação*. Curitiba: Base Editorial, 2009.

FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 10.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GADAMER, Hans-georg. *Verdade e Método I*. 6. ed. Petropolis: Vozes, 1997.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 7. ed. Petrópolis: Vozes; Universidade São Francisco, 2005.

_____. *Verdade e Método II*. 2. ed. Petropolis: Vozes, 2004.

GILISSEN, Jhon. *Introdução Histórica ao Direito*. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. Súmulas vinculantes: os dois lados da questão. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, jul.-set. 1997

GRINOVER, Ada Pellerini. *Teoria geral do processo*. 18ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo II*. Trad. Marcia As Cavalcante Schuback. 11. ed. Petropolis: Vozes, 2004

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

KAFKA, F. *O processo*. Tradução e posfácio de Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 2005

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

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. Jose Lamengo, 3.ed. Lisboa: Fundação C. Gulbenkian, 1997

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACE, Marco Aurélio de Sá, *História do Brasi.*, Rio de Janeiro: ATR, 1995

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil - Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Precedentes obrigatórios*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

_____. O conteúdo do direito de ação a partir da Constituição. In: _____. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 215-226.

_____. MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo, *Curso de Direito Constitucional*, 5.^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat, Baron de ls. *Do espírito das Leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de História do Direito*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Rui Barbosa. *Oração aos Moços*. Prefácio de Edgard Batista Pereira. Rio de Janeiro: Edições Ouro, 1999.

PAULINO, Gustavo Smizmaul. *O ensino do direito em crise: reflexões sobre o seu desajuste epistemológico e a possibilidade de um saber emancipatório*. Porto Alegre: SafE, 2008.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

RAMIRES, Mauricio. *Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SAMPAIO JR., José Herval. Ativismo judicial: autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais? In: DE PAULA, Daniel Giotti; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SGARBI, Adrian. *Teoria do Direito – Primeiras Lições*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SAUSEN, Dalton. *Súmulas, repercussão geral e recursos repetitivos: crítica à standardização do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2011

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOUZA, Osvaldo Rodrigues de. *História Geral*. São Paulo: Editora Ática, 1990

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *O que é isto — Decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Controle preventivo e juristocracia: Constituição não prevê controle de constitucionalidade preventivo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jan-29/nao-espaco-controle-preventivo-constitucionalidade-brasil>> Acesso em 15 de mai. 2014.

_____. *Verdade e consenso – Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *O que é isto – Decido conforme minha consciência?*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Da Interpretação de Textos a concretização de Direitos: a incidibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica entre texto e norma. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/LinkClick.aspx?fileticket=yv9pnpOdkK4%3D&tabid=266>> Acesso em: 10 de set. 2014.

_____. ABBOUD, Georges. *O que é isto – O precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América – Leis e Costumes*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

TUCCI, Jose Rogerio Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Anotações sobre a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário (Lei nº 11.418/2006). *Revista de processo*, v.32, n.145, mar. 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Historia do Direito no Brasil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ZAFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.