

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

FRANCISCO ROSITO

**TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS:
racionalidade da tutela jurisdicional**

**Porto Alegre
2011**

FRANCISCO ROSITO

**TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS:
racionalidade da tutela jurisdicional**

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira

**Porto Alegre
2011**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

R821t Rosito, Francisco.

Teoria dos precedentes judiciais : racionalidade da tutela jurisdicional / Francisco Rosito; [orientado por] Carlos Alberto Alvaro de Oliveira -- Porto Alegre, 2011.
438 f.

Tese (doutorado) -- Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2011.

1. Direito processual civil. 2. Precedentes judiciais. 3. Tutela jurisdicional. 4. *Common law*. 5. *Civil law*. I. Oliveira, Carlos Alberto Alvaro de. II. Título.

CDU 340.143

(Bibliotecária responsável: Cristiane da Silva Cavalheiro – CRB 10/1543)

AGRADECIMENTOS

A elaboração deste trabalho é fruto de uma longa jornada, cuja conclusão somente foi possível com a colaboração de algumas pessoas especiais, às quais devo o meu sincero agradecimento.

Inicialmente gostaria de agradecer ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, pela valiosa orientação neste trabalho, especialmente pela oportunidade proporcionada junto à Faculdade de Direito da *La Sapienza – Università degli Studi di Roma*, e sobretudo pelo exemplo de mestre.

Ao Professor Doutor Nicola Picardi, pela minha acolhida na *La Sapienza*, e ao Professor Dr. Andrea Panzarola, pelo alegre convívio e pela amizade, fundamentais ao tempo em que estive em Roma.

Aos Professores que participaram do meu exame de qualificação, Dr. Klaus Cohen Kopplin, Dr. Daniel Mitidiero, Dr. Sérgio Luís Wetzel de Mattos e Dr. Luis Alberto Reichelt, cujas contribuições enriqueceram o trabalho desenvolvido.

A todos os colegas do escritório Lippert & Cia. Advogados, o que faço nas pessoas de Marcia Mallmann Lippert e George Lippert Neto, pelo permanente suporte e pela rica história que tem sido construída.

À bibliotecária Cristiane da Silva Cavalheiro, pelo permanente auxílio na busca das fontes bibliográficas.

Aos integrantes da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFRGS, pelo ensino de excelência.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, pela bolsa conferida no Programa de Doutorado no País com Estágio no Exterior (PDEE).

À minha família, em especial aos meus pais, Heitor e Sonia, e irmãos, César, Ricardo e Alexandre, por tudo que tenho e por tudo que me proporciona.

Por fim, registro meu especial agradecimento à minha esposa, Karina. Com objetivos diversos e interesses em comum, dividimos os dias e as noites e chegamos onde queríamos. Devo isso e muito mais a ela, o que palavras são insuficientes para expressar.

RESUMO

O presente trabalho objetivou estruturar uma teoria normativa dos precedentes judiciais como técnica de racionalização da tutela jurisdicional. O objetivo foi definir critérios orientadores para aplicação e superação dos precedentes judiciais. Para tanto, foi examinada a Justiça na atualidade, especialmente o fenômeno incontrolável dos contrastes jurisprudenciais, que comprometem a segurança jurídica e a igualdade na aplicação do direito. No momento seguinte, foram enfrentadas as premissas teóricas, que são a base dogmática necessária à compreensão e à funcionalidade do fenômeno. Por conseguinte, restou desenvolvida a análise dos elementos que compõem a teoria normativa proposta. O caráter normativo da teoria decorre de três fatores principais. Primeiro, a teoria tem fundamento em normas jurídicas, especificamente princípios constitucionais. Segundo, os precedentes judiciais contêm normas jurídicas aplicadas na resolução dos casos concretos. Terceiro, os precedentes exercem funções normativas, ao servirem de fundamento à resolução de casos futuros. Na sequência, foi enfrentada a prática dos precedentes judiciais, tanto na aplicação em seu sentido estrito, como na superação, restando definidos pautas ou critérios de interpretação, próprios à teoria dos precedentes normativos. Essas regras são especialmente importantes para que se tenha um mínimo de controle, a fim de evitar excessos no protagonismo judicial, pois, se aos juízes é reconhecida uma atividade reconstrutiva do direito, não se pode admitir discricionariedade e tampouco arbitrariedade nas decisões judiciais. Por fim, foram analisados os principais instrumentos que permitem constituir precedentes perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, com o objetivo de enfrentar o tratamento que tem sido observado pelas duas Cortes.

Palavras-chave: Direito processual civil. Tutela jurisdicional. *Common law*. *Civil law*. Precedentes judiciais. Normatividade. Critérios de aplicação/superação. Supremo Tribunal Federal. Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT

The purpose of this work has been structuring a normative theory of the legal precedents as a technique of rationalization of the jurisdictional tutelage. The aim was defining the guiding criteria for the application and overcoming of the judicial precedents. For such, nowadays justice has been examined, mainly the incontrollable phenomenon of the jurisprudential contrasts, which impair the juridical security and the equality in the application of the law. In a subsequent moment, the theoretical premises have been examined, which are the dogmatic basis for the understanding and the functionality of the phenomenon. As a consequence, the analysis has been carried out, of those elements that make up the proposed normative theory. The normative characteristic of the theory results from three main factors. First, the theory is based on juridical rules, specifically constitutional principles. Second, the judicial precedents contain juridical rules applied to the solution of concrete cases. Third, the precedents exert normative functions, for they function as the basis to the solution of future cases. Subsequently, the practice of the judicial precedents was examined, both in the application in their strict sense, and in the overcoming, being defined the interpretative schedules or criteria of the normative precedents theory. Such rules are especially important for a minimum control being achieved, in order to prevent an excessive judicial action, for, when judges are deemed to have a law reconstructive activity, neither partiality nor arbitrariness can be admitted in judicial decisions. Finally, the main instruments have been analyzed, that permit constituting precedents in face of the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice, with the aim of confronting the treatment that has been observed by the two Courts.

Keywords: Civil procedural law. Jurisdictional tutelage. Common law. Civil law. Judicial precedents. Normativity. Application/overcoming criteria. Federal Supreme Court. Superior Court of Justice.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
1.1	Problema	12
1.2	Considerações jurídicas e extrajurídicas	17
1.3	Método da pesquisa	23
2	JUSTIÇA NA ATUALIDADE	26
2.1	Concepção de justiça	26
2.2	Contrastes jurisprudenciais e problema cultural	31
2.3	Crise de segurança jurídica e igualdade na aplicação do direito	42
2.4	Esforços empregados para a solução do problema	48
2.5	Antagonismo entre a teoria e a prática	54
3	PREMISSAS À TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	60
3.1	Experiência do sistema da <i>Common law</i>	60
3.2	Particularidades do sistema da <i>Civil law</i>	70
3.3	Decisões, precedentes, súmula e jurisprudência	74
3.4	Dimensões dos precedentes	82
3.4.1	Subjetiva ou institucional (horizontal e vertical).....	82
3.4.2	Estrutural (decisões monocráticas, colegiadas e plenárias).....	86
3.4.3	Objetiva (<i>ratio decidendi e obiter dictum</i>)	87
3.4.4	Força	95
3.4.4.1	Persuasiva	96
3.4.4.2	Vinculante.....	98
3.5	Fundamentos dos precedentes	109
3.5.1	Igualdade na aplicação do direito	109
3.5.2	Segurança jurídica	115
3.5.3	Boa-fé objetiva	128
3.5.4	Economia, celeridade e eficiência na prestação jurisdicional	132
3.6	Crítica aos precedentes	136

4	CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA NORMATIVA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	148
4.1	Argumentação jurídica e interpretação/aplicação do direito	148
4.2	Aproximação dos modelos da <i>Common law</i> e da <i>Civil law</i>	158
4.3	Aproximação entre direito e processo	170
4.4	Precedente como fonte normativa	172
4.5	Precedente como técnica processual na perspectiva do formalismo-valorativo .	185
4.6	Tutela jurisdicional qualificada em razão dos precedentes	194
4.7	Incremento da tutela coletiva e prospectiva	200
4.8	Otimização da função nomofilática dos tribunais superiores	208
4.9	Defesa de uma teoria normativa dos precedentes	221
5	CÂNONES ORIENTADORES PARA APLICAÇÃO E SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	234
5.1	Aplicação dos precedentes	234
5.2	Superação dos precedentes	241
5.2.1	Conflito entre segurança jurídica e desenvolvimento do Direito	244
5.2.2	Conflito entre igualdade e justiça do caso concreto	252
5.3	Técnicas de divergência do uso dos precedentes	260
5.3.1	<i>Distinguishing</i>	260
5.3.2	<i>Modifying</i>	263
5.3.3	<i>Overruling</i>	265
5.4	Fundamentação necessária para aplicação/superação dos precedentes	275
5.5	Efeitos da alteração dos precedentes	286
5.5.1	Retroativos.....	286
5.5.2	Prospectivos.....	291
5.5.3	Modulação dos efeitos	299
5.5.4	Aplicação em causas penais, cíveis, tributárias e administrativas.....	306
5.5.4.1	Causas penais.....	307
5.5.4.2	Causas cíveis	311
5.5.4.3	Causas tributárias.....	313
5.5.4.4	Causas administrativas	318
5.5.5	Aplicação em questões de ordem processual	320
5.6	Regras no uso dos precedentes	324

6	PRECEDENTES PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	329
6.1	Perfil histórico da Corte	329
6.2	Controle concentrado de constitucionalidade e inconstitucionalidade	332
6.3	Súmulas persuasivas e vinculantes	343
6.4	Recurso extraordinário	354
6.5	Embargos de divergência no recurso extraordinário	367
6.6	Superação dos precedentes no âmbito da Corte	370
7	PRECEDENTES PERANTE O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	377
7.1	Perfil histórico da Corte	377
7.2	Súmulas persuasivas	378
7.3	Recurso especial	380
7.4	Embargos de divergência no recurso especial	386
7.5	Disciplina dos recursos repetitivos	387
7.6	Superação dos precedentes no âmbito da Corte	392
8	CONCLUSÃO	396
	REFERÊNCIAS	400
	BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR	437

1 INTRODUÇÃO

Quem milita no Direito aprendeu, desde cedo, que, antes de resolver qualquer problema jurídico, é primordial estudar e constatar o entendimento dos tribunais¹. Caso ignorasse tal entendimento, restringindo-se à consulta dos textos legais ou da doutrina, arriscar-se-ia a dar uma solução despida de utilidade, pois eventualmente estaria errada ou não confirmada na prática². Com o passar do tempo, essa recomendação da experiência tem um alcance um pouco diverso, não porque a jurisprudência perdeu o seu valor, mas simplesmente porque hoje temos dificuldade em identificar e prever o entendimento preponderante dos tribunais nas mais diversas causas, o que compromete, entre outros fatores, a segurança da solução dada.

Nesse contexto insere-se o presente trabalho. Parte-se do reconhecimento de que o emprego do precedente individualmente considerado e da jurisprudência, numa perspectiva mais ampla, é relevante em todos os ordenamentos jurídicos modernos³, independentemente da discussão acerca da sua natureza jurídica⁴. As pesquisas científicas recentes, de um lado, e as reformas normativas implementadas, de outro, têm demonstrado, de um modo geral, que a referência ao precedente, por exemplo, não é mais uma característica peculiar dos ordenamentos jurídicos da *Common law*, sendo presente em quase todos os sistemas, inclusive naqueles de *Civil law*.

Cumprir destacar, inicialmente, que a adoção dos precedentes judiciais como instituto de análise, em vez da jurisprudência, implica assunção de uma perspectiva mais

¹ Historicamente, a jurisprudência e a doutrina prestaram-se a aproximar o homem da certeza do Direito, aconselhando os advogados, outrossim, a assumir ou não, determinadas causas, conforme bem destaca Calamandrei (CALAMANDREI, Piero. *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*. In: _____. *Opere giuridiche*. A cura di Mauro Cappelletti. Napoli: Morano, 1965. v. 1. p. 504-522. p. 509).

² A seguinte passagem da obra de Carlos Maximiliano ilustra bem a importância da jurisprudência: “A jurisprudência é a fonte mais geral e extensa de exegese, indica soluções adequadas às necessidades sociais, evita que uma questão doutrinária fique eternamente aberta e dê margem a novas demandas: portanto diminui os litígios, reduz ao mínimo os inconvenientes da incerteza do Direito, porque de antemão faz saber qual é o resultado das controvérsias (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1951. p. 221).

³ GORLA, Gino. *Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per la interpretazione delle sentenze*. *Il Foro Italiano*, Roma, v. 87, n. 7, p. 73-87, 1964. p. 73. Registra-se, a propósito, que Gino Gorla foi um dos precursores do estudo dos precedentes judiciais no direito comparado, ainda quando pouca atenção era dada ao tema.

⁴ SASTRE, Silvia Díez. *El precedente administrativo: fundamentos y eficacia vinculante*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 62.

analítica⁵, interessada em aprofundar os mecanismos pelos quais a decisão de um caso influi em uma decisão sucessiva, tendo repercussões metodológicas⁶. Além disso, permite indagar as razões e as justificativas inerentes à decisão judicial, o que justifica a escolha realizada.

Na defesa de uma teoria dos precedentes judiciais, algumas questões geralmente se apresentam. Costuma-se indagar, sob uma perspectiva teórica, o porquê da utilização de uma decisão anterior para solucionar casos posteriores, quais decisões judiciais podem ser consideradas precedentes para a solução de casos futuros e, enfim, quais são os fundamentos dos precedentes judiciais. Pragmaticamente, procura-se entender por que existem decisões divergentes acerca dos mesmos temas, por qual razão casos essencialmente idênticos recebem soluções diversas, por que se torna cada vez mais difícil prever um resultado de um processo judicial, se é aceitável a alteração imotivada de precedentes etc. Na busca de parâmetros, indaga-se, ainda, se é possível termos critérios orientadores e seguros no trato do desenvolvimento da jurisprudência. As respostas a essas tantas questões são a essência desta investigação. Responder todas essas perguntas, embora não seja tarefa fácil, é o que ambiciosamente se pretende realizar.

No desenvolvimento deste trabalho, pretende-se apresentar uma teoria dos precedentes judiciais em que a relevância prática das decisões anteriores é dotada de fundamento normativo, na esteira das tendências do pensamento jurídico, tanto material como processual. Parte-se do reconhecimento de que as decisões judiciais anteriores representam argumento adicional na justificação jurídica, o qual precisa ser examinado. Para tanto, não se pretende transladar a experiência anglo-saxã dos precedentes à experiência romano-germânica. Seria um erro metodológico adotar simplesmente a teoria dos precedentes da *Common law*, que é estranha ao direito de *Civil law*, para abordar o fenômeno da referência às decisões judiciais anteriores. Não obstante, será impositivo enfrentar as chamadas premissas teóricas, que são a base dogmática necessária à compreensão e à funcionalidade do fenômeno, as quais inevitavelmente beberam das fontes do direito comparado.

⁵ TARUFFO, Michele. Dimensioni del precedente giudiziario. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 48, n. 2, p. 411-430, 1994. p. 412.

⁶ A interpretação dos precedentes abrange um modelo metodológico, ou seja, um procedimento intelectual articulado em três fases logicamente distintas: I) primeira fase, dedicada à análise linguística da decisão; II) segunda fase, dedicada à reconstrução silogística do conteúdo da decisão e identificação da *ratio decidendi*; e III) terceira fase, dedicada à maximização da decisão, a fim de permitir a aplicação da norma extraída a um caso sucessivo (CHIASSONI, Pierluigi. *La giurisprudenza civile: metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*. Milano: Giuffrè, 1999. p. 203-210).

Objetiva-se, no momento seguinte, identificar as hipóteses de aplicação como superação dos precedentes judiciais, não sem antes examinar os possíveis conflitos inerentes a essa intrincada tarefa. Assim, pretende-se apontar cânones orientadores da utilização dos precedentes, exame que será realizado de acordo com a atividade jurisdicional prestada pelos tribunais superiores, notadamente pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Almeja-se, ao fim e ao cabo, apresentar uma teoria que contribua para a racionalidade da tutela jurisdicional. O objetivo é oferecer aos jurisdicionados e à sociedade parâmetros seguros de como conduzir as suas condutas segundo as orientações dominantes com base em critérios objetivos, de tal maneira que as decisões tenham a independência possível diante das reações subjetivas do juiz e sejam, por isso, previsíveis.

A importância do fenômeno revela-se tanto na teoria como na prática. Na dimensão teórica, o precedente caracteriza, de maneira peculiar, a estrutura da argumentação jurídica, tanto na interpretação da norma como na sua justificação. Sob o ponto de vista prático, o precedente é ferramenta de uso diário dos operadores do Direito. Interpretar o texto normativo exige não apenas o exame do dispositivo legal como o do contexto de aplicação (dos fatos), isto é, exige-se verificar como as normas jurídicas são interpretadas judicialmente. Portanto, trata-se de tema da maior relevância à Teoria Geral do Direito e ao Direito Processual, impondo-se a análise das implicações do Direito Constitucional⁷, o que revela a sua abrangência bem como a sua complexidade.

⁷ Assim reconhecem expressamente Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes: “Talvez um dos temas mais ricos da teoria geral e da moderna teoria constitucional seja aquele relativo à evolução jurisprudencial e, especialmente, a possível mutação constitucional. Se a sua repercussão no plano material é inegável, são inúmeros os desafios no plano do processo em geral e, em especial, do processo constitucional” (MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10.11.1999*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 576).

1.1 Problema

Para o bom desenvolvimento desta tese, torna-se necessário apresentar o problema para que seja possível, no momento seguinte, iniciar o diálogo em busca da construção de uma solução. Essa advertência inicial tem o propósito firme de manter o foco de análise na práxis, especialmente nas decisões proferidas pelas Cortes superiores. É uma lógica hermenêutica que não se pretende quebrar⁸.

Tratar do problema impõe apresentar alguns casos emblemáticos de alteração de precedentes, que retratam, o que se convencionou chamar, de “irracionalidade do desenvolvimento da jurisprudência”. Cumpre ressaltar alguns deles, para que tenhamos a dimensão pragmática das questões examinadas.

Caso emblemático é o que diz respeito à controvérsia acerca do crédito-prêmio de IPI, exemplo de contrastes jurisprudenciais e de suas consequências⁹. Vejamos a síntese dos diferentes momentos por que passou a controvérsia em questão, sem que tivesse havido qualquer alteração legislativa. Trata-se de divergência decorrente de pura interpretação das normas jurídicas.

Ao tempo em que instituído pelo Decreto-Lei n.º 491/69, o crédito-prêmio não foi limitado no tempo. Durante uma década, a intenção inequívoca do legislador foi deixá-lo viger sem imposição de prazo de extinção. Somente após dez anos é que surge a ideia de extinguir, gradualmente, o referido estímulo fiscal¹⁰. Quando os contribuintes já se estavam

⁸ A propósito, Rosa Maria de Andrade Nery destaca: “É rara a preocupação teórica que, para o início da abordagem exegética, em matéria de hermenêutica jurídica, parta de um elemento material identificável mesmo na própria litigiosidade que ensejou a necessidade da interpretação ou a necessidade de aplicação da norma e da verificação da extensão do seu conteúdo. Ou seja: a dificuldade primeira para saber se há equívoco na ciência é que o ponto de partida da hermenêutica jurídica tende a buscar a compreensão da solução, e não do problema, como se a inversão dessa ordem de prioridade comprometesse a estrutura ou a segurança do sistema normativo. E não é bem assim” (NERY, Rosa Maria de Andrade. Responsabilidade da doutrina e o fenômeno da criação do direito pelos juízes. *In*: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. p. 422-430. p. 427).

⁹ Misabel Derzi e Igor Santiago retratam bem a polêmica em: DERZI, Misabel Abreu Machado; SANTIAGO, Igor. A mudança do STF e os créditos de IPI. *Valor Econômico*, São Paulo, p. E2, 21, 22 e 23 abr. 2007.

¹⁰ O Decreto-Lei n.º 1.658/79 previa essa extinção, mediante redução gradual do valor do benefício, a começar da data da sua publicação, fixando percentuais decrescentes para o ano de 1979 e para o ano seguinte, de tal modo que, em 30 de julho de 1980, estaria totalmente extinto (art. 1.º, §1.º e 2.º).

acostumando com a cronologia de redução e extinção, foi publicado o Decreto-Lei n.º 1.722, em 3 de dezembro de 1979, cujo art. 1.º determinava que os estímulos fiscais (crédito-prêmio do IPI) seriam utilizados “na forma, condições e prazo, estabelecidos pelo Poder Executivo”. Por conseguinte, sobrevém o Decreto-Lei n.º 1.724, de 7 de dezembro de 1979, cujo art. 1.º confere ao Ministro da Fazenda autorização para aumentar ou reduzir temporária ou definitivamente, ou extinguir os benefícios. Portanto, ao invés de extinção gradual, com cronograma fixado em norma com força de lei, foi conferida discricionariedade ao Ministro da Fazenda para agir sob critérios de conveniência técnico-econômica, que poderiam levá-lo ou a extinguir os benefícios, ou a aumentá-los ou reduzi-los, temporária ou definitivamente. Já o Decreto-Lei n.º 1.894/81 afastou a previsão de que o benefício do crédito-prêmio do IPI seria extinto em 1983, dando mostras de que havia necessidade de imprimir segurança jurídica ao contribuinte envolvido com exportações, operações de alto interesse para as economias do País.

Nesse contexto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça levava em conta o princípio da não surpresa, conforme julgamento do Recurso Especial n.º 591.708-RS: “O legislador, ao redigir o referido art. 1º [do Decreto-lei n. 1.894/81], vinculou-se ao princípio de que, em se tratando de política fiscal destinada a proteger as exportações, operações de alto interesse para as economias da Nação, havia necessidade de imprimir segurança ao contribuinte envolvido com tal negócio jurídico, afastando a previsão de que o incentivo seria extinto em 1983”.

No entanto, a Primeira Seção da Corte, no REsp. n.º 652.379/RS, da relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki (DJ 01.8.2006), mudou radicalmente a orientação no sentido de que o crédito-prêmio do IPI foi extinto em 4.10.1990, por força do art. 41, § 1.º, dos “Atos das Disposições Constitucionais Transitórias”, segundo o qual se consideram “revogados após dois anos, a partir da data da promulgação da Constituição, os incentivos fiscais que não forem confirmados por lei”.

Logo, a jurisprudência, que foi mantida por mais de 15 anos na Corte, acabou sendo modificada do dia para a noite. Ao longo desse período, 27 (vinte e sete) ministros do Superior Tribunal de Justiça, em 86 (oitenta e seis) acórdãos, foram favoráveis ao

entendimento da não extinção¹¹. Por conseguinte, a nova orientação começou a ser aplicada inadvertidamente a todas as demandas que já haviam sido propostas ao tempo da orientação favorável aos contribuintes.

Casos tributários, como o referido, há tantos outros. Outro exemplo emblemático é a discussão dos créditos presumidos de IPI, nas aquisições de matéria-prima ou insumo, tributados à alíquota zero. No julgamento do RE n.º 370.682-9/SC, o Supremo Tribunal Federal acabou negando, por maioria de votos (6 contra 5), o direito à dedução dos créditos presumidos do IPI relativos à aquisição de produtos sujeitos à alíquota zero¹². Tal decisão, tomada sem nenhuma mutação do texto da Constituição, é alteração do entendimento anterior, expresso pelo Pleno da Corte no RE n.º 350.446-1/PR, que tinha reconhecido o direito à dedução, tendo havido apenas um voto vencido (Min. Ilmar Galvão)¹³. Não importa discutir o mérito de tal decisão. O que importa é que, decorridos cinco anos, a orientação então dominante gerou uma expectativa legítima. Embora o precedente alterado não tivesse transitado em julgado, dezenas de recursos extraordinários que nele se apoiavam, nesse interregno, foram decididos monocraticamente pelos ministros da própria Corte, que também acreditavam na definitividade do primeiro entendimento, posteriormente superado¹⁴.

No Direito Administrativo, o cenário não é muito diverso. A questão inerente à indenizabilidade de área atingida pela criação de Parques Estaduais e de áreas de proteção é outro exemplo de irracionalidade da jurisprudência. Ora se entende que a limitação legal ou física encerra expropriação indireta, gerando o dever de indenização¹⁵, ora se entende que o

¹¹ DELGADO, José Augusto. *Imprevisibilidade das decisões judiciais*. [2008]. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 20 maio 2009. p. 13.

¹² STF, Pleno, RE 370.682-9/SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 25.06.2007, DJ 19.12.2007, p. 24, de acordo com a seguinte ementa: “Recurso extraordinário. Tributário. 2. IPI. Crédito Presumido. Insumos sujeitos à alíquota zero ou não tributados. Inexistência. 3. Os princípios da não-cumulatividade e da seletividade não ensejam direito de crédito presumido de IPI para o contribuinte adquirente de insumos não tributados ou sujeitos à alíquota zero. 4. Recurso extraordinário provido”.

¹³ STJ, Pleno, RE 350.446-PR, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 18.12.2002, DJ 06.06.2003, p. 32, consoante a seguinte ementa: “CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IPI. CREDITAMENTO. INSUMOS ISENTOS, SUJEITOS À ALÍQUOTA ZERO. Se o contribuinte do IPI pode creditar o valor dos insumos adquiridos sob o regime de isenção, inexistente razão para deixar de reconhecer-lhe o mesmo direito na aquisição de insumos favorecidos pela alíquota zero, pois nada extrema, na prática, as referidas figuras desonerativas, notadamente quando se trata de aplicar o princípio da não-cumulatividade. A isenção e a alíquota zero em um dos elos da cadeia produtiva desapareceriam quando da operação subsequente, se não admitido o crédito. Recurso não conhecido”.

¹⁴ Para um exame da resenha do caso, consulte-se obra: DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009. p. 295-308.

¹⁵ STJ, 1.ª T., REsp. 439.192-SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 07.12.2006, DJ 08.03.2007, p. 160, de acordo com a seguinte ementa: “PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO ART. 535

uso da propriedade está vinculado à função social da propriedade, razão por que qualquer limitação dessa ordem não gera direito à indenização¹⁶.

Outro exemplo de instabilidade jurisprudencial, no Direito Administrativo, refere-se à indenização da cobertura vegetal em ações de desapropriação direta para fins de reforma agrária. Quanto à análise do valor da indenização, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, em diversas oportunidades, que “A lei não impede a indenização da cobertura florestal. O que ela impede é que o cálculo em separado da vegetação importe indenização do imóvel em valor superior ao de mercado”¹⁷. Em sentido diverso, entretanto, a Corte passou a decidir que “A distinção que se impõe é a de que a indenização pelo preço de mercado abarca todo o imóvel sem indagação de sua exploração econômica *ex abundantia*; ao passo que, comprovada a utilidade econômica da cobertura vegetal com novel impedimento de explorações outras, acresce-se um *plus* à indenização em prol da cláusula da justeza da reposição patrimonial”¹⁸. Logo, o valor de mercado não se tornou limitante à indenização da cobertura florestal. Ainda sobre a mesma matéria, no que se refere à necessidade de

DO CPC. INOCORRÊNCIA. DESAPROPRIAÇÃO. CRIAÇÃO DE LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM E JUSTA INDENIZAÇÃO. SÚMULA N.º 07/STJ. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA. SÚMULA 119/STJ. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. CRIAÇÃO DE ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. DIREITO À INDENIZAÇÃO. ESVAZIAMENTO ECONÔMICO DO DIREITO À PROPRIEDADE. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. LEI ESTADUAL N.º 5.598, DE 06.02.1987. JUROS COMPENSATÓRIOS E MORATÓRIOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. [...]. 8. Controvérsia gravitante em torno da indenizabilidade ou não de área atingida por limitação administrativa advinda da criação de Área de Proteção Ambiental. 9. A questão inerente à indenizabilidade da área atingida pela criação de Parques Estaduais e de Áreas de Proteção Ambiental, *tout court*, é matéria de mérito e tem sido decidida positivamente pelo Pretório Excelso, sob o enfoque de que limitação legal ou física encerra expropriação, a qual, no nosso sistema constitucional, que também protege a propriedade, gera indenização [...].”

¹⁶ STJ, 1.ª T., REsp. 468.405-SP, rel. Min. José Delgado, j. 20.11.2003, DJ 19.12.2003, p. 328, de acordo com o seguinte excerto da ementa: “ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. PARQUE SERRA DO MAR. INDENIZAÇÃO. INOCORRÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DA AÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZOS. PROPRIEDADE VINCULADA À FUNÇÃO SOCIAL. MATA ATLÂNTICA. PRESERVAÇÃO. [...] 3. A presente ação não pode ser enquadrada como uma expropriatória indireta, visto que não estão presentes os pressupostos que orientam tal espécie de ação. Inexiste apossamento administrativo por parte do Estado, nem este praticou, com relação à propriedade discutida, qualquer esbulho ou ilícito que causasse prejuízo aos autores. Em nenhum momento os autores provaram haver apossamento, esbulho ou qualquer outro ilícito por parte do Estado ou seus pressupostos com relação à propriedade. O imóvel sempre permaneceu no mesmo estado, ou seja, intocado, quer pelos autores, seus antecessores, ou mesmo pelo poder público, quer por força da legislação federal quer em face da legislação municipal que orienta o uso e ocupação do solo local. 4. Nenhuma indenização é devida, pelo fato de nenhum prejuízo terem sofrido os recorridos. O uso da propriedade está vinculada a sua função social. Esta tornou-se presente com a necessidade de preservar-se, para o bem da humanidade, os recursos naturais da Mata Atlântica. Não exploravam qualquer atividade comercial ou industrial no imóvel, dele não obtendo renda de qualquer limite. Não há de se cancelar indenização no valor de mais de 4,5 milhões de reais, fixada em 1995, acrescido de juros de mora, juros compensatórios, correção monetária e honorários, para cobrir alegadas limitações administrativas em 112 ha. de terra sem qualquer exploração econômica [...]”.

¹⁷ STJ, 1.ª T., REsp. 790.003/PI, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 24.10.2006, DJ 07.12.2006, p. 274.

¹⁸ STJ, 1.ª T., REsp. 573.829/PR, Rel. Min. Luiz Fux, j. 20.04.2006, DJ 22.05.2006, p. 150.

comprovação da exploração, a Corte já decidiu que “Mesmo que as atividades extrativistas sejam vedadas legalmente, não se pode concluir nulo o valor da cobertura vegetal na qual encontrada espécie de árvore de abate proibido, porquanto existente. Decidir o contrário importaria em privilegiar aquele que não preservou a floresta”¹⁹. Por outro lado, a Corte passou a decidir de forma diversa quando dispôs que “A indenização da cobertura florística depende da efetiva comprovação de que o proprietário esteja explorando econômica e licitamente os recursos vegetais, nos termos e limites de autorização expedida de maneira regular”²⁰. Em última análise, percebe-se que há decisões sobre a mesma matéria, pelo mesmo Tribunal, em uma mesma época, em todos os gostos e sentidos. O resultado depende da sorte lançada.

No Direito Processual, há diversos casos em que ocorreram mudanças ou contrastes jurisprudenciais perante os tribunais. Um exemplo é o cabimento de mandado de segurança com o fim de assegurar o direito à compensação do indébito tributário. Por longo período, prevaleceu, no Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que não era necessário instruir o mandado de segurança com as guias comprobatórias dos recolhimentos, até porque, invariavelmente, trata-se de um grande volume de documentos, ficando resguardado à Administração Tributária, nos termos da legislação própria, o direito de fiscalizar a liquidez e certeza dos créditos compensáveis²¹. No entanto, a Corte passou a adotar, repentina e diversamente, o entendimento no sentido de que “em mandado de segurança a parte deve juntar aos autos as guias de recolhimento do tributo que pretende repetir/compensar, por ser tal documentação essencial para o julgamento da causa, já que o *writ*, para verificação do direito líquido e certo, pressupõe a existência de prova pré-constituída quando da impetração”²². Inevitavelmente, todos os mandados de segurança, impetrados ao tempo da orientação anterior, acabaram gerando decisões de extinção dos processos, sem resolução do mérito, com manifestos prejuízos aos contribuintes.

¹⁹ STJ, 1.^a T., REsp. 763.559/SC, Rel. Min. José Delgado, j. 04.05.2006, DJ 29.05.2006, p. 188.

²⁰ STJ, 2.^a T., REsp. 905.783/RO, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 07.02.2008, DJe 27.05.2008.

²¹ STJ, 2.^a T., REsp. 510.859/MG, Rel. Min. Humberto Martins, j. 22.08.2006, DJ 05.09.2006, p. 220, de acordo com o seguinte excerto da ementa: “Na hipótese em exame, desnecessária a produção de prova do efetivo recolhimento do tributo, por meio de guias de DARFs correspondentes, porquanto a compensação pretendida pelo recorrente é com base na legislação atinente aos artigos 66, da Lei n. 8.383/91, e 74, da Lei n. 9.430/96, bem assim o Decreto n. 2.138/97”.

²² STJ, 1.^a T., AgRg no AgRg no REsp. 905.610/SP, Rel. Min. José Delgado, j. 20.09.2007, DJ 01.10.2007, p. 239.

Outrossim, existe acesa controvérsia acerca do cabimento da execução provisória contra a Fazenda Pública, tendo em vista o regime de pagamento por precatórios ou requisições de pequeno valor instituído pela Emenda Constitucional n.º 30/2000, que explicitou a necessidade de trânsito em julgado da sentença para que o pagamento de débito dela decorrente seja feito²³. Por essa razão, há diversos precedentes, tanto no âmbito do Supremo Tribunal Federal como do Superior Tribunal de Justiça, que não admitem a execução provisória, em hipótese alguma, contra a Fazenda Pública²⁴. No entanto, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça entende que é possível a emissão de precatório da parte incontroversa, para execução provisória do julgado, nos termos do art. 739, § 2.º, do CPC, mesmo após a edição da EC n.º 30/2000, que alterou o art. 100, § 1.º, da Carta Magna²⁵.

Ora, em todos esses casos, não é preciso muito esforço para perceber que a mudança de orientação surpreendeu todos os sujeitos envolvidos nos processos em curso, os quais tiveram que conviver com uma nova orientação, diversa daquela que existia no tempo em que ajuizaram as demandas. Da mesma forma, os casos trazidos a lume demonstram que, muitas vezes, coexistem diferentes orientações no tempo, o que também revela um lado pernicioso da jurisprudência. Em síntese, são alguns dos problemas que a presente tese pretende enfrentar.

1.2 Considerações jurídicas e extrajurídicas

A análise dos precedentes judiciais insere-se em um contexto amplo da aplicação do direito. Logo, tem a sua matriz na Teoria Geral do Direito, mas se concretiza na atividade jurisdicional, fenômeno do qual a dogmática do Direito não pode prescindir. Por

²³ “Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, **em virtude de sentença judiciária**, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

“§ 1º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos **oriundos de sentenças transitadas em julgado**, constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente [grifo nosso].

“[...]”

²⁴ STF, 2.ª T., RE 463.936/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 23.05.2006, *DJ* 16.06.2006, p. 27; e STJ, 2.ª T., REsp. 710.220/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 10.06.2008, *DJe* 04.03.2009.

²⁵ STJ, CE, EREsp. 721.791/RS, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 19.12.2005, *DJ* 23.04.2007, p. 227.

outro lado, a aplicação dos precedentes abrange, inevitavelmente, outros fatores além do escopo jurídico, como, por exemplo, razões de ordem social, econômica e política.

Na exposição de alguns casos emblemáticos, pode-se inferir que as orientações dominantes perante os tribunais superiores são determinantes da vida em sociedade. Quanto maior for o grau de previsibilidade das decisões judiciais, maior será a possibilidade de o indivíduo planejar a sua vida eficientemente. Outrossim, quanto maior for o grau de aceitação moral das decisões judiciais, maior será a chance de o indivíduo planejar a sua vida satisfatoriamente, atendendo às suas expectativas²⁶.

Inegavelmente a jurisprudência exerce um papel importante no contexto social, à medida que o conjunto de decisões judiciais acaba refletindo nas relações mantidas, ainda mais quando a sociedade cresce em complexidade, exigindo-se mais informações para aplicar e obedecer às leis. Os indivíduos, de modo geral, costumam orientar a sua conduta e tomar decisões conforme o entendimento prevalente. As empresas, da mesma forma, pautam seus negócios visando a reduzir, ao mínimo possível, as incertezas. Nada mais natural que as suas decisões negociais sejam tomadas levando-se em conta as orientações dominantes. Por isso, afirma-se que o Poder Judiciário tem “responsabilidade social” pela segurança jurídica na formulação de suas decisões²⁷.

Além disso, essas decisões repercutem nos demais órgãos jurisdicionais, que passam a orientar as suas decisões pelo novo entendimento estabelecido. São efeitos institucionais dos precedentes judiciais, os quais extrapolam o âmbito dos processos individualmente considerados. Tudo somado, conclui-se que os precedentes representam relevantes mecanismos que definem e orientam futuros comportamentos, tanto ao Estado como aos particulares²⁸.

²⁶ PECZENIK, Aleksander. *On law and reason*. 2. ed. New York: Springer-Verlag, 2009. (Law and philosophy library, v. 8). p. 25-26.

²⁷ PECZENIK, *On law and reason*, 2009, p. 26.

²⁸ Destaca-se, a propósito, o seguinte excerto da obra de Karl Larenz: “Como, no entanto, existe uma grande probabilidade no plano dos factos de que os tribunais inferiores sigam os precedentes dos tribunais superiores e estes geralmente se atenam à sua jurisprudência, os consultores jurídicos das partes litigantes, das firmas e das associações contam com isto e nisto confiam. A conseqüência é que os precedentes, sobretudo os dos tribunais superiores, pelo menos quando não deparam com uma contradição demasiado grande, são considerados, decorrido largo tempo, ‘Direito vigente’. Disto se forma em crescente medida, como complemento e desenvolvimento do Direito legal, um ‘Direito judicial’ ” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. de José Lamego. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 522).

Nesse contexto, é natural que a mudança de orientação jurisprudencial estenda diretamente os seus efeitos às partes, que, confiando na orientação estabelecida, ingressaram em juízo em busca da satisfação dos seus direitos. Além disso, a alteração jurisprudencial afeta indiretamente outras pessoas, que orientaram as suas condutas conforme a orientação prevalente até então. Essas impressões transmitem-se ainda inevitavelmente aos parentes e amigos das partes envolvidas, potencializando os seus efeitos, sem falar nos advogados, que, muito embora sejam os maiores responsáveis pela orientação jurídica, não conseguem mais orientar os seus clientes acerca do entendimento prevalente sobre uma determinada matéria, tampouco no grau de probabilidade que a orientação prevalente possa manter-se ao longo do tempo²⁹.

Ao ampliar o enfoque da questão, devem ser considerados também os aspectos econômicos inerentes ao Direito e à prestação jurisdicional³⁰. Sabidamente, Direito e Economia estão estreitamente vinculados. O funcionamento de uma ordem econômica moderna não é possível sem uma ordem jurídica. Os contratos celebrados, que são instrumentos econômicos indispensáveis, e a proteção dos direitos de propriedade exigem um Direito que funcione de maneira rápida e segura, sendo garantido por um poder coativo, representado pela figura do Estado. Exige-se, em última análise, um funcionamento calculável do Direito segundo regras racionais, estimulando o crescimento econômico³¹.

²⁹ A advertência é feita apropriadamente por Luiz Guilherme Marinoni: “Em todas as democracias cabe à classe dos advogados a pesada e grave responsabilidade de orientar os cidadãos acerca dos seus direitos. É espantoso perceber, entretanto, que os advogados brasileiros não têm como orientar os seus clientes acerca dos direitos. Não lhes é possível orientá-los acerca do que devem esperar ao tomarem determinada postura diante de uma situação jurídica ou de um conflito, exatamente por nada poderem dizer, com algum grau de confiança, sobre as posições do Judiciário” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 177).

³⁰ Como se sabe, a prestação jurisdicional é considerada fator de custo nos investimentos econômicos: “Decorre daí a propensão dos agentes econômicos – conglomerados industriais, bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de fomento, fundos de pensão, fundos mútuos, companhias seguradoras, empresas financeiras não bancárias, corretoras e distribuidoras de valores, agências de ‘rating’ ou classificação de riscos, etc. – a reivindicar mais simplicidade processual, maior rapidez decisória e mais previsibilidade judicial, com o objetivo de reduzir os custos das transações, aumentar a fluidez dos negócios, equalizar oportunidades, facilitar os investimentos internacionais e gerar confiança entre os grandes investidores, por um lado, e a evitar tribunais excessivamente lentos, altamente ritualizados e tecnicamente ineptos, neutralizando as incertezas jurisdicionais por meio de mecanismos decisórios bem mais flexíveis, ágeis e dinâmicos, como a mediação, a conciliação e a arbitragem extrajudiciais, por outro” (FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf. *Qual o futuro dos direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 94).

³¹ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. 4. ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 2000. v. 1. p. 226-227.

Especificamente quanto à prestação jurisdicional, sabe-se que o mau funcionamento da Justiça tem efeitos importantes sobre a atividade econômica³². Nesse aspecto, a influência do Direito sobre o sistema econômico insere-se no que os economistas classificam de “O problema do custo social”, na conhecida abordagem de Ronald H. Coase³³. Aqui a Justiça enquadra-se num contexto mais amplo da análise do desempenho das instituições. De um modo geral, “entende-se que as instituições têm grande influência sobre a capacidade dos países se desenvolverem, e que o judiciário é uma das instituições mais importantes nesse processo”³⁴. Nesse panorama, os problemas apontados são geralmente a morosidade da Justiça e a imprevisibilidade de suas decisões, levando os indivíduos e as empresas, em dadas circunstâncias, a buscar meios alternativos de resolução de conflitos, baseados em critérios de utilidade, ou até mesmo não buscar solução alguma³⁵.

No âmbito deste trabalho, interessa o exame da segunda crítica. Entre outros aspectos, a análise econômica do Direito (*Law and Economics*), assim como do Direito Processual em particular, procura colocar em evidência como a alteração da regra jurídica influencia o comportamento dos indivíduos e das empresas³⁶. Não é por acaso que a previsibilidade das decisões funcionou como um poderoso fator de desenvolvimento do

³² Para um exame do impacto do Judiciário brasileiro na economia, vide a obra (PINHEIRO, Armando Castelar (Org.). *Judiciário e economia no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2000).

³³ Ronald Coase inova a abordagem econômica ao tratar do tema “*The problem of social cost*”. Em certa passagem da sua obra, o autor destaca, em prol da segurança, a importância de os juízes levarem em conta as consequências econômicas de suas decisões: “*It would therefore seem desirable that the courts should understand the economic consequence of their decisions and should, insofar as this is possible without creating too much uncertainty about the legal position itself, take these consequences into account when making their decisions*” (COASE, Ronald Harry. *The firm, the market, and the law*. Chicago: Chicago University Press, 1988. p. 199).

³⁴ PINHEIRO, *Judiciário...*, 2000, p. 16.

³⁵ A propósito, Armando Castelar Pinheiro destaca: “Uma conclusão natural é que se recorre ao judiciário quando a utilidade esperada dessa ação é maior do que a de agir de outra forma. Da mesma forma, as partes em litígio buscam uma solução fora dos tribunais quando a utilidade de ambas é maior seguindo esta alternativa do que uma outra”. Em seguida, complementa: “O modelo mostra que a utilidade advinda da utilização de um mecanismo específico de resolução de conflitos, como o judiciário, depende dos custos envolvidos, da rapidez com que uma decisão é alcançada, da imparcialidade do árbitro, da taxa de juros (ou, mais precisamente, da taxa de desconto intertemporal), e da previsibilidade das decisões e do tempo até que elas sejam alcançadas” (PINHEIRO, *Judiciário...*, 2000, p. 27-28).

³⁶ Entre os diferentes métodos de análises, destaca-se a chamada *Escola de Chicago*, capitaneada por Ronald Coase (COASE, *The firm...*, 1988) e Richard Posner (POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 7. ed. New York: Aspen, 2007), a qual estuda a eficiência da regra jurídica assim como se apresenta na realidade social, independentemente de ter sido estabelecida intervenção normativa (AULETA, Ferruccio. Una lezione di analisi economica del diritto processuale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 61, n. 2, p. 633-639, giugno 2007. p. 633). A lei e os precedentes, como instituições, são vistos pelos economistas como um instrumento para a organização da vida em sociedade, os quais representam custos de transação. Daí decorre a preocupação quanto à eficiência da sua aplicação.

capitalismo moderno³⁷. Em sentido oposto, a oscilação da jurisprudência é considerada fator de retração de investimentos, de progresso tecnológico e de eficiência, afetando o sistema econômico que precisa desenvolver-se no tempo e no espaço. É evidente que toda mudança, seja ela qual for, importa em um custo inerente, distorcendo o sistema de preços, ao introduzir fontes de risco adicionais nos negócios.

Há estudo do BNDES que aponta, por exemplo, que a instabilidade, a insegurança jurídica e a imprevisibilidade das decisões judiciais no país representam um obstáculo de 13% para o crescimento econômico do Brasil, o que afeta proporcionalmente o PIB brasileiro. Da mesma forma, estima-se que, se as decisões judiciais não fossem tão imprevisíveis, haveria acréscimo de empregos na ordem de 25%³⁸. Embora se possa duvidar da precisão desses números, parece evidente que os defeitos em questão interferem, de uma forma ou de outra, na produção e no emprego e, mais ao longo prazo, na taxa de crescimento econômico³⁹.

Em suma, quando é alterada uma orientação estabelecida, os tribunais acabam determinando ganhos ou perdas aos mais diversos setores econômicos. Com o foco na eficiência, a teoria econômica do processo também tem a sua relevância. Como se sabe, procura-se conter, ao máximo, os custos da prestação jurisdicional, bem como reduzir a solução das controvérsias ao menor tempo possível, a fim de que sejam obtidos os melhores resultados⁴⁰.

A uniformidade jurisprudencial, com a conseqüente harmonização social, é também motivada por fundamentos políticos⁴¹. Aqui se revela a estreita relação existente

³⁷ Max Weber considera que o grau máximo de *racionalidade formal* do cálculo do capital pode ser alcançado em certas condições. Entre elas, insere-se a “calculabilidade total no funcionamento da ordem administrativa e jurídica, e garantia confiável *puramente formal* de todos os acordos por parte do poder político (administração e direito formalmente racionais)” (WEBER, *Economia e sociedade...*, 2000, p. 108).

³⁸ DELGADO, *Imprevisibilidade das decisões judiciais*, [2008], p. 13-14.

³⁹ PINHEIRO, *Judiciário...*, 2000, p. 126.

⁴⁰ AULETA, *Una lezione...*, 2007, p. 634.

⁴¹ O termo “política” é empregado no sentido moderno para indicar a atividade ou o conjunto de atividades que têm de algum modo, como termo de referência, a *pólis*, isto é, o Estado. “Dessa atividade a *pólis* ora é o sujeito, donde pertencem à esfera da política atos como o de comandar (ou proibir) algo, com efeitos vinculantes para todos os membros de um determinado grupo social, o exercício de um domínio exclusivo sobre um determinado território, o de legislar com normas válidas *erga omnes*, o de extrair e distribuir recursos de um setor para outro da sociedade e assim por diante; ora objeto, donde pertencem à esfera da política ações tais como conquistar, manter, defender, ampliar, reforçar, abater, derrubar o poder estatal etc”. (BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Org. por Michelangelo Bovero; trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 160).

entre Direito e política⁴². Como é sabido, o sistema político de um Estado está refletido na Constituição, que, no caso do Brasil, ordena um modelo democrático de Direito Processual. Especificamente, a jurisdição, que é uma das expressões da soberania⁴³, vale-se do processo civil como instrumento político de efetivação das garantias asseguradas constitucionalmente⁴⁴, mediante redução de custos materiais e de tempo. Nesse sentido, o Poder Judiciário assume, na atualidade, uma função que extrapola a solução de conflitos individualmente considerados, garantindo que o império do Direito vigore de fato, com o objetivo de obter pacificação social. Intensifica-se, cada vez mais, o que se chama de “judicialização da política”⁴⁵ ou “politização da Justiça”, “entendida como ativismo judicial, sempre coordenado com a atividade das partes e o respeito à Constituição na realização de políticas-públicas”⁴⁶. Trata-se de uma continuidade das ideias lançadas ineditamente por Franz Klein acerca da função social do processo, no sentido da eliminação da situação de crise social que cada processo representa⁴⁷.

Portanto, infere-se que o tema “precedentes judiciais” tem implicações das mais diversas ordens. O que se quer evitar, na presente investigação, é a deslegitimação do Poder Judiciário perante a sociedade, tanto civil como jurídica, para solucionar adequadamente os conflitos, provocando insegurança, incertezas, frustrações e desarmonia, prejuízos estes que dificilmente podem ser reparados. Busca-se, na verdade, o fortalecimento

⁴² A relação entre Direito e política é de interdependência. Sob um primeiro aspecto, a ordem jurídica é o produto do poder político. Nesse caso, a ação política se exerce através do Direito. Sob um segundo aspecto, o Direito justifica o poder político, ao delimitar e disciplinar a ação política. Dessa interseção nasceu o Estado de Direito, “entendido não restritivamente como Estado no qual o poder político está subordinado ao direito, mas como a própria destinação final de todo grupo político que se distingue de outro grupo social pela existência de um sistema normativo, cujas normas, necessárias para a sobrevivência do grupo, se fazem valer através da coerção” (BOBBIO, *Teoria geral...*, 2000, p. 232-237). Da mesma forma, aponta Habermas: “O direito constitui o poder político e vice-versa; isso cria entre ambos um nexos que abre e perpetua a possibilidade latente de uma instrumentalização do direito para o emprego estratégico do poder. A idéia de Estado de direito exige em contrapartida uma organização do poder público que obriga o poder político, constituído conforme o direito, a se legitimar, por seu turno, pelo direito legitimamente constituído” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1. p. 211-212).

⁴³ Na conhecida expressão weberiana de Estado como “monopólio da força legítima”, a soberania é uma manifestação clássica de poder do Estado (BOBBIO, *Teoria geral...*, 2000, p. 135-137).

⁴⁴ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A efetividade do processo e a reforma processual. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 78, p. 85-96, abr./jun. 1995. p. 86.

⁴⁵ A penetração de assuntos de ordem política na esfera do controle do Poder Judiciário pode ser ilustrada pelo controle de constitucionalidade de diplomas legais e pela institucionalização do *amicus curiae* (BISCH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade: um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 147-150).

⁴⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 4. ed. Salvador: Podium, 2009. (Curso de direito processual civil, v. 4). p. 40.

⁴⁷ BAUR, Fritz. Il processo e le correnti culturali contemporanee. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 27, p. 253-271, 1972. p. 258.

do Judiciário, cujas funções são insubstituíveis, mas que precisam atender aos seus objetivos constitucionais.

1.3 Método da pesquisa

Toda ciência dispõe do seu método próprio, através do qual se procura conhecer e explicar o seu objeto. Pode-se dizer, assim, que “método é o modo pelo qual determinada ciência encara e examina o seu objeto material”⁴⁸. No Direito, a realidade não difere, embora se particularize. O método é essencialmente um expediente argumentativo para mostrar que a regra extraída do ordenamento é possível ou justificável⁴⁹.

No Direito Processual Civil não é diferente. O modo de aplicação das normas processuais atende a critérios determinados, para que sejam alcançados fins específicos: a justiça do caso concreto e a pacificação social. Na introdução deste trabalho, importa destacar, ao menos, o método pelo qual será desenvolvida a tese, visando a atingir os resultados almejados. O Direito comparado é o ponto de partida⁵⁰. O exame da *Common law* torna-se indispensável para compreender a base dogmática da teoria dos precedentes. Uma vez delineados os elementos principais dos precedentes, o estudo analítico será empreendido para

⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. 3 v. v. 1, p. 53.

⁴⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite: legge diritti giustizia*. Torino: Einaudi, 1992. p. 184.

⁵⁰ Cumpre destacar que o presente trabalho não atenderá formalmente uma proposta metodológica de estudo comparativo, tal como concebido por Mauro Cappelletti, no estudo sobre a justiça. O jurista italiano destaca que a análise comparativa, para o seu adequado desenvolvimento, deve compreender seis fases: 1.ª) “*Tertium comparationis*”: há necessidade de um ponto de partida comum de natureza “pré-jurídica”, ou seja, um problema ou necessidade social compartilhada por dois ou mais países ou sociedades, que justifiquem a análise a ser empreendida. 2.ª) *Soluções jurídicas do problema*: a segunda fase da análise comparativa insere-se no âmbito estrito do Direito. Trata-se da identificação das normas, instituições e processos jurídicos pelos quais os países em exame procuraram resolver o problema objeto da análise. 3.ª) *Razões de ser das semelhanças e diferenças*: o terceiro momento da análise refere-se à pesquisa das razões que possam explicar as semelhanças e diferenças de soluções adotadas para resolver os mesmos problemas, tais como razões históricas, sociológicas, éticas etc. 4.ª) *Pesquisa das grandes tendências evolutivas*: a quarta fase consiste na análise comparativa das tendências evolutivas que possam ser convergentes ou divergentes. 5.ª) *Avaliação*: a quinta etapa compreende a análise da avaliação propriamente dita. Devem-se valorar as soluções adotadas ou os modelos de soluções, no que se refere à sua eficácia. 6.ª) *Previsões de desenvolvimentos futuros*: a última etapa da análise é um corolário de todas as outras. O comparatista deve tratar, na medida do possível, de tendências evolutivas que presumivelmente serão verificadas à luz dos dados empíricos reunidos, especificamente quanto à sua eficácia para resolver o problema em questão (CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee: studi di diritto giudiziario comparato*. Bologna: Il Mulino, 1994. p. 16-22).

delinear uma teoria dos precedentes judiciais, aplicável ao Direito brasileiro. O objetivo é alcançar parâmetros seguros para aplicação e superação dos precedentes, principalmente no âmbito dos tribunais superiores.

Nos últimos anos, o método comparatista, no âmbito do Direito, tem crescido em importância. Há razões pontuais para isso: a) aumento das relações transnacionais mantidas entre os países, em face das constantes trocas econômicas e culturais; b) interesses e valores comuns mantidos entre os países, como a preocupação com os direitos humanos ou a preservação do meio ambiente, por exemplo; e c) tendência de criação de organizações políticas e econômicas multinacionais, como União Europeia, NAFTA, Mercosul etc.⁵¹.

Geralmente a análise comparatista entre sistemas de *Civil law* e *Common law* procura reconhecer semelhanças e diferenças entre os respectivos ordenamentos, com o fim de estabelecer proximidades e distanciamentos entre normas ou institutos. Hoje reconhece-se que essa atividade não é neutra, passiva ou indiferente. Inversamente, obedece a um projeto cultural pressuposto, que orienta não somente as escolhas do comparatista, mas também o método pelo qual a comparação é realizada⁵².

No escopo deste trabalho, a defesa de uma teoria dos precedentes é razão suficiente para motivar a investigação. No entanto, não se pretende simplesmente defender a funcionalidade dos precedentes judiciais. O objetivo central é encontrar critérios orientadores de aplicação e superação dos precedentes. Para tanto, é inadequado conceber uma teoria do precedente no ordenamento de *Civil law* que seja somente uma versão adaptada de uma teoria do precedente da *Common law*⁵³. Correr-se-ia o risco de que a inovação seja incompatível com o tecido do ordenamento no qual se quer enxertá-la⁵⁴. Tampouco se pretende enveredar

⁵¹ CAPPELLETTI, *Dimensioni...*, 1994, p. 11-12.

⁵² TARUFFO, Michele. Il processo civile di “civil law” e di “common law”: aspetti fondamentali. *Il Foro Italiano: Raccolta Generale di Giurisprudenza Civile, Commerciale, Penale, Amministrativa*, Roma, v. 124, p. 345-360, 2001. p. 346.

⁵³ Como não poderia deixar de ser, “*common law* não se copia, nem se improvisa” (SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha de. *A supremacia do direito no estado democrático e seus modelos básicos*. 2002. Tese (concurso a Professor Titular) – Departamento de Direito do Estado, Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002. p. 188).

⁵⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 1, n. 6, p. 36-44, set./out. 2000. p. 41.

para o “‘hibridismo’ (simplista/simplificado) entre *common law* e *civil law*”⁵⁵, ou promover um mero “transplante cultural”⁵⁶. Nem se diga que se almeja promover um “neocolonialismo” às avessas, ao ser exaltada a Justiça anglo-americana⁵⁷. Até porque a força dos precedentes, na *Common law*, reside mais na tradição e cultura, não estando estabelecida em qualquer regra escrita. Mesmo os conceitos existentes, como *ratio decidendi*, *obiter dictum* etc. sofrem críticas pela sua imprecisão e sobretudo pela sua falta de controle, o que já denota que a experiência estrangeira não é a solução em si mesma.

Entretanto, mesmo não sendo possível adaptar tradição, pode-se, ao menos, utilizar a experiência da *Common law* como parâmetro, pois, embora os seus conceitos e institutos não sejam ideais, são úteis à compreensão e ao desenvolvimento da doutrina. Portanto, permanece válido o *slogan* dos comparatistas de que o melhor modo de conhecer o próprio ordenamento jurídico é mediante o conhecimento de outros ordenamentos, sem perder de vista que há muitos e diversos modos de conhecê-los.

Finalmente, no marco de uma teoria da argumentação jurídica será elaborado um modelo teórico dos precedentes judiciais. Sob um enfoque analista, será estudada a estrutura dos precedentes na argumentação jurídica. Sob uma perspectiva normativa, serão estabelecidos os fundamentos e os critérios que devem guiar o uso argumentativo dos precedentes. O objetivo final será o exame funcional da categoria, contribuindo à racionalidade da tutela jurisdicional, na perspectiva metodológica do formalismo-valorativo.

⁵⁵ A expressão é adotada por Lenio Luiz Streck (STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 275).

⁵⁶ A ideia é de Michele Taruffo, desenvolvida na *Introdução* à obra de Mirjan R. Damaška, que recebeu na tradução italiana o título de *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*. (DAMAŠKA, Mirjan R. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Bologna: Mulino, 2005. Edizione originàle nel 1986, con il titolo “The faces of justice and state authority”, pubblicàto a New Haven, per la Yale University Press).

⁵⁷ A expressão foi empregada por José Carlos Barbosa Moreira, conforme se destaca: “Parece claro que a progressiva exaltação do precedente tende a tornar o funcionamento da Justiça brasileira, em tema relevante, mais parecido com o da Justiça norte-americana, ou quando nada com a imagem que desta se generalizou. A ser assim, alguns se sentirão tentados a perguntar a quem mais interessa a assemelhação e se, levada às últimas conseqüências, ela não poderá servir de instrumento àquilo que em certos setores se tem designado por ‘neocolonialismo’. É assunto para ser discutido por cientistas políticos; sem autoridade na matéria, cingimo-nos a propô-lo à meditação dos leitores” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos*. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 6, n. 35, p. 5-16, maio/jun. 2005. p. 16).

2 JUSTIÇA NA ATUALIDADE

Impende examinar a Justiça na atualidade, especialmente o fenômeno incontrolável dos contrastes jurisprudenciais, que comprometem a segurança jurídica e a igualdade na aplicação do direito. Objetiva-se, em última análise, contextualizar, sob a ótica dogmática, a tese que se pretende desenvolver diante dos esforços que vêm sendo empregados para a solução do problema.

2.1 Concepção de justiça

Tratar dos precedentes judiciais exige o exame da “justiça”, âmbito no qual estão inseridos. Para tanto, importa, antes de tudo, identificar de qual justiça se está falando⁵⁸, até porque, ao longo desta obra, nos reportaremos aos diferentes sentidos desse polissêmico termo. O que não muda é a dificuldade em estabelecer cada um desses sentidos, tema que tem sido a eterna questão da humanidade⁵⁹, havendo inúmeras teorias de justiça, desde os tempos imemoriais até os dias de hoje, as quais podem ser reduzidas a dois tipos básicos: um metafísico-religioso e outro racionalista⁶⁰. Justamente por isso, contentar-nos-emos com noções relativas e não absolutas, nos estreitos limites destas linhas.

⁵⁸ Conforme adverte Macintyre, há justças e não justiça, dado que existe uma diversidade de tradições de pesquisa com histórias diversas, o que remete a conceitos díspares sobre justiça (MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* Trad. Marcelo Pimenta Marques. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001. p. 11-22).

⁵⁹ Hans Kelsen ilustra toda dificuldade em responder a pergunta “o que é justiça”: “Nenhuma outra questão foi tão passionalmente discutida; por nenhuma outra foram derramadas tantas lágrimas amargas, tanto sangue precioso; sobre nenhuma outra, ainda, as mentes mais ilustres – de Platão a Kant – meditaram tão profundamente. E, no entanto, ela continua até hoje sem resposta. Talvez por se tratar de uma dessas questões para as quais vale o resignado saber de onde o homem nunca encontrará uma resposta definitiva; deverá apenas tentar perguntar melhor” (KELSEN, Hans. *O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência.* Trad. de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 1).

⁶⁰ No tipo metafísico-religioso, inserem-se as teorias de Platão (justiça como Bem absoluto) e Jesus (a justiça corresponde ao princípio do amor: retribuir o mal não com o mal, mas com o bem), enquanto no tipo racionalista (ou pseudorracionalista) se encontram as teorias de Kant (a justiça corresponde a um imperativo categórico: aja somente de acordo com a máxima que você possa desejar que se transforme em lei geral) e Aristóteles (a justiça corresponde a uma ética da virtude, ou seja, ela visa a um sistema de virtudes, entre as quais a justiça é a virtude máxima, a virtude plena), conforme sintetiza Hans Kelsen (*Op. cit.*, p. 11-21). Para uma análise da visão da justiça por Platão, ver “Platão e a pesquisa racional” (*apud* MACINTYRE, *Justiça de quem...*, 2001, p. 81-99). Por sua vez, Aristóteles oferece sua visão de justiça no livro V da *Ética a Nicômaco*, com a distinção dos dois conceitos de justiça como legalidade e como igualdade, com a distinção entre diferentes formas de justiça, entre as quais as mais importantes são a corretiva (comutativa) e a distributiva,

A concepção formal de justiça identifica-se com a igualdade de tratamento daqueles que pertencem a uma mesma categoria. Em conhecida expressão, significa tratar igualmente os iguais e os desiguais desigualmente, na exata medida da sua desigualdade⁶¹. Nessa acepção, “a justiça delimita e harmoniza os desejos, pretensões e interesses conflitantes na vida social da comunidade. Uma vez adotada a idéia de que todos os problemas jurídicos são problemas de distribuição, o postulado da justiça equivale a uma exigência de igualdade na distribuição ou partilha de vantagens ou cargas”⁶². O ideal da igualdade depende simplesmente da correta aplicação de uma regra geral e abstrata, qualquer que seja ela⁶³. O que importa é a observância de um juízo unívoco, bom ou mau que seja, para todos os sujeitos que se encontram nessa situação prevista⁶⁴. Portanto, a submissão dos indivíduos a uma mesma regra é uma forma de realização da justiça, na sua dimensão formal, o que atende a uma exigência de racionalidade, no sentido de que o tratamento dado a uma pessoa deve ser pré-determinável por critérios objetivos, estabelecidos por regras dadas, colocando-se, assim, em oposição à arbitrariedade, impulsionada por emoções e atitudes subjetivas⁶⁵.

O critério decisivo e problemático é determinar o que seja considerado igual ou desigual, o que depende de pressupostos que são externos ao princípio da igualdade. O primeiro problema decorre do fato de que os homens não são iguais. Se o fossem, tudo estaria resolvido: “A todos a mesma coisa”. O problema subsequente passa a ser a necessidade de recorrer a critérios de diferenciação, dando origem às seculares disputas sobre o modo de distribuir ônus e bônus⁶⁶. Por isso, é compreensível que surjam fórmulas que, sob o prisma da igualdade, incluem padrões díspares de avaliação, como “a cada um segundo seu mérito”, “a cada um segundo sua contribuição”, “a cada um segundo suas necessidades”, “a cada um segundo sua capacidade” e “a cada um segundo sua posição e condição”⁶⁷. Não obstante o esforço para encontrar uma solução, é fácil perceber que se trata de fórmulas vazias que não dizem muito, pois a lei e os precedentes podem ser aplicados respeitando a igualdade segundo esses parâmetros e, no entanto, serem injustos, o que demonstra a insuficiência do critério.

com a distinção entre justiça estrita e equidade (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2006. Livro V).

⁶¹ PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 248; MacCORMICK, Donald Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 1978. p. 73; PECZENIK, *On law and reason*, 2009, p. 83.

⁶² ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2000. p. 313.

⁶³ ROSS, *Direito e justiça*, 2000, p. 318.

⁶⁴ BOBBIO, *Teoria geral...*, 2000, p. 312.

⁶⁵ ROSS, *Direito e justiça*, 2000, p. 318-319.

⁶⁶ BOBBIO, *Teoria geral...*, 2000, p. 315-316.

⁶⁷ ROSS, *Direito e justiça*, 2000, p. 315-317; PECZENIK, *On law and reason*, 2009, p. 83.

Independentemente da crítica que se faça, esse sentido de justiça será examinado quanto à aplicação uniforme do direito, pois os precedentes, como paradigmas, funcionam como regra geral a futuros casos, sendo injusto decidir de forma distinta casos essencialmente idênticos, mesmo quando forem substancialmente injustos, assim como fere a justiça conferir tratamento díspar a quem pertence a uma mesma classe. Em última análise, a insuficiência do critério não desautoriza o seu uso.

Como se pode inferir, essa exigência formal de regularidade ou racionalidade não se justifica jamais porque uma norma (ou um precedente) tem preferência sobre a outra (ou o outro). Torna-se evidente, portanto, que é necessário examinar o conteúdo da norma, exame este que não pode ser satisfeito pelo critério simplesmente formal e, sim, material de justiça. Nesse aspecto, a justiça é definida não apenas pela aplicação de uma norma geral senão pela aplicação correta de uma norma. Desse modo, as dimensões formal e material somam-se: primeiro, tem-se a exigência de que haja uma norma como fundamento de uma decisão (dimensão formal); e, segundo, exige-se que a decisão seja uma aplicação correta de uma norma (dimensão material)⁶⁸.

A concepção material de justiça pode ser definida de diversas maneiras, quer sob a perspectiva individual do caso concreto, quer sob a perspectiva coletiva, vista como aceitável no contexto jurídico-social. O próprio Aristóteles distinguia, sob essa ótica, a justiça corretiva e a justiça distributiva⁶⁹.

Individualmente considerada, a justiça material identifica-se com o que é devido a alguém: “dar a cada um o seu”, o que corresponde a uma das sete sabedorias gregas⁷⁰. O difícil é considerar o que cada um pode considerar como “seu”, quer dizer, como seu direito. Não por acaso, essa definição é apontada por Hans Kelsen também como uma fórmula vazia da justiça, carente de significado, sendo capaz de justificar toda e qualquer ordem social, seja capitalista ou socialista, seja democrática ou autocrática⁷¹.

⁶⁸ ROSS, *Direito e justiça*, 2000, p. 326.

⁶⁹ Para Aristóteles, a justiça corretiva é aquela que procura restabelecer ao indivíduo a igualdade rompida. O juiz é o artífice dessa justiça às partes individualmente consideradas (indivíduo x indivíduo). Já a justiça distributiva procura alcançar uma justiça social (coletivo x indivíduo), ao distribuir o todo aos indivíduos proporcionalmente, sob certos critérios (ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, 2006, Livro V, pontos 3-5, p. 108-112).

⁷⁰ KELSEN, *O que é justiça...*, 2001, p. 14.

⁷¹ KELSEN, *O que é justiça...*, 2001, p. 14.

Independentemente, na tentativa de encontrar o adequado conteúdo, procura-se identificar o “proporcional”, ou seja, aquilo que é adequado a determinada relação. Busca-se a igualdade material dos bens disponíveis, em uma concepção patrimonialista ou apenas econômica da justiça – “a justiça da plena equivalência material ou da absoluta comutatividade”⁷². Representa o resultado justo em um processo de decisão⁷³.

Já na perspectiva generalizada, a justiça material equivale à justiça social ou distributiva, a partir das ideias desenvolvidas por Locke, Rousseau e Kant acerca do contrato social. Sob esse viés, Rawls defende uma teoria da justiça que designa como equidade, ao examinar a estrutura básica da sociedade, especificamente a forma pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem os direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão dos benefícios da cooperação em sociedade. Portanto, a justiça, para Rawls, assume caráter público e objetivo, numa perspectiva procedimental, sendo um padrão a ser observado como parte de um ideal social, numa visão neocontratualista da teoria do contrato social. Há, portanto, um objetivo de generalização com base em dois princípios básicos de justiça⁷⁴. Nesse aspecto, a teoria de Rawls se aproxima da operacionalidade da teoria normativa dos precedentes, pois a funcionalidade destes objetiva concretizar a máxima justiça possível, sendo uma ação injusta o fato de os juízes e outros agentes públicos não aplicarem a norma adequada ou não a interpretarem corretamente⁷⁵.

Note-se, ao exame da justiça material, apresentam-se ora concepções subjetivas, ligadas à pessoa que promove o justo, ora concepções objetivas resultantes de um proceder justo. O que se busca, afinal, é conciliar as duas tendências principais. A primeira, de ordem subjetiva, em que a justiça é vista como uma virtude ou hábito; a segunda, de ordem objetiva, a justiça corresponde a uma ordem social justa, “resultante de exigências

⁷² CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 1995. v. 1, p. 261.

⁷³ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito “ex nunc” e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008. p. 19.

⁷⁴ Rawls apresenta dois princípios aplicáveis à sua teoria de justiça. Primeiro princípio: “Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais amplo sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para todos”. Segundo princípio: “As desigualdades econômicas e sociais devem ser distribuídas por forma a que, simultaneamente: a) redundem nos maiores benefícios possíveis para os menos beneficiados, de uma forma que seja compatível com o princípio da poupança justa, e b) sejam a consequência do exercício de cargos e funções abertos a todos em circunstâncias de igualdade equitativa de oportunidades” (RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. de Carlos Pinto Correa. Lisboa: Presença, 1993. p. 239).

⁷⁵ RAWLS, *Uma teoria da justiça*, 1993, p. 191.

transpessoais imanentes ao processo do viver coletivo”⁷⁶. Desse modo, não há como separar as duas concepções, pois “não pode haver justiça sem homens justos”, conforme advertira Platão⁷⁷. Da mesma forma, o processo judicial não poderá produzir decisões justas se não observar normas justas, sejam oriundas do legislador, sejam oriundas do juiz na aplicação do direito. De acordo com Rawls, “um processo equitativo conduz a um resultado que também é equitativo apenas quando tal processo é efectivamente posto em prática”⁷⁸. Logo, a decisão justa dependerá de um procedimento justo no qual os fatos e a norma jurídica sejam adequadamente interpretados e aplicados⁷⁹.

Por conseguinte, a justiça material implica “constante coordenação racional das relações intersubjetivas, para que cada homem possa realizar livremente seus valores potenciais a atingir a plenitude de seu valor pessoal, em sintonia com os da coletividade”⁸⁰. Nesse aspecto, a teoria dos precedentes judiciais proposta nesta investigação, em que se procura conciliar os interesses individual e coletivo, pretende adequar-se a essa teoria de justiça, a fim de ser observada uma ordem social em que as pessoas convivem e tenham seus direitos respeitados.

Por fim, cumpre destacar que Justiça, empregada em maiúsculo, significa a instituição incumbida de prestar a tutela jurisdicional. Nesse caso, a Justiça equivale ao Poder Judiciário, organizado através de distintos órgãos jurisdicionais, na sua concepção institucional.

Essas três acepções de “justiça”, formal, material e institucional, serão empregadas ao longo deste trabalho, conforme o contexto em que se inserem.

⁷⁶ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 378.

⁷⁷ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 378.

⁷⁸ RAWLS, *Uma teoria da justiça*, 1993, p. 87.

⁷⁹ Michele Taruffo defende uma teoria da decisão justa que deve reunir necessariamente os três critérios apontados: “a) *correttezza della scelta e dell’interpretazione della regola giuridica applicabile al caso*; b) *accertamento attendibile dei fatti rilevante del caso*; c) *impiego di un procedimento valido e giusto per giugere alla decisione*” (TARUFFO, Michele. *Idee per una teoria della decisione giusta*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 51, n. 2, p. 315-328, 1997. p. 319).

⁸⁰ REALE, *Lições preliminares...*, 2002, p. 379.

2.2 Contrastes jurisprudenciais e problema cultural

Os contrastes jurisprudenciais estão presentes em todo e qualquer ordenamento jurídico, especialmente naqueles sistemas fundados na norma provinda do legislador, cujo conteúdo de caráter geral e abstrato requer interpretação e concretização⁸¹. Por isso, seria utópico conceber sistema de Direito que não tivesse decisões divergentes, pois o Direito está longe de ser uma ciência exata, cujos resultados são determinados e precisos, tal como o paradigma científico da modernidade objetivou alcançar. Admitida a limitação imanente ao ordenamento jurídico, o problema acentua-se quando essa realidade assume proporções assustadoras, causando sérios prejuízos à qualidade da prestação jurisdicional, quer no âmbito da sociedade jurídica, quer no âmbito mais amplo da sociedade civil.

Os contrastes jurisprudenciais são os mais diversos. Dogmaticamente, o seu exame analítico exige uma correta leitura tanto dos precedentes em si como da sua escolha e divulgação, a fim de afastar os contrastes meramente aparentes⁸². Mantida a análise aos contrastes reais, que são aqueles que dependem da adequada compreensão do seu conteúdo e que não decorrem da alteração do texto normativo ou da configuração dos casos concretos apresentados, a doutrina costuma classificá-los de acordo com alguns critérios: a) quanto ao tempo, os contrastes podem ser diacrônicos e sincrônicos⁸³; b) quanto ao número, os contrastes dividem-se em simples e múltiplos; e c) quanto ao órgão jurisdicional, os contrastes podem ser verticais e horizontais⁸⁴.

⁸¹ ZENATI, Frédéric. La notion de divergence de jurisprudence. In: PASCAL, Ancel; RIVIER, Marie-Claire. *Les divergences de jurisprudence*. Saint-Étienne: Université de Saint-Étienne, 2003. p. 53-71. p. 57-59.

⁸² VISINTINI, Giovanna. Il dovere professionale di conoscere la giurisprudenza. In: SCINTILLAE Iuris. Milano: Giuffrè, 1994. v. 1. Studi in memoria di Gino Gorla. p. 405-418. p. 408.

⁸³ A simétrica distinção entre contrastes sincrônicos e diacrônicos na jurisprudência é tratada por Sergio Chiarloni (CHIARLONI, Sergio. Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 43, n. 1, p. 118-148, mar. 1989. p. 142-143). Em outra perspectiva, os termos “sincrônico” e “diacrônico” são empregados por Aleksander Peczenik, que utiliza o fator temporal como critério de distinção entre ambos no exame da coerência do desenvolvimento do Direito (PECZENIK, Aleksander. Sui precedenti vincolanti de facto. *Ragion Pratica*, Bologna, v. 6, p. 35-43, 1996. p. 38-39). Igualmente, Michele Taruffo utiliza os termos para tratar da uniformidade sincrônica e da uniformidade diacrônica (TARUFFO, Michele. *Il vertice ambiguo: saggi sulla cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991). De forma análoga aos contrastes de precedentes, Arruda Alvim fala em “diversidade estática” e “diversidade sucessiva” (ARRUDA ALVIM, José Manuel. O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 13-47, p. 33).

⁸⁴ CADOPPI, Alberto. *Il valore del precedente nel diritto penale: uno studio sulla dimensione “in action” della legalità*. Ristampa con premissa di aggiornamento. Torino: G. Giappichelli, 2007. p. 78.

Os contrastes diacrônicos ocorrem quando uma decisão sobre determinada questão⁸⁵ diverge de outra sucessivamente no tempo. Geralmente, esses contrastes limitam-se àqueles casos em que há uma linha interpretativa em evolução. Existe uma orientação estabelecida, mas, no decurso do tempo, de forma gradual e experimental, surge uma nova orientação que rompe o entendimento estabelecido. São contrastes próprios da evolução benigna da jurisprudência. No entanto, a mudança de orientação pode ocorrer abrupta e inesperadamente, apanhando de surpresa partes e terceiros, ao inaugurar uma nova jurisprudência que não é precedida de qualquer *vacatio legis*. Nesses casos, a virada jurisprudencial compromete os princípios da irretroatividade, da proteção da confiança e da boa-fé, conforme restará examinado⁸⁶. Por outro lado, os contrastes sincrônicos ocorrem quando as orientações divergentes coexistem no tempo. Desse modo, não se tem um entendimento consolidado: coexistem orientações em sentidos diversos⁸⁷. Aqui se insere a chamada “loteria judiciária”, tão conhecida no Direito pátrio como no comparado⁸⁸. Esses são os contrastes mais problemáticos e perniciosos ao sistema.

Já os contrastes simples ocorrem quando, a respeito de determinada questão, existem duas orientações diversas, ao passo que os contrastes múltiplos são aqueles em que a controvérsia gera três ou mais orientações distintas⁸⁹. Cuida-se de contrastes que convivem em um determinado tempo, sendo difícil identificar qual é a orientação predominante. Podem ser oriundos do mesmo órgão jurisdicional ou de algum órgão diverso. A particularidade é que os precedentes não são excludentes um do outro, justamente porque não se consegue identificar a orientação prevalente.

Por fim, os contrastes verticais ocorrem quando a divergência de entendimento se dá em diferentes níveis da organização judiciária. Já os horizontais ocorrem quando as divergências de entendimento ocorrem no mesmo nível hierárquico⁹⁰. Sob esse enfoque, há diversas situações. A mais preocupante e, até comum, é quando os juízos hierarquicamente

⁸⁵ A questão aqui é no sentido de ponto duvidoso, de fato ou de direito. Como ensina Carnelutti, quando um fundamento da pretensão ou da contestação é duvidoso, surge uma questão, que é, portanto, a dúvida acerca de uma afirmação (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1936. v. 1. n. 127, p. 353).

⁸⁶ Vide exame a ser empreendido no ponto 5.5.3.

⁸⁷ CADOPPI, *Il valore del precedente...*, 2007, p. 78.

⁸⁸ A loteria judiciária, no direito comparado, equipara-se à figura da *slot-machine* (TARUFFO, *Il vertice ambiguo...*, 1991, p. 183).

⁸⁹ CADOPPI, *Il valore del precedente...*, 2007, p. 79.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 79.

inferiores desatendem a orientação consolidada nos juízos superiores. Nessa hipótese, há uma violação à função constitucional assegurada às cortes superiores, bem como aos fundamentos dessa atividade jurisdicional que lhes são peculiares, trazendo prejuízos ao princípio da supremacia da Constituição e, por conseguinte, do Estado de Direito⁹¹, conforme teremos oportunidade de tratar.

O que é certo disso tudo é que, na atualidade, há uma difusão crescente no uso da jurisprudência e dos precedentes⁹². Na grande maioria das suas decisões, os juízes citam acórdãos, remetendo-se ao entendimento anteriormente adotado⁹³. Os advogados também o fazem nas suas petições, assim como os promotores em seus pareceres. Vive-se uma época em que a referência à orientação jurisprudencial, pretensamente “mansa” e “pacífica”, é constante, a ponto de permanecer ainda atual o pensamento de Dupain: “A ciência dos arestos tornou-se a ciência daqueles que não têm outra ciência; e a *jurisprudência* é uma ciência fácil de adquirir: basta um bom índice das matérias”⁹⁴. Dessa cultura jurídica do *standard*, ou do *prêt-à-porter*, o resultado é uma prática de citações de ementários que, muitas vezes, são oriundos de outros ementários, sem qualquer preocupação com o contexto histórico-temporal que cercou o processo originário⁹⁵. Isso porque parte-se de uma equivocada compreensão hermenêutica de que o texto, seja da lei, seja do precedente, é a

⁹¹ É oportuno destacar a seguinte ponderação de Roger Stiefelmann Leal quanto ao descumprimento das decisões do STF, mas que se podem aplicar também às decisões do STJ no que se refere à aplicação do direito infraconstitucional federal: “A substancial irresignação em face das decisões dos Tribunais Superiores, no modelo de jurisdição constitucional difusa, e dos Tribunais Constitucionais, no modelo de jurisdição constitucional concentrada, promove, em síntese, violação inaceitável da própria ordem constitucional. Contrariar a interpretação firmada por tais órgãos é, em última análise, descumprir a Constituição, pois a eles cabe, por indelével atribuição constitucional, dar a última palavra sobre a constitucionalidade das leis e dos demais atos dos poderes públicos em geral. Inverte a lógica constitucional pretender suportar interpretação diversa da conferida pelo intérprete máximo da Constituição” (LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 111-112).

⁹² Não se trata de privilégio da realidade brasileira. A prática forense italiana, por exemplo, também apresenta um cenário em que as decisões judiciais cada vez mais são invocadas por advogados, juízes etc. É o que dá conta Marino Bin (BIN, Marino. *Funzione uniformatrice della cassazione e valore del precedente giudiziario. Contratto e Impresa: Dialoghi con la Giurisprudenza Civile e Commerciale*, Padova, v. 4, n. 2, p. 545-558, 1988. p. 545).

⁹³ José Carlos Barbosa Moreira dá o devido destaque ao fenômeno: “Em nosso País, quem examinar os acórdãos proferidos, inclusive pelos tribunais superiores, verificará que, na grande maioria, a fundamentação dá singular realce à existência de decisões anteriores que hajam resolvido as questões de direito atinentes à espécie *sub iudice*. Não raro, a motivação reduz-se à enumeração de precedentes: o tribunal dispensa-se de analisar as regras legais e os princípios jurídicos pertinentes – operação a que estaria obrigado, a bem da verdade, nos termos do art. 458, II, do CPC, aplicável aos acórdãos nos termos do art. 158 – e substitui o seu próprio raciocínio pela mera invocação de julgados anteriores. Escusado aditar que outro tanto vale, *a fortiori*, para os juízos de primeiro grau” (BARBOSA MOREIRA, Súmula, jurisprudência..., 2005, p. 6).

⁹⁴ DUPAIN *apud* MAXIMILIANO, *Hermenêutica*..., 1951, p. 225.

⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 82-84.

própria norma, quando em verdade da interpretação dos textos resultam as normas jurídicas⁹⁶. Disso decorre a imprescindibilidade da interpretação enquanto atividade de concretização do direito. A conclusão acaba sendo inevitável: as citações dos julgados são feitas sem critério algum, envolvendo questões não relevantes ou omissas para o caso concreto, decisões contraditórias ou até mesmo inexistentes⁹⁷.

Essa realidade, impulsionada nos dias de hoje pelo catalisador da Internet, pode ser explicada por diversos fatores, entre eles a acessível consulta de jurisprudência nos *sites* dos tribunais, o que facilita bastante a alusão a decisões. O problema é que essa prática é executada muitas vezes de forma desmedida, sem observância de critérios adequados. Primeiro, porque há decisão para todos os gostos e em todos os sentidos possíveis, não sendo garantia de correção a menção a um acórdão qualquer; segundo, porque a consulta da jurisprudência chega ao ponto de se tornar mais frequente do que da pesquisa das normas jurídicas aplicáveis ao caso concreto, evitando-se maior esforço na busca de uma orientação para a solução da causa.

O resultado é que, na jurisprudência brasileira, encontram-se todos os tipos de contrastes jurisprudenciais. A frequência e a diversidade de divergências são tantas que se tem dificuldade de mensurá-las, inclusive nas cortes superiores⁹⁸. Simplesmente os repertórios de

⁹⁶ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 27-29.

⁹⁷ CAMBI, Eduardo. *Ne Constitucionalismo e ne processualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 154.

⁹⁸ José Augusto Delgado, Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça, em palestra proferida, apontou, em levantamento realizado, a existência de, no mínimo, 33 (trinta e três) entendimentos conflitantes entre as turmas do STJ. Portanto, para um Tribunal que tem função de uniformizar a interpretação do direito federal e garantir a sua autoridade em todo o Brasil, o cenário é no mínimo preocupante. Senão vejamos os temas conflitantes apontados: “1) aplicação do CDC aos contratos de prestação de serviços advocatícios; 2) aproveitamento dos fiscais de tributos do IAA; 3) assistência judiciária gratuita às pessoas jurídicas; 4) a atualização monetária de precatórios relativos a benefícios previdenciários; 5) cobrança de ICMS sobre venda de bens salvados de sinistros; 6) competência para as ações indenizatórias decorrentes de acidente do trabalho; 7) competência para as ações relativas à assinatura básica de telefonia; 8) competência para julgar o crime de redução a condição análogo à de escravo; 9) correção de ofício da autoridade coatora do mandado de segurança; 10) crédito hipotecário na arrematação de imóvel; 11) dependência do menor sob guarda para fins previdenciários; 12) execução de parcela incontroversa contra a Fazenda Pública; 13) execução provisória das penas privativas de liberdade; 13) execução provisória contra a Fazenda Pública; 15) extinção de crédito-prêmio de IPI; 16) fuga do condenado após a apelação; 17) honorários advocatícios da improcedência do pedido da exceção de pré-executividade; 18) ICMS sobre a entrada de bem ou mercadoria importados, mediante leasing; 19) individualização das condutas nos crimes de autoria coletiva; 20) legitimidade passiva da seguradora em ação decorrente de acidente de trânsito; 21) liberdade provisória ao acusado por crime hediondo, preso em flagrante; 22) limitações administrativas em áreas de proteção ambiental (há cinco posições do STJ a respeito desse tema!); 23) mandado de segurança em pagamentos de valores pretéritos decorrentes de concessão de anistia política; 24) mandado de segurança impetrado em juízo incompetente; 25) natureza jurídica dos honorários advocatícios sucumbenciais; 26) perda de objeto do agravo de instrumento

jurisprudência são magazines em que se encontra tudo e o contrário de tudo. São os chamados repertórios *bon à tout faire*⁹⁹. Além de contraditória, a jurisprudência brasileira é caracterizada pela aplicação do precedente sem uma comparação rígida entre *o leading case* e o caso concreto que está em julgamento, reconduzindo a um “positivismo jurisprudencial judicial”¹⁰⁰. Tem-se, ao fim e ao cabo, uma jurisprudência de baixa qualidade, oscilante e contraditória, o que, diga-se de passagem, não é prerrogativa exclusiva da realidade brasileira¹⁰¹. Se essa realidade se observa nas mais altas cortes do País, imagine-se o que não ocorre perante os mais diversos órgãos de primeiro e segundo grau de jurisdição, espalhados por toda a vasta federação. A consequência, permita-se dizer, não é uma jurisprudência como fonte do direito senão como fonte de confusão¹⁰².

Um dos fatores que contribui para a ocorrência dos contrastes jurisprudenciais é a liberdade de que gozam os juízes, tanto para interpretar o direito como para divergir dos seus pares, seja no mesmo grau de jurisdição, seja no grau superior. De antemão, registra-se que o objetivo deste trabalho não é cercear a liberdade judicial, tampouco inviabilizar o livre convencimento do julgador. Até porque se trata de fenômenos distintos¹⁰³. Apenas se questiona se essa liberdade tem limites. Sendo a resposta positiva, como seguramente se acredita, pretendem-se encontrar possíveis critérios de controle, a fim de assegurar segurança

contra tutela antecipada por superveniência de sentença; 27) prazo prescricional para a cobrança de expurgos inflacionários sobre diferença de restituição de contribuições de previdência privada; 28) prescrição intercorrente na execução fiscal; 29) requisitos para a configuração do ato de improbidade administrativa; 30) suspensão da exigibilidade do crédito tributário; 31) suspensão do livramento condicional; 32) taxa de juros prevista art. 406 do Código Civil de 2002; 33) teoria da encampação no mandado de segurança” (DELGADO, *Imprevisibilidade das decisões judiciais*. [2008], p. 7-9).

⁹⁹ TARUFFO, *Il vertice ambiguo...*, 1991, p. 103.

¹⁰⁰ CAMBI, *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos...*, 2009, p. 155.

¹⁰¹ Sabidamente a Itália enfrenta, há muitos anos, problema similar com a sua Corte de Cassação. Para um exame dessa realidade, apontam-se as seguintes obras: TARUFFO, *Il vertice ambiguo...*, 1991; ASCHERI, Mario. Sul ‘problema cassazione’: un punto di vista ‘storico’. In: SCINTILLAE Iuris. Milano: Giuffrè, 1994. v. 1. Studi in memoria di Gino Gorla. p. 145-154; ROSELLI, Federico. Sull’affidamento del cittadino nella coerenza del legislatore e dei giudici. In: SCINTILLAE Iuris. Milano: Giuffrè, 1994. v. 1. Studi in memoria di Gino Gorla. p. 319-343; VISINTINI, Il dovere professionale..., 1994, p. 405-418; CHIARLONI, Sergio. Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 56, n. 1, p. 1-16, 2002. p. 1-16. Mesmo na *Common law*, considera-se que existem muitos precedentes, o que dificulta a sua adequada aplicação (JOLOWICZ, J. A. Too many precedents? In: SCINTILLAE Iuris. Milano: Giuffrè, 1994. v. 1. Studi in memoria di Gino Gorla. p. 281-289). Mas aí é um problema mais de quantidade do que propriamente de contrastes, embora um esteja vinculado ao outro, pois quanto mais precedentes houver, maiores serão as chances de ocorrer contrastes.

¹⁰² CHIARLONI, Ruolo della giurisprudenza..., 2002, p. 7.

¹⁰³ A aplicação dos precedentes é um fenômeno da hermenêutica jurídica, isto é, da concretização do direito, sendo mais amplo, portanto. Já o livre convencimento diz respeito à prova, ou seja, a valoração dos elementos probatórios, em um âmbito mais restrito.

jurídica, igualdade na aplicação do direito e boa-fé objetiva da prestação jurisdicional, tudo em prol da eficiência.

Não se busca, por conseguinte, eliminar utopicamente a ocorrência de contrastes jurisprudenciais, o que seria impossível e tampouco desejável sob o prisma do Direito¹⁰⁴, diante da quantidade e diversidade de órgãos jurisdicionais e da própria essência da interpretação do direito. Por isso, os contrastes são normais em qualquer ordenamento jurídico. São fruto, em última análise, do entendimento de que a interpretação do direito encaminha a sua atualização. Significa que a interpretação ocorre sempre em uma situação determinada, ou seja, “deve expor o enunciado semântico do *texto no contexto histórico presente* (não no contexto da redação do *texto*)”¹⁰⁵. Logo, os contrastes devem ocorrer até para que se tenha o desenvolvimento do direito, adequando-se às mudanças da realidade social. Mas é desejável que, após certo lapso de tempo e maturação das várias interpretações possíveis, chegue-se a uma posição estatal sobre o caminho a seguir.

Desse modo, o ponto a ser examinado não está na mutação de entendimento jurisprudencial. O problema realmente existe quando há variação, incoerência e contradição dos julgados. “Toda segurança jurídica desaparece onde os indivíduos ficam à mercê dos entendimentos pessoais: cada cabeça é uma sentença e a justiça um jogo lotérico”¹⁰⁶. Ora, ninguém consegue compreender esse fenômeno racionalmente. Hoje em dia se tornou normal o fato de o tribunal mudar de entendimento, voltar atrás e mudar novamente de orientação. Também é difícil explicar ao jurista, quanto menos às partes e à sociedade¹⁰⁷, o fato de coexistir, por exemplo, um número expressivo de entendimentos dissonantes acerca de uma

¹⁰⁴ Os contrastes jurisprudenciais não devem necessariamente ser eliminados, pois, não raro, ajudam a promover o amadurecimento da jurisprudência. O que se deve evitar são os chamados contrastes sincrônicos. Portanto, nesse aspecto, discorda-se da posição sustentada por Teresa Arruda Alvim Wambier: “*Em casos como estes, é nefasto para o sistema e para os jurisdicionados que haja decisões conflitantes*. Na verdade, não é desejável haver variação na jurisprudência nem num mesmo momento histórico (o que seria pior) e nem mesmo ao longo do tempo, quando a forma como a norma foi redigida não permite ao intérprete que leve em conta ‘variações’ da sociedade e dos costumes para incidir” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. reform. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 143).

¹⁰⁵ GRAU, *Ensaio e discurso...*, 2006, p. 120.

¹⁰⁶ TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. v. 1. p. 30.

¹⁰⁷ Miguel Reale ilustra bem essa dificuldade: “A jurisprudência é dessas realidades jurídicas que, de certa maneira, surpreendem o homem do povo. O vulgo não compreende nem pode admitir que os tribunais, num dia julguem de uma forma e, pouco depois ou até mesmo num só dia, cheguem a conclusões diversas, em virtude das opiniões divergentes dos magistrados que os compõem” (REALE, *Lições preliminares...*, 2002, p. 171).

mesma matéria, o que caracteriza os contrastes sincrônicos. Esses são exemplos potencialmente letais para o sistema jurídico¹⁰⁸.

Outrossim, não se podem ignorar os fatores determinantes da ocorrência de contrastes jurisprudenciais. Seria demasiada pretensão compreendê-los na sua plenitude, porque a realidade do primeiro grau de jurisdição, no país com a dimensão territorial do Brasil, é demais heterogênea. No escopo deste trabalho, interessa examinar tão somente os contrastes jurisprudenciais ocorrentes nos tribunais superiores, notadamente no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o que certamente não é tarefa fácil.

A primeira questão que se impõe é um grande volume de recursos recebidos todos os anos pelas cortes superiores, os quais são oriundos de todo o País. Sem mencionar números, é sabido que, diante de uma quantidade extraordinária de causas, tem-se uma natural dificuldade não apenas para atender o volume de trabalho como para decidi-las de maneira desejável. O resultado da inflação recursal é, por um lado, uma dificuldade para cumprir a precípua missão de uniformização jurisprudencial e, por outro, um número restrito de decisões relevantes que, no mais das vezes, acabam caindo no esquecimento ou dispersando-se frente ao volume de trabalho cotidiano. Ademais, não é preciso muito esforço para compreender que a uniformidade e a coerência das decisões são incompatíveis com um montante elevado de recursos, assim como a quantidade vem em detrimento da qualidade¹⁰⁹. Nessa perspectiva, é natural que os juízes sintam-se livres para alterar os precedentes, diferentemente do que ocorre em uma Corte que tem um número reduzido de processos para julgar¹¹⁰. A consequência disso tudo é evidente: a autoridade dos tribunais fica comprometida, restando frustradas as suas funções constitucionais precípuas.

¹⁰⁸ No mesmo sentido, manifesta-se Arruda Alvim: “... a lei não poderá ter sentidos diversos num mesmo momento histórico. Ademais, o problema ora considerado tem como pressuposto fundamental a *diversidade*, num mesmo instante, a qual diversidade reclama a volta à uniformidade. Já a *diversidade sucessiva*, isto é, a mudança do entendimento, *como um todo*, não compromete a *certeza do direito*. Isto porque, alterado totalmente o entendimento, i. e., se a totalidade do entendimento se alterou, *ipso facto*, sabe-se que o entendimento anterior não é mais representativo do sentido, conteúdo e alcance da lei”. Concluindo, destaca que “em rigor, é impossível impedir a diversidade sucessiva, pois isto importaria na paralisação do próprio evoluir do Direito. Desta forma, apesar da imodificabilidade da norma jurídica, o seu sentido muitas vezes se altera” (ARRUDA ALVIM, O recurso especial..., 1997, p. 33).

¹⁰⁹ MELONI, Maria. Il ruolo del precedente nella corte di cassazione. In: COCCO, Giovanni. *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*. Padova: CEDAM, 2005. p. 167; SORIANO, Leonor Moral. *El precedente judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2002. p. 181.

¹¹⁰ SHAHABUDEEN, Mohamed. *Precedent in the World Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 132.

A segunda questão se refere ao número de julgadores integrantes dos tribunais superiores¹¹¹. Sob esse aspecto, não se pode ter um número muito elevado de magistrados, o que corresponde à preocupação francesa quanto à “pluralité d’émetteurs”¹¹², sob pena de haver dificuldade de alcançar uniformidade de interpretação das questões essenciais à unidade do ordenamento jurídico¹¹³. Deve-se evitar, desse modo, a “macrocefalia” da estrutura do Poder Judiciário, por si só bastante avantajada¹¹⁴. Por outro lado, também não se pode ter um número demasiadamente reduzido, sob pena de não atender a demanda de recursos a serem julgados¹¹⁵. O ideal parece ser efetivamente a identificação de mecanismos de filtragem das demandas sujeitas ao exame dos tribunais superiores, para que possa alcançar um equilíbrio desejável para obter maior qualidade de suas decisões, que devem tornar-se “*leading cases*”. Além disso, é preciso buscar a máxima especialização na fixação da competência por matéria perante os tribunais superiores, para que julgadores não concorram na fixação da orientação predominante¹¹⁶, assim como a preservação de uma estrutura judiciária hierarquizada, na qual reste inequívoca a orientação a ser observada¹¹⁷.

¹¹¹ Há quem defenda o aumento do número de integrantes dos tribunais superiores, exceção feita exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal, como alternativa para a maior eficiência do serviço judicial. É o que sustenta, por exemplo, Cármen Lúcia Antunes Rocha (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 210, p. 129-146, out./dez. 1997. p. 145). No entanto, não parece ser essa a melhor solução.

¹¹² ZENATI, La notion de divergence..., 2003, p. 61.

¹¹³ Ilustrativamente, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, constituída em 1789 em face da Lei Judiciária (*Judiciary Act*) que estabeleceu uma organização judiciária federal, mantém, desde 1869, o número de 9 (nove) juízes (RODRIGUES, Lêda Boechat. *A côrte suprema e o direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 59).

¹¹⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as leis 11.417 e 11.418/2006 e a emenda regimental STF 21/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 85.

¹¹⁵ Parece haver consenso, tanto na doutrina brasileira como na estrangeira, que esses pontos são relevantes para manutenção da coerência e estabilidade do sistema jurídico. Ilustrativamente, Sidnei Agostinho Beneti ressalta: “Dois pontos são muito importantes para entendimento da consistência na interpretação das normas jurídicas e para a coerência da aplicação aos casos concretos, bem como para a eficiência operacional do sistema: (a) a predominância de reduzido número de magistrados nas Cortes Superiores, e (b) a obrigatoriedade de descarte de casos repetitivos, sem teses de importância ou relevantes do ponto de vista econômico e social. O tratamento desses pontos faz compreender a sobrevivência de sistema, cuja coerência e estabilidade correriam enorme risco de pulverizar-se em uma justiça de ocasião para cada caso, produzindo a aporia no controle social” (BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de precedentes e organização judiciária. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. p. 473-487. p. 475).

¹¹⁶ “Tribunais complexos, com várias turmas, câmaras ou grupos de câmaras igualmente competentes para a mesma matéria são, a exemplo do que ocorre em São Paulo, um dos elementos mais importantes na dispersão jurisprudencial no País e alimentação dos grandes números da justiça nacional – com o subproduto em nada desprezível da efetiva degradação qualitativa dos julgados” (BENETI, Doutrina de precedentes..., 2006, p. 485).

¹¹⁷ ZENATI, La notion de divergence..., 2003, p. 62-67.

Não se pode perder de vista que a questão em exame reflete, no fundo, um problema cultural, fruto, muitas vezes, de uma concepção individualista¹¹⁸ que traduz as atitudes, os hábitos, as orientações, os valores e as opiniões determinantes do ordenamento jurídico. É preciso indagar se os profissionais do Direito estão preparados para suportar a estabilidade jurisprudencial, ou se prevalecerá a tendência a recusá-la. Essas são questões que precisam ser enfrentadas.

Essa visão cultural, como se sabe, transfere-se ao Direito, dada sua relação estreita¹¹⁹, ou própria natureza cultural do Direito, herança da Escola Histórica¹²⁰. Como se sabe, o Direito é um fenômeno cultural; pertence à cultura do povo, sujeito aos fluxos e contrafluxos da vida social. A cultura, por ser mais ampla, é configurada como um sistema internamente articulado em subsistemas. O Direito é um desses subsistemas do sistema cultural¹²¹. Portanto, a ciência jurídica, na categoria das criações humanas, reflete toda uma cultura considerada como o conjunto de vivências de ordem espiritual e material (costumes religiosos, princípios étnicos, hábitos sociais e políticos, grau de evolução científica,

¹¹⁸ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, ao analisar os valores inerentes à uniformização da jurisprudência, questiona: “Como pode, p. ex., o funcionário público aceitar o indeferimento de uma vantagem por determinado órgão fracionário de tribunal, enquanto o seu colega de repartição, na mesma situação funcional, obteve-a por decisão judicial da mesma Corte? Vicissitudes dessa ordem deslegitimam a justiça perante a sociedade civil. Mesmo assim, não são raros entre nós os exemplos de resistência à eliminação dessas distorções, com persistência pessoal no entendimento divergente e afastando da decisão uniformizadora, frutos de uma cultura individualista” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 4. ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 104).

¹¹⁹ Tratar da cultura exige definirmos de que “cultura” estamos falando, porquanto se trata de palavra multívoca e polêmica. Miguel Reale apresenta, ao menos, duas dentre as múltiplas acepções do termo “cultura”. O primeiro sentido é o *subjetivo* ou *individual*, que está mais próximo do seu uso corrente, incorporado à linguagem comum. “Nessa acepção geral, a palavra cultura vincula-se a cada pessoa, indicando o acervo de conhecimentos e de convicções que consubstanciam as suas experiências e condicionam as suas atitudes, ou, mais amplamente, o seu comportamento humano com ser situado na sociedade e no mundo”. Essa acepção não deve ser confundida com erudição, equivalente ao acúmulo de informações e conhecimentos adquiridos por um indivíduo. Diferentemente, a noção de cultura pessoal “pressupõe, em cada um de nós, um longo e continuado processo de seleção ou de filtragem de conhecimentos e experiências, do qual resulta, por assim dizer, um complexo de idéias e de símbolos que passa a fazer parte integrante de nossa própria personalidade”. Em última análise, “é o que nos resta, quando se retiram os andaimes da erudição”. Além do conceito pessoal ou subjetivo de cultura, Miguel Reale apresenta outro *objetivo* ou *social* como “acervo de bens materiais e espirituais acumulados pela espécie humana através do tempo, mediante um processo intencional ou não de realização de valores”. Sinteticamente, Miguel Reale destaca: “no primeiro caso, a cultura assinala um processo de enriquecimento *subjetivo* e *pessoal* de valores; e, no segundo, um processo, *objetivo* e *transpessoal* de valores, consubstanciados em formas de vida, donde poder-se dizer que a cultura é o *sistema de intencionalidades* humanas historicamente tornadas objetivas através da história, ou, por outras palavras, a objetivação ou objetivização histórica das intencionalidades no processo existencial” (REALE, Miguel. *Paradigmas da cultura contemporânea*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 1-4).

¹²⁰ MENEZES CORDEIRO, António. Introdução. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. LXI.

¹²¹ FALZEA, Angelo. *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1999. v. 1. p. 189.

expressão do indivíduo em sociedade), que singularizam determinada época de uma sociedade. O próprio conteúdo dos princípios constitutivos do ordenamento jurídico depende do contexto cultural do qual fazem parte¹²². Na base dessa universalidade de bens espirituais e materiais que compõem a cultura da humanidade nas diversas épocas históricas, existem pressupostos axiológicos, razões de seu ser. Esses valores são determinantes, por conseguinte, do Direito como um todo¹²³, assim como da estrutura interna do processo civil, que é considerado um fenômeno cultural, sujeito à influência do meio exterior na sua configuração, como não poderia ser diferente¹²⁴.

Desse modo, sustenta-se que a racionalidade da tutela jurisdicional não depende de grandes mudanças de ordem institucional ou legal para ser implementada¹²⁵. Basicamente os mecanismos hoje existentes são suficientes para obtermos um melhor resultado na prestação jurisdicional, não obstante algumas reformas tenham sido implementadas, principalmente no âmbito dos recursos perante os tribunais superiores. A grande mudança é de ordem metodológica frente ao que o sistema pode oferecer-nos. Portanto, trata-se de um reconhecimento de que “o nosso desafio é muito mais cultural e de organização do que propriamente legal”¹²⁶. É ilusão imaginar que as reformas processuais como um todo resolverão, por si só, os problemas da Justiça. Historicamente, problemas de

¹²² ZAGREBELSKY, *Il diritto mite...*, 1992, p. 169.

¹²³ Eis a definição de valores jurídicos: “Os valores são postulados (autopressupostos) práticos que se fundamentam na autocompreensão que nós homens temos de nós mesmos, iluminados pela nossa experiência humana que vem da história e faz história – fundamentantes intenções normativas justificadas nos sentidos que, num certo tempo, desse modo levamos pressupostos e que são constitutivos da nossa humana comunicação, coexistência e realização. Competem, assim às *raisons du coeur*” (CASTANHEIRA NEVES, *Digesta*, 1995, p. 272). Pode-se dizer ainda que “o valor atua como categoria hermenêutica, ele só representa ingrediente da realidade observada quando esta é de caráter espiritual ou cultural *qua tale*” (REALE, *Paradigmas da cultura contemporânea*, 2005, p. 10). Quanto ao seu conteúdo, os valores constituem objetos ideais com validade própria, tendo vocação para serem realizados através da ação humana, restando superadas as concepções subjetivas que entendem os valores como algo que nos agrada ou como projeção de um desejo (RECASÉNS SICHES, Luis. *Vida humana, sociedad y derecho*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1945. p. 42-51). No âmbito jurídico, os valores exprimem diretivas acerca daquilo que o Direito deve perseguir (COTTA, Sergio. *La certezza del diritto: una questione da chiarire. Rivista di Diritto Civile*, Padova, v. 39, n. 1, p. 317-326, 1993. p. 319).

¹²⁴ Desse modo, costuma-se dizer que existe uma radical coerência entre os valores culturais de uma determinada sociedade e os instrumentos que os respectivos ordenamentos jurídicos elaboram para efetivá-los concretamente (LACERDA, Galeno. *Processo e Cultura*. Revista de Direito Processual Civil, São Paulo, v. 2, n.º 3, p. 74-86, jan./jun. 1961. p. 75; MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 11-13; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 23-47).

¹²⁵ Para reforçar a ideia, pode-se dizer que o fracasso em alcançar uma solução desacredita somente o cientista e não a teoria. A este caso, aplica-se o provérbio: “Quem culpa suas ferramentas é mau carpinteiro” (KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2009. p. 111).

¹²⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 103.

tamanha complexidade não podem ser resolvidos “por decretos” legislativos, por melhores que sejam as intenções. É preciso ir muito além, modificando-se as condições estruturais do sistema e implantando-se – o que é fundamental – uma nova cultura entre os operadores do Direito, sem olvidar os valores fundamentais do sistema¹²⁷. E aqui se espera também uma mudança de postura do Judiciário, que deveria ser o primeiro a demonstrar o respeito às suas decisões, o que, contraditoriamente, não se verifica na prática¹²⁸.

Portanto, almeja-se estabelecer critérios orientadores da aplicação dos precedentes, para que sejam ferramentas ao incremento da prestação jurisdicional, e não o contrário. Busca-se, em última análise, controlar os resultados proporcionados pela aplicação do direito, estabelecendo-se uma nova cultura, voltada para a solução dos casos concretos¹²⁹. Parte-se do reconhecimento de que somente será possível estabelecer limites ao poder de interpretação dos juízes se houver uma mudança de atitude¹³⁰.

¹²⁷ É a mudança racional de mentalidade preconizada por Cândido Rangel Dinamarco: “Ora, é preciso adequar o processo ao cumprimento de toda essa sua complexa missão, para que ele não seja fonte perene de decepções somadas a decepções (‘toda decepção é muito triste’), nem permite que com isso se desgaste a legitimidade do sistema. Desse labor, hão de participar o *processualista* e o *juiz* e de ambos se espera, para que possam chegar a bom termo, uma racional mas decidida *mudança de mentalidade*. É preciso implantar um novo ‘método de pensamento’, rompendo definitivamente com as velhas posturas introspectivas do sistema e abrindo os olhos para a realidade da vida que passa fora do processo” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 331-332).

¹²⁸ A efetividade da tutela jurisdicional depende, entre outros fatores, da mudança de mentalidade dos julgadores. Nesse sentido, Sálvio de Figueiredo Teixeira destaca: “Somente com juízes à altura da nobre e árdua missão de julgar se pode sonhar com o Judiciário que a democracia reclama: independente, responsável, dinâmico, bem planejado e estruturado, de mentalidade arejada e sensível às legítimas aspirações da sociedade a que deve servir com zelo, probidade e eficiência” (TEIXEIRA, A efetividade..., 1995, p. 95).

¹²⁹ Leandro Paulsen *et al.* fazem o devido registro: “Aliás, falta na cultura jurídica brasileira, a discussão dos precedentes. A prática da construção das normas no caso concreto, ou seja, da efetiva aplicação do direito, não é suficientemente discutida no que diz respeito aos seus fundamentos e correção” (PAULSEN, Leandro; ÁVILA, René Bergmann; SLIWKA, Ingrid Schroder. *Segurança jurídica, certeza do direito e tributação: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 81).

¹³⁰ WOOD, Gordon S. Comment. *In: SCALIA, Antonin. A matter of interpretation: federal courts and the law. An essay by Antonin Scalia with commentary by Amy Gutmann, editor et al.* Princeton: Princeton University Press, 1998. p. 49-63. p. 63.

2.3 Crise de segurança jurídica e igualdade na aplicação do direito

O propósito deste trabalho não é tratar dos problemas da Justiça. Os limites desta investigação não nos permitem uma análise dessa envergadura. Logo, não se pretende traçar aqui um diagnóstico amplo a respeito das vicissitudes do Poder Judiciário. Isso não significa que se desconhece que vivemos tempos de “crise”¹³¹ na prestação jurisdicional, por diversos fatores e por diferentes razões¹³². Desse contexto interessa, ao menos, tratar da crise de segurança jurídica e de igualdade na aplicação do direito, porque este é um problema que se agrava e que a doutrina, de um modo geral, ainda não percebeu integralmente os seus malefícios.

Ora, falar em “crise” não é novidade para o ser humano, que, desde o momento em que nasce, vive sucessivas crises, das mais diversas ordens. Simplesmente a “crise” faz parte da sua vida, e a História é representativa da sua existência. A “crise” também não é novidade para as sociedades pós-modernas, que, nos últimos tempos, também passaram pelas mais diversas perturbações, algumas delas mais profundas e graves do que já havia sido experimentado¹³³. Nos dias de hoje, experimentam-se crises sociais de diferentes naturezas, a ponto de a sociedade contemporânea e globalizada ser qualificada, ilustrativamente, como a

¹³¹ “A palavra *crise* advém do grego e tem sentido próprio em patologia; em sentido figurado significa geralmente estado de perturbação e de mau funcionamento do órgão ou da função” (BUZAID, Alfredo. A crise do Supremo Tribunal Federal. In: _____. *Estudos de direito*. São Paulo: Saraiva, 1972. v. 1. p. 144).

¹³² Sabe-se, para efeito de registro, que a administração da Justiça vive uma crise que tem tríplice dimensão: estrutural, funcional e individual. O grande vilão tem sido a morosidade processual. Ressalta-se que “as causas da morosidade da justiça são várias – anacronismo da organização judiciária, falta de recursos financeiros, deficiências da máquina judiciária, burocratização dos serviços, ausência de infra-estrutura adequada, baixo nível do ensino jurídico e aviltamento da remuneração dos servidores – e nenhuma delas isoladamente, explica o quadro atual de lentidão dos processos” (LOPES, João Batista. Efetividade do processo e reforma do Código de Processo Civil: como explicar o paradoxo processo moderno: justiça morosa? *Revista de Processo*, São Paulo, n. 105, p. 128-138, jan./mar. 2002. p. 128).

¹³³ O paradoxal é que as crises acentuam-se com as inovações científico-tecnológicas, principalmente em matéria de bem-estar social e segurança econômica: “A título de exemplo, quanto mais a engenharia nuclear, a engenharia econômica, a biotecnologia e a biogenética avançam, maiores são os riscos de terremotos financeiros, crises de liquidez, especulações, golpes e manipulações em bolsas de valores, pânico no sistema securitário, corridas no sistema bancário e choques estruturais nos mercados de capitais, levando à inadimplência generalizada de empresas e famílias e/ou reduzindo a pó tanto o pecúlio de pequenos e médios poupadores quanto o patrimônio dos grandes investidores; de desastres genéticos, catástrofes tecnológicas, acidentes ecológicos, mudanças climáticas e degradação ambiental irreversível, penalizando comunidades inteiras e condenando ou comprometendo a qualidade de vida de gerações futuras; e de ameaças potenciais à saúde humana, como chuvas ácidas, a doença da ‘vaca louca’, destruição da camada de ozônio e os tumores decorrentes da contaminação atmosférica provocada por poluição, emissão incontrolada de gases, substâncias tóxicas e incineração de resíduos industriais, radiações de urânio empobrecido e contaminação de reservas lacustres” (FARIA; KUNTZ, *Qual o futuro...*, 2002, p. 61).

“civilização do orgasmo”, sedenta por imediatismo nos resultados e carente de valores éticos¹³⁴. Da mesma forma, atravessa-se uma das crises econômicas mais sensíveis e que afetou, de uma forma ou de outra, toda a economia mundial, desde os países mais ricos, passando às nações emergentes, até se chegar aos países subdesenvolvidos. Ainda genericamente pode-se falar que, talvez, o grande desafio deste século que se inicia seja o enfrentamento da “crise” ambiental decorrente do aquecimento global.

Em última análise, as “crises” estão aí produzindo os seus efeitos e gerando intranquilidade. Esse é o aspecto negativo. No entanto, as “crises” revelam também um aspecto positivo porque são pré-condição necessária para a emergência de novas teorias, provocando o desenvolvimento científico¹³⁵. Nesse sentido, o grande desafio tem sido, ao longo da nossa História, como fazer para superá-las, principalmente as “crises” de ordem jurídica¹³⁶, nas quais não se consegue oferecer “soluções ou respostas técnica e funcionalmente eficazes”¹³⁷.

Nesse contexto, a pretenciosa contribuição almejada por este trabalho é encontrar mecanismos que permitam minimizar a crise de segurança jurídica e de igualdade na aplicação do direito, objetivando a racionalização, na medida do possível, do desenvolvimento da jurisprudência e da tutela jurisdicional. Em outras palavras, pretende-se diminuir o descompasso existente entre a atuação do Poder Judiciário e as necessidades

¹³⁴ A “civilização do orgasmo” pode-se dizer que “é caracterizada, de um lado, pela sofreguidão do gozo incontinenti de todos os prazeres que a vida pode proporcionar, tendo o sexo como centro referencial; e, de outro, pela carência de um ideal ético, tanto individual como coletivo, em virtude de ter-se perdido a consciência de que o significado maior da existência consiste na oportunidade de aperfeiçoamento espiritual que ela proporciona” (REALE, *Paradigmas da cultura contemporânea*, 2005, p. 138).

¹³⁵ Nesse aspecto, Thomas S. Kuhn destaca que os cientistas criadores, tal como os artistas, em determinadas ocasiões, precisam ser capazes de viver em um mundo desordenado, necessidade esta descrita como “a tensão essencial” implícita na pesquisa científica (KUHN, *A estrutura...*, 2009, p. 109).

¹³⁶ Castanheira Neves aponta que a crise de ordem jurídica “surge como o resultado de um esgotamento das possibilidades de um pensamento até então aceite e se traduz sempre num intolerável desequilíbrio entre os fundamentos que esse pensamento oferece e os problemas emergentes da experiência a que ele se refere e pretende dominar” (CASTANHEIRA NEVES, *Digesta*, 1995, p. 249).

¹³⁷ “A idéia de crise aparece quando as racionalidades parciais já não mais se articulam umas com as outras, gerando assim graves distorções ou disfunções estruturais para a consecução do equilíbrio social. Cada instituição aparece como independente em relação às demais, de modo que a *crise* representaria a sociedade como eivada de incoerências e invadida por contradições. Assim considerada, essa idéia de crise configura um conceito analítico que serve para opor uma ordem *ideal* a uma desordem *real*, na qual a ordem jurídica é contrariada por acontecimentos para os quais ela não consegue oferecer soluções ou respostas técnica e funcionalmente eficazes” (FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 41).

sociais, minimizando a crise de confiança que atravessa a prestação jurisdicional¹³⁸. De antemão é preciso ressaltar que não se objetiva aqui eliminar as incertezas. O que se busca é reduzi-las a um patamar aceitável, realidade muito distante daquela que vivemos. Para tanto, entende-se que a adequada aplicação da teoria dos precedentes pode contribuir significativamente.

Antes de mais nada, não se pense que o Judiciário é o único responsável por esse cenário. Na verdade, o próprio Direito está em crise, fruto de um “mundo de insegurança”¹³⁹. O Estado, de um modo geral, também tem a sua parcela de responsabilidade. Há diversos complicadores que conspiram contra os resultados auferidos nos processos judiciais. O Legislativo é responsável pelo expressivo número de leis e de alterações legislativas e constitucionais que são implementadas¹⁴⁰, motivadas muitas vezes não pela transformação social ou pela necessidade de constante adequação do Direito a novas realidades, o que seria plenamente legítimo. Muitas dessas alterações legislativas, cumpre ressaltar, são implementadas em nítida violação a direitos e garantias fundamentais, gerando

¹³⁸ Recentemente, a Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas lançou o chamado *ICJBrasil - Índice de Confiança na Justiça*, elaborado em parceria com o Ibre (Instituto Brasileiro de Economia). O *ICJBrasil* tem o objetivo de avaliar, trimestralmente, o grau de confiança da população no Judiciário em 7 capitais (São Paulo, Rio de Janeiro, Brasília, Porto Alegre, Belo Horizonte, Recife e Salvador). A criação do ICJ pretende colocar o Brasil em igualdade com outros países do mundo que consideram a confiança de suas populações no Judiciário um importante indicador do ambiente institucional, podendo-se tornar até mesmo um atrativo para investimentos locais e, conseqüentemente, contribuindo para o desenvolvimento regional. A pesquisa mostra que o índice de confiança na Justiça brasileira é de 65 pontos, numa escala de 0 a 100. O resultado do primeiro índice, divulgado em 1.º de setembro de 2009, aponta que o subíndice de comportamento alavancou o de percepção, ou seja, a população tende a confiar pouco na Justiça, mas, apesar disso, utiliza os serviços do Judiciário.

¹³⁹ Nesse sentido aponta Judith Martins-Costa: “Hoje vive-se, diversamente, no ‘mundo da insegurança’. Esta não reside apenas na circunstância da multiplicidade de textos legais que abalaram a estrutura codificada, mas, fundamentalmente, da impossibilidade de manter-se, no universo em que vivemos, a integridade lógica do sistema. Profundas fissuras fizeram ruir a tríplice ideologia que sustentava a relação sistema-código, vale dizer, a *ideologia da sociedade*, a *ideologia da unidade legislativa* e a *ideologia da interpretação*” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 276).

¹⁴⁰ É lugar-comum, nos mais diversos países, em qualquer época, que um dos principais obstáculos à segurança jurídica é a hipertrofia legislativa, conforme se infere nesta obra clássica: “*La seule tendance des assemblées à multiplier à l’infini le nombre des lois, est un inconvénient sans remède, si leus séparation immédiate et leur recomposition avec des elements nouveaux, ne les arrêtent dans leur marche impétueuse et irresistible. La multiplicité de lois flatte dans les législateurs deux penchants naturels, le boison d’agir et le plaisir de se croire nécessaire. On peut dire que la multiplicité des lois est la maladie des États représentatifs, parce que dans ces États tout se fait par les lois, tandis que l’absence des lois est la maladie des monarchies sans limites, parce que sans ces monarchies tout se fait par les hommes*” (CONSTANT, Benjamin. *Principes de politique*, 1815 (20) *apud* ROSELLI, Sull’affidamento..., 1994, p. 328). Esse discurso é enfatizado por Francesco Carnelutti, no seu clássico artigo sobre a certeza do direito (CARNELUTTI, Francesco. *La certezza del diritto*. In: LÓPEZ DE OÑATE, Flavio. *La certezza del diritto*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1968. p. 191-206. p. 194-195).

imensa massa de lides¹⁴¹. Além disso, as incertezas são potencializadas pelo número de normas jurídicas existentes, que em grande parte são expressas em linguagem prolixa, complexa e equívoca, criando sérias dificuldades para conhecer e aplicar o direito¹⁴². Desse modo, está cada vez mais distante o modelo de legislador simples, claro, racional e coerente¹⁴³. Ora, é natural que quanto mais normas existam, maiores são as possibilidades de antinomias e de contradições internas no ordenamento jurídico¹⁴⁴. Por seu turno, o Executivo atua em desacordo com os seus deveres constitucionais, abusa da sua prerrogativa de legislar provisoriamente (medidas provisórias) e resiste injustificadamente às orientações e decisões judiciais. O resultado é que “o maior alimentador dos acervos judiciários de casos pendentes é o próprio Estado (Estado, em seus mais diversos níveis federativos)”, o que levou Cândido Rangel Dinamarco a qualificá-lo como “Estado-inimigo”¹⁴⁵.

Nesse cenário, cada vez mais o Judiciário é provocado diante dos incessantes conflitos existentes, que se somam de forma assustadora, ainda mais quando há uma grande aceleração das mudanças econômicas e sociais, que se verificam na sociedade contemporânea, sem contar as sucessivas crises do próprio Estado¹⁴⁶. Na mesma proporção, cada vez mais se

¹⁴¹ Muitos dos problemas da estabilidade da aplicação do direito decorrem da desordenada produção legislativa, conforme destaca Sidnei Agostinho Beneti: “Aqui vêm os complicadores da estabilidade legislativa do País, entre os quais podem ser destacados: (a) provisoriedade legislativa, ante a demora legiferante definitiva (medidas provisórias, inclusive sobre matérias processuais, rescisória, juros e honorários em desapropriações; alterações em planos de saúde, matéria previdenciária, bancária, direito do consumidor); (b) número de alterações legislativas e constitucionais, ante a facilidade de efetivação destas últimas, gerando imensa massa de lides sazonais, vindas ao Judiciário como lides individuais e não como “macro-lides”, que realmente são; (c) geração legislativa de lides, diante de cada alteração, reabrindo casos já julgados, ante a compensadora recorribilidade (por exemplo, reabertura de discussão a respeito de precatórios parcelados); (d) sistema jurisdicional federativo e caráter nacional do direito, que tornam naturalmente mais longo o caminho à criação de precedente firme, se este repousa unicamente nas decisões dos tribunais superiores, tomadas individualmente nos numerosos casos que a eles acorrem; (e) ausência de disposições legais e de tradição de estabilidade jurídica” (BENETI, Doutrina de precedentes..., 2006, p. 482-483). No mesmo sentido destaca-se: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A função dos tribunais superiores. In: *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 293.

¹⁴² PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel, 1991. p. 45.

¹⁴³ TARUFFO, Michele. Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 55, n. 1, p. 11-31, 2001. p. 19.

¹⁴⁴ PICARDI, Nicola. La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 58, n. 1, p. 41-71, mar. 2004. p. 45.

¹⁴⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 25, n. 100, p. 166-192, out./dez. 2000. p. 168; DINAMARCO, *Instituições...*, 2009, v. 1, p. 298.

¹⁴⁶ Leonardo Greco destaca que esse cenário resultou na atual crise do sistema recursal brasileiro: “De 1973 em diante, a Justiça brasileira enfrentou o crescimento do número de demandas em índices absolutamente inusitados, e a exacerbação do automatismo recursal, gerando a saturação da capacidade de julgamento dos tribunais superiores. A principal causa desse fenômeno foram as sucessivas crises do próprio Estado: a 1ª e 2ª crises do petróleo em 1973 e 1979 com o desencadeamento da hiperinflação, seguidas dos diversos planos econômicos, todos caracterizados pela supressão ou vulneração de direitos dos cidadãos, tanto nas relações jurídicas privadas quanto nas dos particulares com o Poder Público” (GRECO, Leonardo. A falência do sistema de recursos. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 1, abr. 2003. p. 98).

espera do Judiciário as respostas adequadas aos conflitos a ele submetidos. Como não se admite o *non liquet* justificado pelas incertezas e confusões normativas, o juiz fica obrigado a encontrar uma *regula juris* para cada caso a decidir. Disso resulta inevitavelmente um processo judicial moroso, cujos efeitos maléficos atingem as partes em litígio e a sociedade, aumentando a descrença no Poder Judiciário.

Essa realidade decorre de vários fatores. Entre eles, a massificação constitui uma característica da sociedade contemporânea, que se singulariza pelos fenômenos da urbanização, da industrialização e da globalização¹⁴⁷, o que, na realidade brasileira, se intensificou com o processo de privatizações a partir do Governo de Fernando Henrique Cardoso¹⁴⁸. Por conseguinte, as sociedades avançadas são caracterizadas por uma organização econômica cuja produção, distribuição e consumo apresentam proporções de massa, realidade que ultrapassa o simples setor econômico, refletindo-se também nas relações, nos comportamentos, sentimentos e principalmente conflitos sociais¹⁴⁹. Esses fenômenos geram

¹⁴⁷ A globalização é, originariamente, um fenômeno econômico que tem como característica precípua a transnacionalização dos mercados de insumo, produção, capitais, finanças e consumo. Hodiernamente, globalização é um conceito plurívoco: “Desde a última década, esse conceito tem sido amplamente utilizado para expressar, traduzir e descrever um vasto e complexo conjunto de processos interligados. Entre os processos mais importantes destacam-se, por exemplo, a crescente autonomia adquirida pela economia em relação à política; a emergência de novas estruturas decisórias operando um tempo real e com alcance planetário; as alterações em andamento nas condições de competitividade das empresas, setores, regiões, países e continentes; a transformação do padrão de comércio internacional, deixando de ser basicamente inter-setorial e entre firmas e passando a ser eminentemente intra-setorial e intrafirmas; a ‘desnacionalização’ dos direitos, a desterritorialização das formas institucionais e a descentralização das formas políticas do capitalismo; a uniformização e a padronização das práticas comerciais no plano mundial, a desregulamentação dos mercados de capitais, a interconexão dos sistemas financeiro e securitário em escala global, a realocação geográfica dos investimentos especulativos; a unificação dos espaços de reprodução social, a proliferação dos movimentos imigratórios e as mudanças radicais ocorridas na divisão internacional de trabalho; e, por fim, o aparecimento de uma estrutura político-econômica multipolar incorporando novas fontes de cooperação e conflito tanto no movimento do capital quanto no desenvolvimento do sistema mundial” (FARIA, *O direito na economia...*, 2004, p. 59-60). Particularmente, a difusão da informática e das redes telemáticas favoreceu essa superação das fronteiras estatais, porque hoje as comunicações ocorrem com tanta rapidez que o tempo e o espaço são anulados. “Esse fenômeno – pelo qual cada ator econômico pode atuar em qualquer lugar como se ali estivesse presente – assumiu o nome de ‘globalização’ ” (LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 65).

¹⁴⁸ A propósito, Ruy Zoch Rodrigues destaca: “A industrialização e a urbanização do Brasil, como causas de massificações, que redundam em conflitos com consequências diretas no aumento de volume de demandas no Judiciário, são fenômenos relativamente próximos, iniciados faz sessenta anos, mais ou menos. Mas foi o processo de privatizações, que teve início no Governo Fernando Henrique Cardoso, transferindo ao capital privado alguns daqueles setores que só se justificam em esquema de economia de escala, e cuja exploração tem grande impacto social, que realmente intensificou o congestionamento da Justiça” (RODRIGUES, Ruy Zoch. *Ações repetitivas: casos de antecipação de tutela sem o requisito da urgência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 33).

¹⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Reimpressão de 1999. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993. p. 56-57; CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal do acesso à justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 74, p. 82-97, abr. /jun. 1994. p. 84.

desrespeito não apenas a minorias senão a maiorias necessitadas de proteção social em razão de interesses comuns, tais como saúde, consumo, meio ambiente etc.¹⁵⁰. Ademais, houve sensível incremento da democratização, tendo sido assegurados direitos que passaram a ser exigidos. Além disso, o aquecimento da economia e a expansão do crédito para enormes contingentes da população catalizaram a multiplicação dos conflitos. Para agravar o cenário, o Poder Público resiste em cumprir o determinado nas leis e na Constituição, além de gerar injustiça nas leis de direito material. Com isso, houve inevitavelmente um aumento significativo de demandas perante o Judiciário¹⁵¹.

Todas essas considerações não afastam, a bem da verdade, os problemas da prestação jurisdicional, os quais, muitos deles, não são enfrentados porque a cultura dominante não permite. Exige-se a efetividade da prestação jurisdicional, como incremento de meios eficazes de tutela, visando a resolver os conflitos. Todavia, o debate ainda não avançou para a falta de segurança jurídica proporcionada pela prestação jurisdicional na atualidade, sem mencionarmos a desigualdade proporcionada por decisões díspares. O resultado tem sido inevitável: cada vez mais, o Judiciário se tem afastado dos anseios sociais, o que definitivamente não é bom à sua credibilidade como também ao desenvolvimento econômico e social do País.

Por conseguinte, a grande questão, na atualidade, gravita na seguinte dimensão: encontrar meios adequados à prestação jurisdicional, para que, além de celeridade, adequação e efetividade, proporcione também segurança jurídica e igualdade na aplicação do direito, a começar pelas cortes de revisão/cassação¹⁵². Isso permitirá não apenas atender aos anseios das partes em conflitos, como os da sociedade em geral.

¹⁵⁰ XIOL RÍOS, Juan Antonio. *El precedente judicial y otros estudios sobre el proceso administrativo: técnicas de evitación del proceso contencioso-administrativo*. Madrid: Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2005. p. 79-87.

¹⁵¹ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, 2010, p. 114.

¹⁵² Sustenta Taruffo, a propósito, ao analisar a realidade italiana, que “a cassação tem, assim, pouco controle sobre a continuidade e uniformidade de sua própria jurisprudência, produzindo precedentes ambíguos, contraditórios e destinados a durar muito pouco” (TARUFFO, *Il vertice ambiguo...*, 1991, p. 114). É o que se poderia dizer, no mínimo, acerca do cenário brasileiro de contradições jurisprudenciais, inclusive perante os Tribunais Superiores, o que é “radicalmente perigoso” (KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 109).

2.4 Esforços empregados para a solução do problema

Nas últimas décadas, o tema da Justiça tornou-se uma preocupação da sociedade, tanto civil como jurídica, dada sua relevância. Estudos foram realizados, tendo-se escrito bastante a respeito, quer sob o enfoque de reformas estruturais, quer sob o enfoque de reformas processuais¹⁵³. De um modo geral, há uma compreensão assentada de que a adequada prestação jurisdicional é fator determinante da satisfação dos direitos das partes e do desenvolvimento econômico e social do País¹⁵⁴. Nessa perspectiva, o desenvolvimento é visto como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam¹⁵⁵. Por isso, a

¹⁵³ Mauro Cappelletti, ilustrativamente, é autor de célebre obra, na qual aponta os movimentos de reforma visando ao acesso à justiça. São as chamadas “ondas renovatórias” do Direito Processual para superar os obstáculos econômicos, organizacionais e processuais, que fazem inacessíveis a tanta gente as liberdades civis e políticas. O jurista italiano aponta, no primeiro momento, os obstáculos enfrentados pelos cidadãos para o acesso à justiça: a) *obstáculo econômico*: a pobreza pode impedir o acesso à prestação jurisdicional, tornando aparentes os direitos; b) *obstáculo organizacional*: as instituições devem estar adequadamente estruturadas para defesa de novos direitos, especialmente dos chamados direitos coletivos e difusos; c) *obstáculo processual*: os procedimentos devem ser adequados à tutela desses novos direitos. Para superar esses obstáculos, foram promovidas certas reformas processuais, que, reunidas em torno de um fim comum, podem ser identificadas como “ondas”: 1.^a *onda - acesso à justiça aos pobres*: foram realizadas reformas para viabilizar o acesso ao Judiciário àqueles que não têm condições de suportar as custas e os honorários advocatícios. Exemplos: instituição da Defensoria Pública e concessão do benefício da assistência judiciária gratuita; 2.^a *onda - acesso à justiça para defesa de interesses difusos e coletivos*: foram concebidas instituições capazes de promover a defesa desses interesses; e 3.^a *onda - acesso à justiça mediante reformas processuais*: foram concebidos meios alternativos de solução de conflitos (mediação, arbitragem etc.) e constituídas formas diferenciadas de tutela, na medida em que o procedimento ordinário mostrava-se inadequado às características e exigências das novas situações jurídicas (CAPPELLETTI, *Dimensioni...*, 1994, p. 71-102; CAPPELLETTI, *Os métodos alternativos...*, 1994, p. 82-97).

¹⁵⁴ É o que aponta José Eduardo Faria: “Justificada com base na premissa de que países com sistemas jurídicos e instituições judiciais eficazes tendem a crescer três vezes mais do que os países com um ordenamento legal e tribunais precários, no começo dos anos 90 essa reforma foi encarada pelo Banco Mundial como condição para a consecução de padrões mínimos de gestão racional e criação de um ambiente propício às inversões do setor privado, no sentido de que os tribunais deveriam ser modernizados para não travar a implementação da primeira geração de reformas (combate à inflação, rigor fiscal, estabilização monetária, desregulamentação da economia, liberalização das contas de capital, abertura comercial, remoção de barreiras protecionistas, reforma do Estado, revogação de monopólios públicos, privatização de serviços essenciais e flexibilização da legislação trabalhista). Mais tarde, já no final dessa mesma década, a reforma judicial passa a ser vista como instrumento de afirmação das “regras do jogo”, enfatizando a previsibilidade e a credibilidade institucionais, a executoriedade dos contratos, o respeito às garantias reais, a agilidade na cobrança das dívidas, o reconhecimento dos direitos de propriedade material e imaterial, etc. Dito de outro modo, se no início dos anos 90 o Banco Mundial estava empenhado em fazer com que os diferentes setores e instâncias do Judiciário não comprometessem a *good governance* e pressionassem o assim chamado *custo-país*, no final da década a preocupação é com a construção de uma ordem legal clara, precisa e confiável. E com a conversão das instituições judiciais em cortes eminentemente técnicas, altamente profissionalizadas, desprovidas de preocupações com justiça ‘distributiva’ ou ‘compensatória’ – portanto, capazes de tomar decisões coerentes, previsíveis e não retroativas, de neutralizar a discricionariedade dos governantes, de afastar situações de ‘risco regulatório’ e de assegurar maior fluidez aos negócios” (FARIA; KUNTZ, *Qual o futuro...*, 2002, p. 99-100).

¹⁵⁵ Amartya Sen considera que a expansão da liberdade é considerada o *fim primordial* e o *principal meio* de desenvolvimento, o que chama, respectivamente, o “papel constitutivo” e o “papel instrumental” da liberdade no desenvolvimento: “O papel constitutivo relaciona-se à importância da liberdade substantiva no enriquecimento da vida humana. As liberdades substantivas incluem capacidades elementares como por

Justiça é importante bastante para que sejam buscadas medidas que visem à melhoria dos seus serviços prestados.

Conforme restou examinado, entre os seus principais problemas, a Justiça padece de um número expressivo de processos judiciais¹⁵⁶, cuja solução de conflitos acaba sendo inevitavelmente morosa. De um modo geral, a sociedade entende que o principal defeito do Judiciário brasileiro é a morosidade¹⁵⁷. Da mesma forma, também em decorrência do primeiro problema apontado, a Justiça sofre de um número significativo de contrastes diacrônicos e sincrônicos, o que afeta a segurança jurídica, a igualdade na aplicação do direito e até a boa-fé objetiva que se espera do Poder Público. O resultado desse cenário tem sido uma insatisfação quanto aos resultados obtidos no processo judicial, o que frustra a pacificação social pretendida¹⁵⁸.

Examinados os valores principais quanto à estrutura e organização do processo, tem-se verificado que, cada vez mais, está sendo dada maior prevalência ao valor da efetividade sobre o da segurança, principalmente porque houve aumento significativo dos litígios em face da massificação da sociedade, tornando-se imperativa uma solução mais rápida do processo¹⁵⁹. Também há uma preocupação em limitar o número de recursos, ou, ao menos, restringir a sua admissibilidade, principalmente perante os tribunais superiores. Isso se

exemplo ter condições de evitar privações como a fome, a subnutrição, a morbidez evitável e a morte prematura, bem como as liberdades associadas a saber ler e fazer cálculos aritméticos, ter participação política e liberdade de expressão etc. Nessa perspectiva, o desenvolvimento envolve a expansão das liberdades humanas...” [...] “O papel instrumental da liberdade concerne ao modo como diferentes tipos de direitos, oportunidades e intitamentos (*entitlements*) contribuem para a expansão da liberdade humana em geral e, assim, para a promoção do desenvolvimento. Não se trata aqui meramente da óbvia inferência de que a expansão de cada tipo de liberdade tem de contribuir para o desenvolvimento, uma vez que ele próprio pode ser visto como um processo de crescimento da liberdade humana em geral. Há muito mais na relação instrumental do que esse encadeamento constitutivo. A eficácia da liberdade como instrumento reside no fato de que diferentes tipos de liberdade apresentam inter-relação entre si, e um tipo de liberdade pode contribuir imensamente para promover liberdades de outros tipos. Portanto, os dois papéis estão ligados por relações empíricas, que associam um tipo de liberdade a outros” (SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 52-54).

¹⁵⁶ O Relatório Anual 2008 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, divulgado na abertura do ano judiciário em 9 de fevereiro de 2009, ressalta: “O número de processos ajuizados no Judiciário Estadual cresceu quase 150% nos últimos 10 anos. Em 1999 foram distribuídos 1.090.455 processos, enquanto em 2008 foram 2.716.967. Os julgados foram, respectivamente, 938.836 e 2.424.278. No total, há 3,29 milhões de ações em andamento na Justiça do Estado, superando em mais de 40 mil as registradas em 2008, que eram 2,85 milhões” (Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 15 fev. 2009).

¹⁵⁷ PINHEIRO, *Judiciário...*, 2000, p. 103.

¹⁵⁸ José Roberto dos Santos Bedaque é enfático: “Sejamos sinceros. O processo não vem cumprindo sua função. O instrumento estatal de solução de controvérsias tem sido muito mais fonte de conflitos que meio pelo qual se obtém pacificação social” (BEDAQUE, *Efetividade do processo...*, 2007, p. 75).

¹⁵⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 137, p. 7-31, jul. 2006. p 16.

faz sentir principalmente nas reformas processuais que têm sido implementadas, inclusive com a adoção do princípio da “duração razoável” do processo¹⁶⁰ ou da exigência da repercussão geral à admissibilidade do recurso extraordinário¹⁶¹. Uma visão panorâmica da EC n.º 45/2004 permite concluir que, em decorrência da busca pela efetividade, a atenção do legislador se concentrou no tempo de tramitação dos processos, visto como excessivo¹⁶².

Com efeito, o ideal da celeridade processual tem levado o legislador a inovar, tanto por meio de alterações nas leis processuais, como pela criação de outros remédios processuais disciplinados em leis extravagantes. Há algum tempo vive-se um período da “rapidez acima de tudo” ou do “quanto mais depressa, melhor”¹⁶³. Essa realidade, a bem da verdade, não é exclusivamente brasileira, sendo verificada também no Direito comparado¹⁶⁴. A preocupação tem sido, ao fim e ao cabo, debelar a morosidade da Justiça, a fim de prestigiar o valor fundamental da efetividade do processo como instrumento de realização da justiça nos casos concretos¹⁶⁵.

Essa tem sido a tônica desde a última década do século XX, constatando-se duas frentes de renovação do direito positivo: “1) uma voltada para a criação, ao lado do CPC, de ações especiais para tutelar os interesses difusos e os direitos coletivos (ação civil pública, mandado de segurança coletivo, ações coletivas de defesa do consumidor etc.); 2) outra

¹⁶⁰ A Emenda Constitucional n.º 45, de 08.12.2004, que tratou da Reforma do Judiciário, inseriu no catálogo dos direitos fundamentais a seguinte norma (art. 5.º, LXXVIII): “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Em termos pragmáticos, contudo, é impossível fixar “a priori” uma regra específica, determinante do que representaria prazo razoável para os mais diversos tipos de controvérsia. Trata-se, pois, de um conceito indeterminado, que deve ser dotado de um conteúdo concreto em cada caso, atendendo-se a certos critérios objetivos congruentes. Para auxiliar o exame da observância do preceito da duração razoável do processo, a jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos do Homem desenvolveu alguns critérios para ser apreciado o tempo de duração de um determinado processo: a) a complexidade da causa; b) o comportamento dos litigantes e de seus procuradores; e c) a atuação do órgão jurisdicional (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 67). Destaca-se que, no Direito Eleitoral brasileiro, há regra inovadora impondo a duração máxima de 1 (um) ano, em todas as instâncias da Justiça Eleitoral, ao processo que possa resultar na perda de mandato eletivo, nos termos do art. 97-A da Lei n.º 9.504/07, introduzido pela Lei n.º 12.034/09. Não se tem conhecimento de outra regra similar.

¹⁶¹ O exame do tema será desenvolvido no ponto 6.4.

¹⁶² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Emenda Constitucional 45/2004 e o processo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 130, p. 235-248, dez. 2005. p. 243.

¹⁶³ BARBOSA MOREIRA, O futuro da justiça..., 2000, p. 37.

¹⁶⁴ Em clássica obra, Nicolò Trocker, em 1974, destacava que a efetividade já era uma aspiração do processo civil italiano e alemão (TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 687-693, 712-715).

¹⁶⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. In: _____. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 27-42; TEIXEIRA, A efetividade..., 1995, p. 89).

endereçada ao aprimoramento do Código de Processo Civil”¹⁶⁶, evitando-se as demoras desnecessárias¹⁶⁷. Resta examinar se essas inovações legislativas contribuirão, de um modo geral, para resolver a crise de efetividade ou a propagada morosidade da Justiça¹⁶⁸, ou se o texto será mais um “fator de desprestígio do Estado brasileiro e, nele, do Poder Judiciário”¹⁶⁹.

Registre-se que, na busca pela efetividade dos direitos, foram também implementadas técnicas para evitar a própria instauração do processo judicial. São os chamados métodos alternativos de solução de litígios individuais ou coletivos e concomitantemente hábeis a produzir os efeitos mais céleres¹⁷⁰. Trata-se de práticas que, por

¹⁶⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 125, p. 61-78, jul. 2005. p. 67. Quanto ao texto do CPC brasileiro vigente, as reformas visaram a simplificar os seus procedimentos, para torná-los mais céleres na solução dos litígios, e dotar o processo de maior efetividade na realização da tutela jurisdicional. Dignas de registro são as seguintes inovações: a) generalização das medidas de antecipação de tutela (arts. 273 e 461); b) adoção da citação postal (art. 222); c) criação da ação monitória (arts. 1.102-a e ss.); d) adoção da audiência preliminar para conciliação e saneamento do processo (art. 331); e) ampliação dos títulos executivos extrajudiciais (art. 585, I e II); f) possibilidade de o tribunal julgar desde logo a lide, nos casos de extinção do processo sem resolução de mérito, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento (par. 3.º, art. 515); g) possibilidade de proferir sentença de total improcedência, quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida em outros casos idênticos, dispensando-se a citação (art. 285-A); h) implantação do novo regime do cumprimento da sentença (Lei 11.232/2005); e i) lei de reforma do regime das execuções de títulos extrajudiciais (Lei 11.382/2006); j) instituição da repercussão geral da questão constitucional como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário (Lei 11.418/2006); k) informatização do processo judicial (Lei 11.419/2006); l) procedimento para processamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (Lei 11.672/2008) (ROSITO, Francisco. O princípio da duração razoável do processo sob a perspectiva axiológica. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 161, p. 21-38, jul. 2008. p. 24-25).

¹⁶⁷ As demoras, no processo civil, dividem-se entre as “necessárias”, próprias de um procedimento moldado pelo princípio do devido processo legal, e as “desnecessárias”, provocadas por fatores endógenos, ou seja, por fatores internos da estrutura dos processos (RODRIGUES, *Ações repetitivas...*, 2010, p. 107).

¹⁶⁸ Os resultados das diversas alterações da lei processual, quanto à obtenção de maior efetividade, são no mínimo duvidosos, até porque não se têm estatísticas confiáveis para avaliar as transformações legislativas e os seus respectivos resultados, conforme vem advertindo historicamente José Carlos Barbosa Moreira (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reformas processuais. In: _____. *Temas de direito processual*: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 1-6). Invariavelmente, nossos levantamentos limitam-se a apontar o volume de processos e a quantidade atribuída a cada juiz, ou a relação juiz/população, sem informar a quantidade de teses repetidas.

¹⁶⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. A reforma do judiciário e a promessa de “duração razoável do processo”. *Revista do Advogado da AASP*, São Paulo, n. 75, p. 28-33, abr. 2004. p. 33.

¹⁷⁰ CAPPELLETTI, Os métodos alternativos..., 1994, *passim*. Com efeito, os métodos alternativos de solução dos conflitos – *Alternative Dispute Resolution*, na locação inglesa – são compreendidos mais satisfatoriamente quando situados no movimento universal de acesso à justiça, à medida que aparecem como novos caminhos a serem percorridos facultativamente pelos jurisdicionados que necessitam resolver seus litígios de forma diferenciada dos moldes tradicionais da prestação de tutela oferecida pelo Estado-juiz. Dentre essas formas ou métodos alternativos insere-se a arbitragem, cuja importância não está apenas em desafogar o Judiciário ou oferecer mecanismos mais céleres e econômicos de solução de controvérsias. A importância preponderante da arbitragem reside em ser mais uma forma alternativa colocada à disposição dos jurisdicionados para buscarem a solução de seus conflitos de maneira qualificada e satisfatória. Não se objetiva simplesmente a substituição da jurisdição estatal; busca-se, sim, encontrar uma justiça mais apropriada para a solução de determinados conflitos, seja pela vontade das partes, seja pela especialidade da matéria controversa, o que não raro exige um ambiente de cooperação entre os juízos arbitral e estatal.

razões culturais, lenta e paulatinamente, conquistam espaço na realidade brasileira, mas que, no Direito comparado, já estão devidamente consolidadas¹⁷¹.

Portanto, o ideal da efetividade resultou em extensas reformas das leis processuais para resolver a chamada “crise da Justiça”, na expectativa de que “a causa provável da lentidão reside na obsolescência das leis processuais, concebidas sob a égide do individualismo, antiquadas e imprestáveis para veicular o processo na sociedade contemporânea de massas. Daí a relação que se estabelece, para o bem ou para o mal, entre a duração razoável do processo e mudanças nas respectivas leis”¹⁷².

Nota-se, assim, “que a onda das reformas processuais, analisada sob o perfil axiológico, revela nítida preocupação com a efetividade. No entanto, é preciso ponderar que não menos importante é a segurança jurídica, sob pena de restarem violadas garantias fundamentais das partes, como o contraditório, a ampla defesa, a paridade de armas, a devida fundamentação das decisões judiciais etc.”¹⁷³. Por essa razão, a doutrina reforça a necessidade de “voltar os olhos para a *segurança jurídica*, antes de advogar qualquer reforma legislativa, e antes de agredir, às vezes, desnecessariamente, e, outras vezes, de maneira desastrosa, o direito positivo e o sistema que o preside”¹⁷⁴. Em outras palavras, busca-se alcançar o equilíbrio entre os valores em questão, pois, se ao tempo do Código Buzaid a maior

¹⁷¹ “Atualmente, segundo a imprensa especializada na área econômica, a resolução de mais de 80% dos conflitos mercantis internacionais já estaria sendo feita por mediação e arbitragem privadas, sobretudo no âmbito da Europa Ocidental e América do Norte. Nos Estados Unidos, por exemplo, a American Arbitration Association, que é uma entidade privada, conta com mais de 57 mil árbitros inscritos e distribuídos em 35 filiais no país” (MODERNIZAÇÃO dos sistemas jurídicos. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 12 mar. 1996 *apud* FARIA, *O direito na economia...*, 2004, p. 36).

¹⁷² ASSIS, Araken de. Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil. *In*: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. p. 195-204. p. 196.

¹⁷³ ROSITO, O princípio da duração..., 2008, p. 25-26.

¹⁷⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. As reformas do direito processual civil e o princípio constitucional da segurança jurídica. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 235-268. p. 241. Como exemplo, Humberto Theodoro Jr. invoca a Lei n.º 11.280/2006, que, a pretexto de economia e celeridade processual, introduziu no CPC alteração no § 5.º do art. 219, para impor ao juiz a decretação *ex officio* da prescrição. A crítica decorre da circunstância de a prescrição ser instituto de direito material e não processual, o qual, segundo o Código Civil, constitui exceção de direito substancial. Nessa categoria, sua aplicação configura uma simples faculdade do devedor, a quem se confere amplo poder de dispor, podendo, a qualquer tempo, renunciá-la, expressa e até mesmo tacitamente (Código Civil, art. 191).

preocupação repousava na segurança jurídica¹⁷⁵, nos dias de hoje a atenção volta-se à efetividade, de acordo com o exame a ser realizado¹⁷⁶.

Entre as alternativas possíveis, os precedentes judiciais configuram técnica que pode contribuir de diversas formas. Podem evitar a instauração do processo ou estimular a realização de acordos, na medida em que as partes podem racionalizar as vantagens e desvantagens da litigiosidade¹⁷⁷. Igualmente, os precedentes favorecem o desenvolvimento racional da jurisprudência, permitindo o aprimoramento ordenado da aplicação do direito, contribuindo para obter uma prestação jurisdicional estável, confiável e previsível, expressões maiores da segurança jurídica.

Como se sabe, o ordenamento jurídico brasileiro não contemplou abertamente a figura do precedente judicial. Tampouco há um movimento benévolo à sua utilização, embora as últimas reformas processuais apontem um incremento da sua aplicação. Isso porque o acesso à jurisdição prestada pelos tribunais superiores vem sendo limitado progressivamente, mediante diversos óbices – regimentais, sumulares, jurisprudenciais e constitucionais. Nesse contexto, o precedente judicial assume um importante papel em prol dos interesses da nomofilaquia, cujos resultados benéficos podem ser explorados e maximizados em prol da qualidade da prestação jurisdicional.

Conquanto não exista disciplina própria, parece ser consenso o entendimento de que os precedentes devam ser seguidos em casos similares, ainda que não exista uma regra específica que exija a sua observância nos países de *Civil law*. A práxis revela que a aplicação dos precedentes judiciais, na tradição romano-germânica, ocorre de maneira espontânea ou inconsciente, com mais ou menos rigor, como expressão de determinados princípios gerais de direito¹⁷⁸.

Acredita-se, no entanto, que a maximização da força do precedente apresente-se como técnica importante a fim de reduzir os antagonismos jurisprudenciais e, por consequência, a insegurança jurídica. Não se trata de simples ferramenta para desafogo dos

¹⁷⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Processo civil brasileiro e codificação. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 179, p. 261-271, jan. 2010. p. 263.

¹⁷⁶ Vide ponto 4.5.

¹⁷⁷ MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, 2010, p. 182-183.

¹⁷⁸ SASTRE, *El precedente...*, 2008, p. 108-109.

processos. É algo que vai muito além. Há necessidade de desenvolvimento de uma “cultura do precedente”, a fim de estabelecer uma metodologia própria e adequada, a partir dos ensinamentos da teoria do *stare decisis*, mas com os olhos voltados à realidade brasileira, de sistema romano-germânico.

2.5 Antagonismo entre a teoria e a prática

Se a ciência do Direito é eminentemente pragmática, como poucas outras ciências o são, o seu estudo não pode contentar-se com os dogmas da teoria, no plano das abstrações jurídicas. O Direito “não é uma ciência cuja função predominante seja a cognoscitiva, como a biologia ou a botânica. Nestas ciências, se cuida de *conhecer* a coisa (= seu objeto) tal como ela é. O Direito é uma ciência cujas proposições são primordialmente *funcionais*”¹⁷⁹. Não se pretende, com isso, diminuir a importância da dogmática¹⁸⁰, que permanece sendo ponto de partida para teorizar e generalizar¹⁸¹. Ao apresentar um sentido

¹⁷⁹ WAMBIER, *Recurso especial...*, 2008, p. 50.

¹⁸⁰ Robert Alexy apresenta a seguinte definição: “uma dogmática do Direito é (1) uma série de enunciados que (2) se referem à legislação e à aplicação do Direito, mas que não se podem identificar com sua descrição, (3) estão entre si numa relação de coerência mútua, (4) formam-se e discutem dentro de uma Ciência do Direito que funciona institucionalmente e (5) têm conteúdo normativo”. Explicitando cada um dos elementos da definição, Alexy ressalta que a dogmática jurídica não é composta de atividades senão de enunciados. Estes enunciados estão apoiados na legislação e jurisprudência, com as quais, entretanto, não se confundem. Os enunciados formam ainda um todo coerente, que funciona institucionalmente, facilitando o debate sobre questões problemáticas. Por fim, a dogmática tem conteúdo normativo, pois os seus enunciados podem ser expostos como argumentos para a decisão de questões que não se poderiam resolver unicamente com argumentos empíricos (ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira, Claudia Toledo. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005. p. 244-249). Complementando, José Eduardo Faria aponta: “A dogmática jurídica é o resultado da convergência entre (a) a consolidação de um conceito moderno de ciência, voltado não tanto ao problema da verdade ou falsidade das conclusões do raciocínio científico, mas ao seu caráter sistemático e lógico-funcional; (b) a identificação entre os conceitos de direito e lei positiva, num primeiro momento, e entre direitos e sistema conceitual de ciência, num segundo momento; (c) a separação entre a teoria e a práxis e a conseqüente afirmação de um modelo de saber jurídico como atividade prioritariamente teórica, avaliativa e descritiva; (d) a ênfase à segurança jurídica como sinônimo de certeza de uma razão abstrata geral, resultante de um Estado soberano, com a subseqüente transposição da problemática científica aos temas da coerência e completude da lei em si mesma” (FARIA, *O direito na economia...*, 2004, p. 43).

¹⁸¹ O sistema jurídico opera por meio da dogmática, que cumpre várias funções, resumidas por Misabel Derzi: “(a) ela simplifica a compreensão das normas e expectativas, que integram o sistema jurídico; (b) ela controla a consistência das decisões judiciais; (c) ela organiza a liberdade da decisão, ou seja, ela delimita o campo, o espaço possível, dentro do qual se dará o encontro da decisão na solução de conflitos; (d) ao estabelecer as relações entre as decisões similares, que se aplicam a uma série de casos similares, dentre da casuística, a Dogmática se presta a estabilizar as previsões ou expectativas normativas de conduta para o futuro; (e) finalmente, a Dogmática viabiliza e consolida – por meio de conceitualização, mais ou menos abstrata, mais

comum teórico, a dogmática ajuda a identificar as questões de fundo de um tema, resumir seus aspectos e estruturar suas implicações e os seus princípios envolvidos. Além disso, reconhece-se que a dogmática jurídica pode indagar, criar e construir, como constituinte do saber jurídico instrumental e auxiliar da solução de conflitos, individuais e coletivos¹⁸². Somente assim firmam-se conceitos, com rigor analítico, para que as discussões se desenvolvam à luz de ideias e princípios adequados, atingindo-se o estágio de “ciência madura”, na acepção de Thomas S. Kuhn¹⁸³.

Em última análise, essa renovada dogmática procura oferecer aos operadores uma linguagem científica comum¹⁸⁴, dando ênfase, na atualidade, às funções de técnica e controle, na medida do possível¹⁸⁵, fornecendo o substrato tecnológico necessário para que os conflitos sejam decididos com um mínimo de perturbação, com vistas ao futuro¹⁸⁶. O foco deixa de ser centrado na apresentação de conceitos e definições, próprios de um estudo orientado pela metafísica, passando a questionamentos estritamente linguísticos, pois “compreender uma língua significa dominar uma técnica”¹⁸⁷, a fim de alcançar um rigor

ou menos genérica – as diferenças entre as normas postas pelo Poder Legislativo, e as normas individuais – postas pelo Poder Judiciário” (DERZI, *Modificações...*, 2009, p. 183).

¹⁸² STRECK, *Hermenêutica jurídica...*, 2009, p. 26.

¹⁸³ KUHN, *A estrutura...*, 2009, p. 44.

¹⁸⁴ Carlos Aberto Alvaro de Oliveira ressalta: “É claro que teorizar é tão importante quanto extrair conseqüências práticas. O que se deve rejeitar são os extremos: o direito dos rábulas e dos práticos, que se orientam pelas necessidades do momento; ou o direito dos doutores, que não querem enxergar o mundo real e suas mazelas, encerrados nos preconceitos dos gabinetes climatizados. Saudável é, sim, pensar dialeticamente a relação entre direito, fato e valor, entre teoria e prática” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 2).

¹⁸⁵ Não se ignora que o ideal da exatidão é mito filosófico (STRECK, *Hermenêutica jurídica...*, 2009, p. 170).

¹⁸⁶ Alexy aponta ao menos seis funções à dogmática jurídica: (1) *estabilização*: cumpre-se essa função na medida em que, com a ajuda de enunciados dogmáticos, fixam-se e fazem-se, portanto, reproduzíveis determinadas soluções a questões práticas ao longo do tempo; (2) *progresso*: a institucionalização da dogmática, isto é, ampliação da discussão jurídica na dimensão temporal, objetiva e pessoal, torna possível oferecer comprovações e diferenciar enunciados dogmáticos numa medida consideravelmente maior do que seria possível em discussões que se desenvolvem de forma pontual; (3) *descarga* (de trabalho): a possibilidade de adotar, nas fundamentações dogmáticas, enunciados já comprovados e aceitos, pelo menos de maneira provisória, supõe uma descarga na medida em que, sem uma razão especial, não é necessária uma nova comprovação; pode-se renunciar à discussão de novo em cada caso de cada questão de valoração; (4) *técnica*: a dogmática desenvolve uma função de informação, promove o ensino e a aprendizagem da matéria jurídica e, com isso, sua capacidade de transmissão; (5) *controle*: a dogmática permite decidir casos não de maneira isolada, mas relacionados com uma série de casos já decididos e ainda por decidir; aumenta, por isso, o grau de eficácia do princípio da universalidade e serve, nesta medida, à justiça; e (6) *heurística*: a dogmática contém uma série de modelos de solução, distinções e pontos de vista que não apareceriam se se tivesse de começar sempre novamente (ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica...*, 2005, p. 258-262).

¹⁸⁷ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. Marcos G. Montagnoli. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 113.

discursivo¹⁸⁸, com total aderência aos valores jurídicos do tempo presente¹⁸⁹. Portanto, no âmbito dessa investigação, há uma nítida preocupação com o caráter científico voltado ao enfoque pragmático, no contexto cultural da atualidade, especificamente quanto ao exame dos precedentes judiciais, para que seja possível exercer o controle de consistência das decisões e do desenvolvimento da atividade jurisdicional¹⁹⁰.

Disso decorre a exigência de que a teoria deve transladar-se à prática, ou, o que alguns chamam, da passagem da *law in the books* à *law in action*, aproximando-se a teoria e os fatos¹⁹¹. Conforme destaca Plauto Faraco de Azevedo, “é necessário estudar o Direito e sua aplicação a partir das questões sociais concretas a que se refere, evitando o trato das questões independentemente do quadro histórico a que pertencem. Por esta forma, evitam-se as soluções formais, características do exercício da ciência pela ciência, reveladoras de olímpico desprezo pelas contingências humanas”¹⁹². Há, em suma, preocupação com o problema da interação do Direito com a sociedade¹⁹³.

Entretanto, a nossa doutrina, influenciada pela Europa continental, é tradicionalmente pouco versada em ater-se à prática dos tribunais. O Direito é considerado um produto exclusivamente acadêmico, ostentando uma tendência à análise sistemática e à racionalidade, não tendo preocupação com a prática jurisdicional¹⁹⁴. O método de raciocínio

¹⁸⁸ Essa mudança de perspectiva representa a consciência linguística da Filosofia, a qual começa a florescer, com maior ênfase, na segunda metade do século XX, representando o que se convencionou chamar de giro linguístico (*linguistic turn*), na expressão de Richard Rorty; guinada linguística, na expressão de Habermas; reviravolta linguística, na expressão de Manfredo Oliveira; ou, ainda, viragem linguística, na expressão de Lenio Luiz Streck. Sob esse viés, a hermenêutica não é uma verdade empírica, nem uma verdade absoluta: “é uma verdade que se estabelece dentro das condições humanas do discurso e da linguagem” (STRECK, *Hermenêutica jurídica...*, 2009, p. 163-180). Desse modo, a linguagem assume, na hermenêutica, o papel de motor do pensamento jurídico: “ela é pressuposta, sempre, por qualquer discussão. A linguagem assume, assim, um papel constituinte mais profundo. A apreensão hermenêutica da realidade – para o caso, da realidade jurídica – só é possível porque o sujeito cognoscente conhece de antemão a linguagem em jogo e o alcance da instrumentação nela usada. Ha, pois, todo um conjunto de pré-estruturas do saber, a que se poderá chamar o pré-entendimento das matérias” (MENEZES CORDEIRO, Introdução, 2002, p. LIV). Em resumo, pode-se dizer simplesmente que, enquanto instrumento, “a finalidade da linguagem é exprimir pensamentos” (WITTGENSTEIN, *Investigações filosóficas*, 2009, p. 187).

¹⁸⁹ FALZEA, *Ricerche di teoria...*, 1999, p. 307.

¹⁹⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 79, 99, 181-182.

¹⁹¹ Esse é o foco de análise dos precedentes judiciais desenvolvido por Alberto Cadoppi (CADOPPI, *Il valore del precedente...*, 2007, p. 26), na linha de entendimento da obra clássica de Gino Gorla (GORLA, *Lo studio...*, 1964, p. 74).

¹⁹² FARACO DE AZEVEDO, Plauto. Poder Judiciário e justiça social. *Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 63, p. 5-16, mar. 1995. p. 8.

¹⁹³ ROSS, *Direito e justiça*, 2000, p. 26.

¹⁹⁴ ROSS, *Direito e justiça*, 2000, p. 116.

continua atrelado à hermenêutica clássica, sendo mais do tipo dedutivo do que indutivo: das regras e dos princípios, associados aos dogmas da teoria, à solução dos casos concretos. O método indutivo, de proposição inversa, é próprio dos juristas da *Common law*, pois dos casos individuais são extraídas as normas gerais a serem aplicadas em casos similares futuros¹⁹⁵.

Na academia de tradição europeu-continental, o ensino jurídico continua vinculado ao positivismo clássico¹⁹⁶, sendo que a dogmática jurídica, em regra trabalhada em sala de aula, considera o Direito como sendo uma racionalidade meramente instrumental¹⁹⁷. Nessa perspectiva, os conflitos sociais geralmente não são trazidos à discussão teórica. Daí se explica, muitas vezes, a dificuldade em resolvê-los tempo depois no exercício profissional. Tampouco se costuma analisar se a aplicação do direito pelos tribunais corresponde àquilo que abstratamente foi examinado. De um modo geral, pouca atenção é dada à funcionalidade dos precedentes judiciais, a qual permanece num plano de menor importância.

Historicamente, embora sejam estudadas técnicas de interpretação do direito, tendo sido difundidos os métodos clássicos de interpretação, não são examinadas quaisquer técnicas de interpretação dos precedentes¹⁹⁸. Se fosse traçado um paralelo, essa indulgência seria similar ao que ocorre na *Common law* quanto à interpretação das leis promulgadas pelo Legislativo. Conquanto na tradição anglo-americana exista uma preocupação em formar o jurista prático com base em métodos experimentais¹⁹⁹, privilegiando-se o método socrático de ensino mediante perguntas e respostas, as técnicas restringem-se à interpretação dos precedentes, como *judge-made law*²⁰⁰. O problema é que o estudo do Direito acaba não

¹⁹⁵ HANSFORD, Thomas G.; SPRIGGS II, James F. *The politics of precedent on the U.S. Supreme Court*. Princeton: Princeton University Press, 2008. p. 19.

¹⁹⁶ Falar em positivismo jurídico exige explicitar de que *positivismo* se está tratando, pois, ao longo do tempo, essa escola do pensamento jurídico sofreu temperamentos. Pode-se dizer que o positivismo jurídico clássico, ou extremista, é aquele que predominou no século XIX e que perdurou no início do século XX. Para compreendê-lo, distinguem-se três aspectos fundamentais: ideologia, teoria e método. Sob a análise ideológica, o positivismo jurídico clássico propõe a obediência absoluta às leis. Como teoria, pressupõe a coerência e a completude do ordenamento jurídico, sendo a interpretação tarefa meramente lógica ou mecanicista. Por fim, o positivismo jurídico clássico propõe o método estritamente científico (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 233-238).

¹⁹⁷ STRECK, *Hermenêutica jurídica...*, 2009, p. 78-79.

¹⁹⁸ Essa preocupação já era exposta pela doutrina italiana em 1964 (GORLA, *Lo studio...*, 1964, p. 85).

¹⁹⁹ ROSS, *Direito e justiça*, 2000, p. 116.

²⁰⁰ GLENDON, Mary Ann. Comment. In: SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation: federal courts and the law*. An essay by Antonin Scalia with commentary by Amy Gutmann, editor *et al.* Princeton: Princeton University Press, 1998. p. 96-99. A propósito, aponta-se que o Professor Langdell, da Faculdade de Direito de Harvard, teria sido o pioneiro na adoção do estudo de casos como metodologia do estudo do Direito nas universidades americanas, o que acabou se tornando uma prática hoje consolidada (GOODHART, Arthur L. *Precedent in english law and continental law*. London: Stevens and Sons, 1934. p. 20).

acompanhando o compasso do desenvolvimento dessas duas tradições, pois cada vez mais se faz uso dos precedentes, no âmbito da *Civil law*, e das leis e regulamentos escritos, no âmbito da *Common law*²⁰¹, conforme restará examinado.

O ideal é que o ensino universitário contemplasse o estudo da jurisprudência, em geral, e dos precedentes, em particular, a fim de suprir a completa inaptidão para extrair toda funcionalidade das decisões judiciais. Para tanto, o ponto de partida deve ser o estímulo ao raciocínio jurídico-crítico dos estudantes, abrindo espaço para os estudos de casos concretos e para o exercício da argumentação jurídica. Por isso, impõe-se o reexame da teoria dos precedentes, aplicada ao sistema europeu-continental, exigindo-se tanto da academia como dos operadores do Direito o desenvolvimento de técnicas e métodos adequados ao estudo do *case law*, tal como foram aprimoradas as técnicas de interpretação das leis promulgadas. Essas medidas contribuirão para promover a aplicação do direito de forma mais coerente e justa, visando à igualdade e à segurança jurídica, aproximando-se um pouco, para não se exigir muito, o Direito da sociedade.

Por essa razão, pretende-se apresentar os pressupostos e as características dogmáticas dos precedentes, justamente para que possa ser examinada a funcionalidade da categoria diante do caso concreto, sem deixar de ter presente a *problematicidade* do fenômeno jurídico e a legitimidade da criação jurisprudencial do Direito²⁰². Pretende-se, neste estudo, uma simbiose entre a dogmática e a práxis, para que o uso dos precedentes seja consciente e correto, transladando-se a teoria à prática, que terá a incumbência de confirmá-la²⁰³, o que será executado com a devida consciência de nossa responsabilidade frente às necessidades, aos problemas e às aspirações da sociedade civil²⁰⁴.

²⁰¹ *Report of the Harvard Law School Comprehensive Curricular Assessment Committee*, May 5, 1994, 4: “We teach the basic first-year required program almost without regard to the coming of the regulatory state, and without recognition that statutes and regulations have become the predominant legal sources of our time” (apud GLENDON, Comment, 1998, p. 96).

²⁰² Ao pregar o abandono do *dogmatismo*, “com todas as falsificações que lhe são inerentes”, Ovídio Araújo Baptista da Silva lança o Direito na dimensão hermenêutica, “reconhecendo-lhe a natureza de ciência da *compreensão* e, conseqüentemente, a legitimidade da criação jurisprudencial do Direito”, embora reconheça que nenhum sistema jurídico poderá sobreviver sem uma base dogmática (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 37, 55-56, 79).

²⁰³ Os dois objetivos básicos de uma ciência social, como o Direito, são o desenvolvimento de uma teoria parcimoniosa e a sua comprovação empírica (HANSFORD; SPRIGGS II, *The politics of precedent...*, 2008, p. 132).

²⁰⁴ Essa responsabilidade é do jurista, como homem público, que “tem por missão também encontrar fórmulas que façam com que a ordem jurídica esteja permanentemente adaptada às grandes transformações sociais” (TEIXEIRA, A efetividade..., 1995, p. 95). Nesse sentido, é imprescindível invocar Mauro Cappelletti: “Devemos estar conscientes de nossa responsabilidade; é nosso dever contribuir para fazer que o direito e os

O objetivo final é o aprimoramento da Justiça como prestação jurisdicional, visando não à justiça “total”, que não é deste mundo, senão à justiça que atenda às mínimas expectativas da sociedade e dos seus integrantes, tal como é próprio de um Estado Democrático de Direito²⁰⁵.

remédios legais reflitam as necessidades, problemas e aspirações atuais da sociedade civil; entre essas necessidades estão seguramente as de desenvolver alternativas aos métodos e remédios, tradicionais, sempre que sejam demasiadamente caros, lentos e inacessíveis ao povo; daí o dever de encontrar alternativas capazes de melhor atender às urgentes demandas de um tempo de transformações sociais em ritmo de velocidade sem precedente” (CAPPELLETTI, Os métodos alternativos..., 1994, p. 97).

²⁰⁵ CAPPELLETTI, *Dimensioni...*, 1994, p. 100-102.

3 PREMISSAS À TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Para construção da teoria dos precedentes judiciais, torna-se impositivo enfrentar as chamadas premissas teóricas, que são a base dogmática necessária à compreensão e à funcionalidade do fenômeno.

3.1 Experiência do sistema da *Common law*

Embora não existam modelos puros, é elementar ao estudante de Direito comparado, que historicamente o sistema²⁰⁶ da *Common law*²⁰⁷ é baseado em precedentes, ao

²⁰⁶ Quando se fala de sistema, é indispensável invocar a obra de Canaris, discípulo e continuador de Karl Larenz. Sobre o conceito de sistema, o autor alemão apresenta o conceito geral, ou filosófico, e o conceito específico, voltado ao Direito. O primeiro decorre da concepção clássica de Kant, que caracterizou o sistema como “a unidade sob uma idéia, de conhecimentos variados”, sobressaindo duas características essenciais ou imperativos, a ordenação e a unidade (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 9-13). Já o conceito de sistema jurídico é definido pelo seu papel: “traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica”, com realce, portanto, a duas premissas científicas: a adequação valorativa interna e a unidade interior da ordem jurídica (*Ibidem*, p. 23). Nota-se que o conceito de sistema, para Canaris, é visto como ordem teleológica de valores, ou seja, como conjunto de todos os valores fundamentais constitutivos para uma ordem jurídica, cujas ideias foram seguidas pelos mais diversos juristas. Não se trata de um sistema fechado, tal como conceberam Hans Kelsen (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 33-62) e Max Weber (WEBER, *Economia e sociedade...*, 2000, p. 210), mas sim um sistema aberto, permeado por influências externas, principalmente valores. Cumpre destacar, a propósito, o entendimento de alguns autores acerca do sistema jurídico. José Cretella Jr. aponta: “O vocábulo *sistema*, transportado do campo filosófico para o âmbito da ciência jurídica, conserva o sentido originário do vocábulo empregado pela linguagem vulgar e pela linguagem técnica em geral. *Sistema jurídico* ou *sistema de direito* é um bloco unitário de normas com características comuns. O sistema jurídico resulta de fatores dominantes em dado momento da história dos povos: fatores ambientais, étnicos, econômicos, religiosos, políticos, sociais ou filosóficos. Tradicionalmente, o sistema jurídico romano, os sistemas jurídicos das repúblicas helênicas, ou o sistema jurídico moderno, de base romanística, incluindo-se o sistema saxão, são todos sistemas jurídicos, ou seja, conjunto de normas jurídicas que apresentam características comuns. *Sistema jurídico* é o conjunto coordenado, em um todo lógico, das regras contidas explicitamente ou implicitamente no direito positivo” (CRETILLA JÚNIOR, José. *Curso de filosofia do direito*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 230-231). Por sua vez, Juarez Freitas também desenvolve o conceito de sistema jurídico, dando ênfase ao seu caráter aberto e ordenável. Embora se valha da noção de ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais, segundo o entendimento de Canaris, Juarez Freitas procura enfatizar a hierarquização como metacritério do conceito de sistema jurídico. Dessa forma, conceitua o sistema jurídico como “uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição” (FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 40).

²⁰⁷ Conceitualmente, o termo *common law* significa o ordenamento jurídico baseado em decisões judiciais. Eis a definição do *Black's Law Dictionary*: “1. *The body of law derived from judicial decisions, rather than from statutes or constitutions* [...]. 2. *The body of law based on the English legal system, as distinct from a civil-law*

passo que o direito do sistema romano-germânico está principalmente assentado na lei²⁰⁸. A diferença entre as duas famílias não reside no conteúdo do Direito, que, em razão de estreitas afinidades econômicas, culturais e políticas, é similar nos aspectos gerais. A diferença consiste, ao invés, na forma de individualização dos direitos²⁰⁹. Disso resulta que tradicionalmente a lógica judiciária²¹⁰, no primeiro caso, é do tipo indutivo, ou seja, de casos

system; the general Anglo-American system of legal concepts, together with the techniques of applying them, that form the basis of the law in jurisdictions where the system applies” (COMMON law. In: GARNER, Bryan A. (Ed.). *Black's law dictionary*. 8. ed. Sant Paul: Thomson West, 2004. p. 292-293). No entanto, o Direito anglo-americano não se resume à *common law*. Na verdade, o ordenamento jurídico de origem inglesa é composto por três corpos distintos: o próprio “direito comum” (*common law*), de origem costumeira e reconhecido pela jurisprudência; o “direito estatutário” (*statute law*), ou direito positivo, escrito, em sentido próprio; e o “direito-equidade” (*equity*), composto de um conjunto de regras (*rules of equity*), mais morais do que jurídicas, destinadas a atenuar a rigidez do direito comum ou do direito estatutário (RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 134-135; LOSANO, *Os grandes sistemas...*, 2007, p. 330).

²⁰⁸ CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *Precedent in english law*. 4. ed. Oxford: Clarendon, 2004. p. 11; MATTEI, Ugo. *Stare decisis: il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*. Milano: Giuffrè, 1988. p. 1, 278-279; MATTEI, Ugo. *Precedente giudiziario e stare decisis. Digesto delle Discipline Privatistiche: Sezione Civile*, Torino, v. 14, p. 148-167, 1996. p. 148; BODENHEIMER, Edgar. *Jurisprudence: the philosophy and method of the law*. Revised edition. Cambridge: Harvard University Press, 1974. p. 344-345; WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Sentido y hecho en el derecho*. México: Fontamara, 2003. p. 295-296; DEFLORIAN, Luisa Antonioli. *Il precedente giudiziario come fonte di diritto: l'esperienza inglese. Rivista di Diritto Civile*, Padova, v. 39, n. 1, p. 133-204, 1993. p. 134. Destaca-se, a propósito, que a aversão da tradição jurídica continental à ideia de precedente é bastante antiga. Justiniano já ordenava aos seus juristas ter em conta exclusivamente a lei e não os precedentes (*non exemplis, sed legibus judicandum est*). Assim assinalava na tradução ao espanhol (Código Justiniano, Livro VII, Título XLV, 13): “*No estime ningún juez o árbitro que deba atenerse a las respuestas de consultas, que juzgare no fueron dadas con arreglo a la ley, y mucho menos a las sentencias de los eminentísimos prefectos o de otros próceres. Porque si alguna cuestión no es bien dirimida, nos es conveniente que esto se extienda para error de otros jueces, pues se ha de juzgar no por ejemplos, sino con arreglo a las leyes, ni aun si las sentencias hubieran sido proferidas en virtud de conocimiento de causa por la muy magnífica prefectura o verdad y las huellas de las leyes y de la justicia*” (*apud* SASTRE, *El precedente...*, 2008, p. 119). A transcrição literal do latim pode ser encontrada in GOODHART, *Precedent...*, 1934, p. 37-38. O inusitado é que, contraditoriamente, a orientação resultou numa situação absolutamente contrária, pois os glosadores, tempos depois, acabaram sendo os verdadeiros intérpretes do direito. Destaca-se, ademais, que a compilação de Justiniano, a partir da sua ascensão ao trono em 527 d. C. até a sua morte em 565 d. C., data tradicionalmente considerada como termo final do Império Romano, foi vasta: *Institutas* (obra didática desejada pelo imperador para facilitar o aprendizado do seu direito), *Digesto* ou *Pandectas* (compreende cinquenta livros, nos quais estão ordenados os fragmentos extraídos das obras dos principais juristas romanos), *Código* (compreende as leis imperiais (*constitutiones*), divididas em doze livros) e *Novelas* (coletânea das novas leis (*novellae constitutiones*) promulgadas de 535 a 565 d.C.). A esse conjunto foi atribuído o nome de *Corpus juris civilis*, considerado o documento jurídico mais importante de todos os tempos (MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 1. p. 54-56; LOSANO, *Os grandes sistemas...*, 2007, p. p. 34-38). A propósito, há outros exemplos de repúdio aos precedentes na tradição romano-germânica. No Código Prussiano de 1794 encontram-se preceitos similares ao Código de Justiniano. Outrossim, na Dinamarca, proibiu-se que os advogados citassem precedentes perante a Corte Suprema, segundo o Código dinamarquês de 1683 (ROSS, *Direito e justiça*, 2000, p. 112).

²⁰⁹ KRIELE, Martin. *Il precedente nell'ambito giuridico europeo-continentale e angloamericano: la sentenza in Europa: metodo, tecnica e stile: atti del Convegno internazionale per l'inaugurazione della nuova sede della Facoltà*: Ferrara, 10-12 ott. 1985. Padova: CEDAM, 1988. p. 515.

²¹⁰ Falar em lógica judiciária é tratar do pensamento jurídico aplicado: “A lógica é a ciência das configurações fundamentais do pensar. A lógica, enquanto ciência, brota da filosofia, como toda e qualquer ciência, mas precisamente nesta forma que foi apresentada ela mesma já não é filosofia. Quanto mais a lógica se desenvolve, mais ela se torna rapidamente numa mera disciplina escolar que se pode aprender. Nela, trata-se

individuais extrai-se uma regra geral a ser aplicada para casos futuros. O processo serve, nessa perspectiva, de instrumento técnico para a constituição do próprio direito. No segundo caso, a lógica judiciária é diversa; é do tipo dedutivo, pois da regra geral (lei) deduz-se um regra particular ao caso concreto²¹¹. O instrumento de que se vale o Direito é a legislação. Esta tem sido a fundamental e clássica distinção entre as duas tradições jurídicas²¹², ao menos no que se refere às fontes do direito²¹³, cujo exame será posteriormente reformulado quando da análise da interpretação/aplicação do direito, a fim de moldá-lo à orientação hermenêutica prevalente no séc. XXI²¹⁴.

Outrossim, existem alguns elementos constitutivos do sistema da *Common law* que o particularizam frente ao sistema da *Civil law*: a presença de um Poder Judiciário compacto, composto de um número mais reduzido de juízes, cujas decisões gozam de maior prestígio e autoridade; a diversa formação profissional dos juízes; a possibilidade de as cortes supremas selecionarem os casos a serem decididos, o que representa um volume muito inferior de trabalho etc.²¹⁵.

Quanto aos efeitos dos precedentes, o sistema europeu-continental funda-se sobre a autoridade da coisa julgada, razão pela qual a força jurídica da sentença não excede o caso concreto e afeta somente as partes²¹⁶. Em regra, os precedentes não produzem efeitos contra todos, tendo somente força persuasiva, embora muitas vezes, na prática, sejam

das fórmulas e regras gerais do pensar” (HEIDEGGER, Martin. *Lógica: a pergunta pela essência da linguagem*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 43).

²¹¹ JAMES, Philip S. *Introduction to English law*. 10. ed. London: Butterworths, 1979. p. 17.

²¹² Essa distinção é ilustrada pela velha polêmica, hoje superada, acerca do que é preferível: “um governo de leis ou um governo de juízes” (BRUTAU, José Puig. *A jurisprudência como fonte do direito*. Trad. de Lenine Nequete. Porto Alegre: AJURIS, 1977. (Coleção AJURIS, 5). p. 7).

²¹³ GOODHART, *Precedent...*, 1934, p. 10; HANSFORD; SPRIGGS II, *The politics of precedent...*, 2008, p. 5; DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 408; PIZZORUSSO, Alessandro. Osservatorio sui problemi delle fonti del diritto. In: SCINTILLAE Iuris. Milano: Giuffrè, 1994. v. 1. Studi in memoria di Gino Gorla. p. 299-317. p. 309; STRECK, *Súmulas no direito...*, 1998, p. 70; RÁO, *O direito e a vida...*, 1999, p. 132.

²¹⁴ Vide item 4.1 deste trabalho.

²¹⁵ DEFLORIAN, Luisa Antonioli. Il ruolo del precedente giudiziale nel common law inglese. In: VICENTI, Umberto et al. *Il valore dei precedenti giudiziali nella tradizione europea*. Padova: CEDAM, 1998. p. 178.

²¹⁶ Não se pode confundir coisa julgada, eficácia *erga omnes* e eficácia vinculante, porque são elementos distintos, com essências próprias. Como sabido, a coisa julgada é uma qualidade conferida à decisão, que passa a ser imutável e indiscutível. Os seus efeitos, em regra, limitam-se às partes envolvidas no litígio, não tendo eficácia *erga omnes*, ou seja, dirigida a todos, como é próprio de certas demandas. Já a eficácia vinculante se destina a dar força obrigatória à *ratio decidendi* ou aos fundamentos determinantes da decisão, impedindo que eles sejam desconsiderados em quaisquer decisões de órgãos judiciais inferiores (MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia vinculante: a ênfase à *ratio decidendi* e à força obrigatória dos precedentes. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 184, p. 9-41, jun. 2010. p. 9-41).

observados, fenômeno esse que será examinado no momento oportuno. Já o sistema anglo-saxão²¹⁷, além de observar a coisa julgada com os seus efeitos subjetivos limitados às partes²¹⁸, baseia-se na doutrina do *stare decisis*, tendo os precedentes força vinculante contra todos²¹⁹.

Por isso, a experiência do sistema da *Common law* é um ponto de partida indispensável, pois nela os operadores do Direito acabaram desenvolvendo uma larga gama de termos e conceitos para discussão e análise dos precedentes²²⁰. Para atingir esse escopo, a análise empreendida centra-se tanto no Direito inglês como no estadunidense, embora não se desconheça que existem diferenças estruturais entre ambos²²¹. Sabe-se que a experiência

²¹⁷ Originariamente, o termo “anglo-saxão” designa apenas o Direito inglês, sendo erro aludi-lo para representar o Direito inglês e americano de hoje. Caso se queira aludir ao Direito inglês e norte-americano, a expressão mais adequada é “anglo-americano”. A razão dessa diferenciação é histórica. René David ressalta: “A história do direito começa, para os historiadores do direito inglês, na época em que, tendo cessado este domínio (romano), diversas tribos de origem germânica – saxões, anglos, dinamarqueses – partilharam entre si a Inglaterra. É somente nesta época que a Inglaterra, com a missão de Santo Agostinho de Cantorbéry em 596, se converte ao cristianismo. O direito da época anglo-saxônica é mal conhecido. As leis são redigidas logo após a conversão ao cristianismo, como na Europa continental; a sua originalidade está em que, ao contrário das outras leis bárbaras, as leis anglo-saxônicas apenas regulam aspectos muito limitados das relações sociais às quais se estende a nossa concepção atual do direito” (DAVID, *Os grandes sistemas...*, 2002, p. 356-357).

²¹⁸ No sistema americano, por exemplo, a coisa julgada divide-se em dois tipos: *res judicata* e *collateral estoppel*. A primeira envolve a noção de preclusão do pedido (*claim preclusion*), enquanto a segunda traz consigo a ideia de preclusão de fato (*issue preclusion*). Em síntese, a *res judicata* previne que uma pessoa renove a discussão acerca de um pedido. Já a *collateral estoppel* impede que uma parte renove a discussão sobre um fato (MARINONI, *Eficácia vinculante...*, 2010, p. 9-10).

²¹⁹ PECZENIK, Aleksander. The binding force of precedent. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Ed.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997. p. 461-479. p. 461; TARUFFO, Michele. Institucional factors influencing precedents. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Ed.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997. p. 437-459. p. 455; SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation: federal courts and the law*. An essay by Antonin Scalia with commentary by Amy Gutmann, editor et al. Princeton: Princeton University Press, 1998. p. 7; DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 13.

²²⁰ A história da *Common law* confunde-se com a história do Direito inglês, que pode ser partida, para fins didáticos, em quatro períodos principais. René David ressalta: “Podem reconhecer-se quatro períodos principais na história do direito inglês. O primeiro é o período anterior à conquista normanda de 1066. O segundo, que vai de 1066 ao advento da dinastia dos Tudors (1485), é o da formação da *common law*, no qual um sistema de direito novo, comum a todo reino, se desenvolve e substitui os costumes locais. O terceiro período, que vai de 1485 a 1832, é marcado pelo desenvolvimento, ao lado da *common law*, de um sistema complementar e às vezes rival, que se manifesta nas ‘regras de equidade’. O quarto período, que começa em 1832 e continua até os nossos dias, é o período moderno, no qual a *common law* deve fazer face a um desenvolvimento sem precedentes da lei e adaptar-se a uma sociedade dirigida cada vez mais pela administração” (DAVID, *Os grandes sistemas...*, 2002, p. 356).

²²¹ É sabido que o Direito inglês sofreu uma expansão considerável depois da conquista normanda, tendo-se tornado a *Common law* um dos grandes sistemas de Direito do mundo. Essa expansão, no entanto, não se realizou sem que a *Common law* sofresse certas alterações necessárias para sua adaptação às condições particulares dos países em que esse sistema foi admitido. A propósito, em relação ao Direito norte-americano, René David destaca: “A *common law* triunfou nos Estados Unidos; este triunfo não mais se discute. Num grande número de Estados as leis estabeleceram que a *common law*, tal como se apresentava nessa ou naquela data, era o direito em vigor no Estado. Em outros Estados não se julgou útil fazer uma proclamação deste teor. Contudo, o conflito que, depois da independência dos Estados Unidos, se produziu neste país e se prolongou durante mais de meio século, entre o sistema romano-germânico e a *common law*, não foi estéril. Contribuiu

inglesa na aplicação do precedente diferencia-se da americana, porquanto é mais rígida e vinculante, enquanto a experiência americana adota uma concepção mais flexível e menos formal do precedente²²². Além disso, o precedente, nos Estados Unidos, passou a deter uma autoridade inferior em relação às normas legais oriundas de *statutes*, cada vez mais frequentes²²³, enquanto na Inglaterra a lei (*lato sensu*) é tradicionalmente considerada uma fonte secundária do Direito²²⁴, embora sua importância venha crescendo com o passar do tempo²²⁵. Sabidamente, a adoção do federalismo²²⁶, a pluralidade de órgãos judiciais, a

poderosamente para dar à *common law* dos Estados Unidos caracteres particulares em confronto com a *common law* da Inglaterra. Os Estados Unidos continuaram a ser um país de *common law* no sentido de que lá se conservam, de uma forma geral, os conceitos, as formas de raciocínio e a teoria das fontes do direito inglês. Contudo, na família da *common law* o direito dos Estados Unidos ocupa um lugar particular; mais do que qualquer outro direito, ele está marcado por características que lhe imprimem uma considerável originalidade; e estas características muitas vezes, aproximam-no dos direitos da família romano-germânica, pelos quais se deixou seduzir num determinado momento da sua história” (DAVID, *Os grandes sistemas...*, 2002, p. 453-454). De maneira geral, o Direito dos Estados Unidos tem algumas diferenças estruturais por ser um Estado federal e por ter um controle de constitucionalidade das leis exercido pelos juízes, diferentemente do que ocorre na Inglaterra.

²²² LLOYD, Dennis; FREEMAN, Michael D. A. *Lloyd's introduction to jurisprudence*. 5. ed. London: Stevens & Sons, 1985. p. 1112-1113; TARUFFO, Dimensiuni..., 1994, p. 414; SASTRE, *El precedente...*, 2008, p. 109; MICHELI, Gian Antonio. *Contributo allo studio della formazione giudiziale del diritto: "case law" e "stare decisis"*. Pavia: Libreria Internazionale F.lli Treves, 1938. p. 53; VIANELLO, Elisabetta. La relatività della regola "stare decisis" nella pratica del precedente giudiziario. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 46, n. 1/4, p. 631-645, 1992. p. 632. Para corroborar, destaca-se lição de Hélio Tornaghi: "Essa vinculação é maior na Inglaterra que nos Estados Unidos. Naquela, até a *House of Lords*, o mais alto tribunal inglês, considera-se vinculado às suas próprias decisões; nesses, a *Supreme Court of the United States* e os demais tribunais têm-se reputado livres de mudar o entendimento de decisões anteriores" (TORNAGHI, *Comentários ao Código...*, 1976, p. 25).

²²³ BODENHEIMER, *Jurisprudence...*, 1974, p. 425. A propósito, a ideia de uma Constituição escrita, *statute* supremo, é ilustrativa da força diferenciada que foi atribuída aos *statutes* estadunidenses, estabelecendo uma República e garantindo a independência do Judiciário diante do Legislativo e do Executivo, para declarar e garantir o direito do país (SOUZA JÚNIOR, *A supremacia...*, 2002, p. 115).

²²⁴ DAVID, *Os grandes sistemas...*, 2002, p. 433-436.

²²⁵ LOSANO, *Os grandes sistemas...*, 2007, p. 334.

²²⁶ O federalismo é determinante do sistema jurídico americano. A existência de cinquenta Estados-membros, com a sua autonomia, é uma característica peculiar dos Estados Unidos. Um exemplo é o Estado da Luisiana, que, diferentemente dos demais, adota o sistema da *Civil law* ao invés da *Common law*. Essa particularidade deve-se à colonização francesa, que se estendeu por grande parte da sua história até tornar-se americana. Destaca-se que, nesse período, a Luisiana também esteve, por breves períodos, sob a hegemonia da Espanha. Finalmente, o tratado através do qual a Luisiana foi vendida oficialmente pela França aos Estados Unidos foi assinado em Paris em 1803 (MATTEI, *Stare decisis...*, 1988, p. 325-340). Com efeito, com a Revolução de 1775, as treze colônias norte-americanas, ao se tornarem independentes, continuaram a ter um *Common law* de cunho feudal no direito privado, mas assumiram uma estrutura constitucional fundamentada no federalismo e na rígida divisão de poderes, desconhecida na Grã-Bretanha. "Por isso, o estudo do direito positivo americano apresenta diferenças por vezes profundas em relação ao direito britânico: as prerrogativas de cada Estado e as da federação estão rigidamente fixadas, a ponto de cada Estado ter duas ordens de tribunais, um para os problemas estatais, outro para os federais" (LOSANO, *Os grandes sistemas...*, 2007, p. 345). Por fim, registra-se que há outros aspectos que particularizam o federalismo americano, além da autonomia dos Estados. É o que destaca Dircêo Torrecillas Ramos: "O federalismo nos Estados Unidos apresenta-se mais acentuadamente com a cooperação entre Estados sem uma preocupação com a transferência de recursos embora isto ocorra em volume substancial" (TORRECILLAS RAMOS, Dircêo. *O federalismo assimétrico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 101).

codificação do Direito Constitucional²²⁷, a interpretação constitucional com o desenvolvimento do controle de constitucionalidade²²⁸ e até a cultura dominante contribuíram para enfraquecer a força dos precedentes nos Estados Unidos, dificultando, inclusive, a própria uniformização jurisprudencial²²⁹. No entanto, em ambos ordenamentos, o princípio do *stare decisis* continua a desempenhar papel central no “*Rule of Law*”²³⁰. A sua observância promove vários benefícios, como clareza, estabilidade e previsibilidade na aplicação do direito²³¹.

Acontece que, quanto ao tema dos precedentes judiciais, a prática é muito similar, sendo que as diferenças serão ressaltadas pontualmente²³². O objetivo é apenas apresentar noções básicas, pois não se pretende simplesmente transportar a teoria dos precedentes daquele sistema para o romano-germânico, o que pecaria pela simplificação, no plano teórico, e pela inadequação, no plano prático, conforme restou destacado anteriormente.

Historicamente, a doutrina do precedente – como prática de observância da *ratio decidendi* de certas decisões, com o fim de decidir um caso posterior – é tão antiga como a *Common law*²³³. Aponta-se que a *Common law* começou a surgir a partir da invasão normanda (1066), momento em que o Conquistador refundou uma ordem feudal sob um

²²⁷ A primeira Constituição escrita da história, elaborada pelos constituintes da Filadélfia em 1787, foi determinante da individualidade estadunidense frente à Inglaterra (BISCH, *O amicus curiae...*, 2010, p. 34-35).

²²⁸ A ordem jurídica americana funda-se no princípio da supremacia da Constituição, de modo que todos os poderes, inclusive o Legislativo, estão a ela submetidos, tendo sido rejeitado o princípio da soberania do Parlamento. Ademais, assegura-se ao Judiciário o *judicial review*, isto é, o poder de interpretar a própria Constituição, objetivando assegurar a prevalência desta sobre a legislação ou o direito ordinário incompatível (SOUZA JÚNIOR, *A supremacia...*, 2002, p. 115-116).

²²⁹ TORNAGHI, *Comentários ao Código...*, 1976, p. 26. Para uma análise das diferenças entre os sistemas inglês e norte-americano sob um enfoque amplo, apontam-se as seguintes obras: LLOYD; FREEMAN, *Lloyd's introduction...*, 1985, p. 1133-1136; CROSS; HARRIS, *Precedent in english law*, 2004, p. 19-20.

²³⁰ Destaca-se, a propósito, a lição de Cezar Saldanha Souza Junior: “O *rule of law* é a forma básica de supremacia do direito ínsita às famílias jurídicas de *common law*. *Rule of law* e *common law* são, portanto, indissociáveis. Ambos vêm da realidade histórica, político-social, da idade média anterior à recepção do direito romano no Continente” (SOUZA JÚNIOR, *A supremacia...*, 2002, p. 99).

²³¹ HANSFORD; SPRIGGS II, *The politics of precedent...*, 2008, p. 78.

²³² No que tange à teoria dos precedentes judiciais, René David aponta: “A América, com a sua acentuada diversidade e com a menor coesão do seu corpo de juristas, oferece, sem dúvida, nesta matéria, um quadro em que as *nuances* são mais numerosas que na Inglaterra. Na prática, contudo, não se chega a perceber que haja entre os dois países uma diferença notável neste assunto. Em um e outro caso, como na França, estabeleceu-se, finalmente, um equilíbrio entre as necessidades contraditórias de segurança e de evolução, que são os dados constantes da vida do direito” (DAVID, *Os grandes sistemas...*, 2002, p. 492).

²³³ Lenio Luiz Streck, discorrendo sobre os períodos de formação da *common law*, aponta: “A aplicação (da *common law*) se dava em circuitos periódicos dos condados e posteriormente em Londres, nas Cortes Reais. Por motivo de coerência, os juízes depositavam muita confiança nos julgamentos anteriores de casos semelhantes, o que deu origem à doutrina do precedente judicial. Por volta do século XIII, começaram a circular as decisões dos magistrados, reduzidas a termo. Criaram-se anuários que foram os precursores dos *law reports*” (STRECK, *Súmulas no direito...*, 1998, p. 38-39).

poder político firme e centralizado, unificando a Justiça em tribunais reais, com juízes profissionais, para constituir, pela via do processo, o direito comum ao reino²³⁴. Aproximadamente no século XIII, fixaram-se as principais características desse modelo jurídico, as quais sobreviveram com o passar dos séculos²³⁵. Desde então, o Direito não se devia encontrar em casos individuais, senão que as decisões dos casos, na sua totalidade, eram um reflexo do Direito, que passou a constituir-se em um conjunto de regras gerais nascidas diretamente da vida da sociedade inglesa, com um marcante caráter consuetudinário²³⁶. Nesse momento, das decisões surgiram precedentes, visto que os seus efeitos começaram a transcender os casos concretos, a fim de orientar decisões futuras. Formou-se, assim, a cultura da arte do *case law*, objetivando obter, ao mesmo tempo, a justiça do caso concreto e guias de orientação para juízes sucessivos²³⁷, decisões estas que tinham força somente persuasiva, fruto de uma prática consolidada²³⁸.

Com efeito, a observância obrigatória dos precedentes somente se estabeleceu séculos depois, quando foi instituída a doutrina do *stare decisis* (expressão latina de *stare decisis et non quieta movere* ou *stare rationibus decidendis*)²³⁹. Como sabido, trata-se de diretiva ou norma consuetudinária que impõe a observância das decisões tomadas anteriormente quando uma mesma questão for posta em julgamento, não se devendo desrespeitar o que já foi decidido de forma pacífica. *Stare decisis* corresponde ao que os anglo-americanos sintetizam: “*to stand by things decided*”²⁴⁰. Portanto, significa que as cortes inferiores hierarquicamente devem seguir as decisões proferidas por cortes superiores em casos análogos²⁴¹. Em outras palavras, *stare decisis* significa vinculação por meio do precedente judicial²⁴².

²³⁴ SOUZA JÚNIOR, *A supremacia...*, 2002, p. 100.

²³⁵ Alf Ross dá conta que nesse período do séc. XIII tornou-se usual citar precedentes na tradição anglo-saxônica (ROSS, *Direito e justiça*, 2000, p. 112).

²³⁶ SASTRE, *El precedente...*, 2008, p. 105.

²³⁷ MICHELI, *Contributo allo studio...*, 1938, p. 34-35.

²³⁸ MATTEI, *Stare decisis...*, 1988, p. 4.

²³⁹ LLOYD; FREEMAN, *Lloyd's introduction...*, 1985, p. 1097; CROSS; HARRIS, *Precedent in english law*, 2004, p. 100.

²⁴⁰ GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*. New York: Oxford University Press, 2008. p. 8.

²⁴¹ SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: MacCORMICK, D. Neil; _____ (Ed.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997. p. 355-406. p. 355; HANSFORD; SPRIGGS II, *The politics of precedent...*, 2008,, p. 18; DUXBURY, *The nature...*, 2008, p. 12; BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. *Stare indecisis: the alteration of precedent on the Supreme Court, 1946-1992*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. p. 1; BODENHEIMER, *Jurisprudence...*, 1974, p. 425; SASTRE, *El precedente...*, 2008, p. 105; MATTEI, *Stare decisis...*, 1988, p. 281.

²⁴² MATTEI, *Precedente...*, 1996, p. 148.

Cuida-se de uma prática ou tradição de uma cultura jurídica (*rule of practice*)²⁴³, que converte o sistema jurídico em direito do caso judicial concreto (*case law*), a qual não está propriamente disciplinada na lei, tendo sido consolidada somente no século XIX²⁴⁴. Aponta-se que o fundamento da doutrina do *stare decisis* decorre da concretização do princípio do Estado de Direito (*Rule of Law*), fundamental para a estabilidade do direito²⁴⁵. Note-se que a vinculação às decisões anteriores ocorre porque os próprios juízes passaram a atribuir autoridade às decisões proferidas²⁴⁶, mediante uma regra consuetudinária de reconhecimento²⁴⁷.

Destaca-se que a obrigatoriedade da observância dos precedentes foi estabelecida pelo Direito inglês somente a partir de 1898, no caso *London Tramways Co. contra London County Council (Appeal Cases 375)*²⁴⁸. A partir desse julgado, entendeu-se que as decisões da *House of Lords* (Câmara dos Lordes) vinculam, além de todos os outros tribunais (vinculação externa), também a si próprio (vinculação interna)²⁴⁹. É um reconhecimento cabal quanto à obrigatoriedade dos precedentes²⁵⁰. Embora não na mesma

²⁴³ CROSS; HARRIS, *Precedent in english law*, 2004, p. 99.

²⁴⁴ SELLERS, Mortimer N. S. The doctrine of precedent in the United States of America. *The American Journal of Comparative Law*, Baltimore, MD, n. 54, p. 67-88, 2006. Supplement. p. 86; GOLDSTEIN, Laurence. Some problems about precedent. *Cambridge Law Journal*, London, v. 43, n. 1, p. 88-107, Apr. 1984. p. 92; FAVELA, José Ovalle. Tradizioni giuridiche, precedente e giurisprudenza. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Padova, anno 54, n. 3, p. 867-888, sett. 2005. p. 875; DAVID, *Os grandes sistemas...*, 2002, p. 428, 489.

²⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 102, nota 7.

²⁴⁶ SORIANO, *El precedente judicial*, 2002, p. 38.

²⁴⁷ Herbert L. A. Hart e seu pupilo Joseph Raz entendem a doutrina do precedente como uma regra de reconhecimento consuetudinária, pois é a prática dos juízes que reconhece uma qualidade normativa especial às decisões anteriores (HART, Herbert L. A. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 124-127; RAZ, Joseph. *The authority of law*. Oxford: Oxford University Press, 1979. p. 180-183).

²⁴⁸ DUXBURY, *The nature...*, 2008, p. 42; MORETTI, Francesca. Il precedente giudiziario nel sistema inglese. In: GALGANO, Francesco. *Atlante di diritto privato comparato*. Con la collaborazione di Franco Ferrari e Gianmaria Ajani. 3. ed. Bologna: Zanichelli, 1999. p. 4-14. p. 4.

²⁴⁹ BODENHEIMER, *Jurisprudence...*, 1974, p. 428; MICHELI, *Contributo allo studio...*, 1938, p. 50.

²⁵⁰ Senão vejamos o seguinte excerto do voto do Relator, Lord Halsbury, no caso em exame: “*My Lords, it is totally impossible, as it appears to me, to disregard the whole current of authority upon this subject, and to suppose that what some people call an “extraordinary case”, “an unusual case”, a case somewhat different from the common, in the opinion of each litigant in turn, is sufficient to justify the rehearing and rearguing before the final Court of Appeal of a question which has been already decided. Of course I do not deny that cases of individual hardship may arise, and there may be a current of opinion in the profession that such and such a judgment was erroneous; but what is that occasional interference with what is perhaps abstract justice as compared with the inconvenience – the disastrous inconvenience – of having each question subject to being reargued and the dealings of mankind rendered doubtful by reason of different decisions, so that in truth and in fact there would be no real final Court of Appeal? My Lords, “interest rei publicae” that there should be “finis litium” at some time, and there could be no “finis litium” if it were possible to suggest in each case that it might be reargued, because it is “not an ordinary case”, whatever that may mean. Under*

intensidade, o Direito americano não difere nesse particular, tendo adotado a impositiva observância dos precedentes no mesmo período histórico²⁵¹. Logo, constata-se que o sistema dos precedentes com força vinculante é uma prática relativamente recente em uma longa tradição do Direito anglo-saxão²⁵².

Cumprе frisar que, nessa longa experiência, a política do precedente objetiva dois fins. Primeiro, a adoção do precedente busca solucionar o conflito objeto do caso concreto, visando a determinar qual dos litigantes tem razão na disputa. Nesse caso, há uma preocupação em adotar a decisão mais justa ao conflito ocorrido no passado, numa perspectiva *backward looking*. O precedente, nesse caso, funciona como um *input* do sistema jurídico, na qualidade de fonte de produção do Direito. Segundo, busca-se extrair uma regra ou um princípio, decorrente da resolução do conflito, que seja aplicável, no futuro, em casos semelhantes, desenvolvendo-se uma política legal, numa perspectiva *forward looking*. Nessa hipótese, o precedente atua como *output* do sistema, ao fornecer uma informação ao ambiente²⁵³. Em última análise, conciliam-se o interesse particular atinente às partes e o interesse público, decorrente da diretriz adotada em razão da prestação jurisdicional e, ao mesmo tempo, mesclam-se passado e futuro, o que interessa não apenas ao Estado como à sociedade²⁵⁴.

Ao analisar as razões determinantes da sua instituição, constata-se que o objetivo do *stare decisis* foi limitar a discricionariedade judicial, evitando-se incerteza,

these circumstances I am of opinion that we ought not to allow this question to be reargued..." (apud LLOYD; FREEMAN, *Lloyd's introduction...*, 1985, p. 1157).

²⁵¹ HANSFORD; SPRIGGS II, *The politics of precedent...*, 2008, p. 19.

²⁵² HONDIUS, Ewoud H. Precedent: something of the past? In: DUBUISSON, Bernard *et al.* (Coord.). *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*. Brussel: Larcier, 2003. p. 415-423. p. 419; DUXBURY, *The nature...*, 2008, p. 9, 35; SASTRE, *El precedente...*, 2008, p. 107.

²⁵³ A teoria geral do sistema de Niklas Luhmann, na sua dimensão temporal, é a que aborda a questão do *input* e *output*: "A consideração teórica dos sistemas abertos é, até certo ponto, uma teoria de alta generalidade, já que deixa em aberto a pergunta sobre que tipo de relação de intercâmbio deve ocorrer entre sistema e meio. O desenho dos sistemas abertos trabalha com um conceito indeterminado de meio e não distingue a relação geral entre sistema e meio, da relação mais específica entre sistema e sistemas-no-meio. [...] O esquema *input/output* se dirige, em contrapartida, à relação mais específica entre sistemas e sistemas-no-meio. De maneira geral, esse esquema pressupõe que o sistema desenvolva uma elevada indiferença em relação ao meio, e que, nesse sentido, este último careça de significação para o sistema; de tal modo que não é o meio que pode decidir quais fatores determinantes propiciam o intercâmbio, mas somente o sistema. O sistema possui, então, uma autonomia relativa, na medida em que a partir dele próprio pode-se decidir o que deve ser considerado como *output*, como serviço, como prestação, e possa ser transferido a outros sistemas no meio" (LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Trad. de Ana Cristina Arantes Nasser. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 63).

²⁵⁴ HANSFORD; SPRIGGS II, *The politics of precedent...*, 2008, p. 2-3, 75, 125; DUXBURY, *The nature...*, 2008, p. 150; MICHELI, *Contributo allo studio...*, 1938, p. 85; STRECK, *Símulas no direito...*, 1998, p. 59.

obscuridade, confusão e dificuldade na prestação jurisdicional, a fim de buscar maior segurança jurídica na aplicação do direito²⁵⁵. Inegavelmente, o princípio do vínculo aos precedentes (*stare decisis*) representa limite à criação judiciária²⁵⁶ e promove a estabilidade do direito²⁵⁷. Era o que ambicionava, de um modo geral, o positivismo jurídico, que predominava no pensamento jurídico ao tempo do Estado Liberal²⁵⁸. Almejava-se, dessa forma, alcançar maior legitimidade na atividade estatal, utilizando-se os precedentes como critérios neutros na aplicação do direito²⁵⁹. A preocupação residia no fato de que o juiz concentrava ilimitadamente duas funções: criação e aplicação do direito. Com a instituição do caráter vinculativo dos precedentes, tornou-se possível limitar o papel político da atividade judicial²⁶⁰. Mesmo assim, é preciso ter presente que a atividade jurisprudencial, na tradição anglo-saxônica, ainda confere maior poder ao juiz, que aplica o direito como argumento no caso concreto²⁶¹.

Desse modo, a doutrina do *stare decisis* objetivou que o *case law* adquirisse *status* de ciência, capaz de prever os resultados das controvérsias judiciais, conferindo aos jurisdicionais certeza, uniformidade e segurança dos direitos²⁶².

²⁵⁵ GOODHART, *Precedent...*, 1934, p. 49; LLOYD; FREEMAN, *Lloyd's introduction...*, 1985, p. 1113; TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. 3. ed. New York: Foundation, 2000. p. 84.

²⁵⁶ CAPPELLETTI, *Juizes legisladores*, 1993, p. 84.

²⁵⁷ SBISÁ, Giuseppe. Certeza del diritto e flessibilità del sistema (la motivazione della sentenza in common law e civil law). *Contratto e Impresa: Dialoghi con la Giurisprudenza Civile e Commerciale*. Padova, v. 4, n. 2, p. 519-525, 1988. p. 521.

²⁵⁸ “Esta é a missão histórica que o liberalismo confiou ao positivismo: garantir a segurança nas relações sociais por meio de um conceito de direito perfeitamente delimitado em relação à moral e à política, resguardando o direito das ameaças representadas pelo pluralismo axiológico e pelo arbítrio estatal” (BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999. p. 138).

²⁵⁹ HANSFORD; SPRIGGS II, *The politics of precedent...*, 2008, p. 19-23; DUXBURY, *The nature...*, 2008, p. 116; DAVID, *Os grandes sistemas...*, 2002, p. 443.

²⁶⁰ SASTRE, *El precedente...*, 2008, p. 116-117.

²⁶¹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 53.

²⁶² MATTEI, *Stare decisis...*, 1988, p. 201.

3.2 Particularidades do sistema da *Civil law*

Diferentemente, os ordenamentos jurídicos do sistema da *Civil law*, ou simplesmente do Direito civil (nações sul-americanas e romano-germânicas)²⁶³, são caracterizados por formar um conjunto sistemático de regras lógicas, fechadas e rígidas. Parte-se do pressuposto de que toda a espécie de questões pode e deve, pelo menos em teoria, ser resolvida pela “interpretação” de uma norma jurídica existente²⁶⁴. Representam o que se chama de “família de direito romano-germânica”, que se forma a partir do Império Romano, passa pela influência da igreja católica e dos povos bárbaros e se difunde com a tradição escolar da antiguidade tardia²⁶⁵, consolidando-se como expressão cultural²⁶⁶.

²⁶³ Mario G. Losano aponta que há pelo menos três razões que exigem estudar a história jurídica da América do Sul separadamente das outras histórias dedicadas às estratificações dos direitos europeus sobre os ordenamentos preexistentes na Ásia e na África. Isso não afasta, entretanto, a origem romano-germânica das nações sul-americanas. Apenas as diferenciam. Senão vejamos as particularidades apontadas pelo jurista italiano: “Em primeiro lugar, o direito europeu – na forma específica do direito luso-castelhano – difundiu-se na América do Sul a partir do século XVI, ou seja, quase três séculos antes que a expansão do colonialismo europeu impusesse seu próprio direito aos outros continentes. [...] Em segundo lugar, no século XIX, a relação entre as metrópoles ibéricas e as colônias sul-americanas não foi envenenada pelo prolongamento de radicais contraposições raciais e por etnocentrismos exasperados, porque os conflitos sangrentos até o genocídio haviam ocorrido logo, ou seja, durante o século seguinte à descoberta. [...] Em terceiro lugar, a independência de várias colônias sul-americanas pôde realizar-se quase simultaneamente devido à ocupação napoleônica da península Ibérica e ao conseqüente exílio dos legítimos soberanos. Enquanto para as colônias espanholas colocava-se o problema da fidelidade ou não à Coroa em exílio, o Brasil ascendeu de colônia à categoria de sede da casa reinante portuguesa, assumindo a dignidade de império. Passada a tempestade napoleônica, as velhas relações de força já estavam comprometidas. O Brasil continuou sua existência como império independente, sob a mesma dinastia que, entretantes, retornara também a Lisboa. Para os outros Estados da América Latina, ao invés, começava um penoso processo de separação política da metrópole espanhola, durante o qual – sobretudo nas primeiras décadas – se continuou a aplicar o direito ‘colonial’, mesmo voltando-se os olhos para outros modelos europeus, como os códigos civis e comerciais da França e da Alemanha” (LOSANO, *Os grandes sistemas...*, 2007, p. 213-215).

²⁶⁴ O sistema da *Common law*, pelo contrário, é aberto: “comporta um método que permite resolver toda a espécie de questões, mas não comporta regras essenciais que possam ser aplicadas em todas as circunstâncias. A técnica do direito inglês não é uma técnica de interpretação das regras jurídicas; consiste, partindo das *legal rules* já estabelecidas, em descobrir a *legal rule*, talvez nova, que deverá ser aplicada em espécie; esta tentativa é conduzida levando-se em conta os fatos de cada espécie e considerando com cuidado as razões que existem para distinguir a situação que hoje se apresenta das que foram apresentadas no passado. A uma nova situação corresponde, deve corresponder segundo o jurista inglês, uma nova regra” (DAVID, *Os grandes sistemas...*, 2002, p. 411).

²⁶⁵ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 15-35.

²⁶⁶ René David destaca: “A eclosão do sistema romano-germânico, que se produz nos séculos XII e XIII, de modo nenhum é devida à afirmação de um poder político ou à centralização operada por uma autoridade soberana. O sistema romano-germânico diferencia-se por isto do direito inglês, em que o desenvolvimento da *common law* está ligado ao progresso do poder real à existência dos tribunais reais fortemente centralizados. No continente europeu não se observa nada disso. O sistema de direito romano-germânico vai, pelo contrário, afirmar-se, nos séculos XII e XIII, numa época em que não só a Europa não constitui unidade política, mas em que a própria idéia de que ela poderia ser diferente acaba por parecer quimérica: numa época em que torna evidente que os esforços do papado ou do Império não bastarão para reconstituir, num plano político, a unidade do Império Romano. O sistema de direito romano-germânico foi fundado sobre uma comunidade de

Na tradição romano-germânica, a fonte normativa está centrada no poder soberano, especialmente no Legislativo e, por exceção, no chefe do Poder Executivo (decretos-leis e medidas provisórias). O julgador é o juiz-burocrata, operador lógico do direito, cuja aplicação ocorre por meio de demonstração²⁶⁷. Acredita-se que a lei é a fonte precípua das decisões judiciais²⁶⁸, quer mediante a aplicação da letra expressa nos códigos, quer mediante a identificação da vontade do legislador, quando o caso não se subsume a uma hipótese prevista. O método jurídico reinante se funda na interpretação de textos escritos que sempre se supõem procedentes de um legislador²⁶⁹.

Nesse sistema, a doutrina clássica aponta que a jurisprudência não é considerada fonte de direito²⁷⁰. Tem valor apenas “de fato” na aplicação e interpretação do direito. Por isso, o caso individual, diferentemente da *Common law*, somente tem algum valor quando se soma a outros, consistindo em uma prática reiterada e uniforme que vem constituir a jurisprudência²⁷¹. Na divisão de poderes, a norma jurídica que possui vinculação normativa é aquela contida no texto das leis formuladas pelo legislador, cabendo ao juiz somente aplicá-la, e não uma regra estabelecida por um precedente judicial²⁷².

Na sua gênese, o sistema da *Civil law* buscou limitar a liberdade do julgador, com a adoção do princípio da legalidade e da crença que lhe é inerente, o que a *Common law* procurou alcançar mediante a adoção do princípio-garantia do *due process*²⁷³. Disso se infere que a lei escrita vincula estritamente o julgador, com o objetivo de eliminar sua vontade e, por

cultura. Ele surgiu e continuou a existir, *independentemente de qualquer intenção política*: este é um ponto que é importante compreender bem e sublinhar” (DAVID, *Os grandes sistemas...*, 2002, p. 40-41).

²⁶⁷ ZANETI JÚNIOR, *Processo constitucional...*, 2007, p. 53.

²⁶⁸ Art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e art. 126 do CPC.

²⁶⁹ BRUTAU, *A jurisprudência...*, 1977, p. 135.

²⁷⁰ Washington Barros Monteiro aponta: “Por mais reiterada que seja, a jurisprudência não constitui norma imperativa, como fonte normal do Direito positivo”, embora reconheça a sua importância (BARROS MONTEIRO, Washington. *Curso de direito civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. (Curso de direito civil, v. 1). p. 20). No mesmo sentido, Vicente Ráo destaca: “A lei surge como fonte direta e imediata do direito, seguindo-se-lhe, tão-somente, com caráter mediato e direto, o costume, embora certas legislações também admitam como fontes os princípios gerais de direito. Além dessas, nenhuma outra fonte pode admitir-se, nem mesmo com caráter supletivo. A equidade se exclui, porque não é direito, e, sim, um atributo do direito. E também se exclui a jurisprudência, isto é, a *autoritas rerum similiter judicaturum*, porque, por maior que seja a influência dos precedentes judiciais, jamais eles adquirem o valor de uma norma obrigatória e universal, podendo, quando muito, propiciar reformas ou inovações legislativas, como também pode fazer a ciência jurídica” (RÁO, *O direito e a vida...*, 1999, p. 270).

²⁷¹ GOODHART, *Precedent...*, 1934, p. 10.

²⁷² DE FRANCHIS, Francesco. L'interpretazione del precedente giudiziario nei sistemi di "civil law" e di "common law" (accenni comparatistici). *Contratto e Impresa: Dialoghi con la Giurisprudenza Civile e Commerciale*, Padova, n. 1, p. 91-103, 1986. p. 96.

²⁷³ SOUZA JÚNIOR, *A supremacia...*, 2002, p. 104.

consequente, qualquer forma de arbitrariedade²⁷⁴. Há uma compreensão de que as normas jurídicas são o texto da lei, cujo sentido é dado pelo legislador, não cabendo ao juiz construir o seu sentido. Trata-se, na verdade, de pura ficção, mas que ainda persiste entre os juízes continentais para encobrir o caráter criador que aflora na doutrina e nas decisões judiciais²⁷⁵.

Disso se infere que, a rigor, o precedente tem autoridade apenas persuasiva, pois não há dever jurídico para segui-lo. Logo, não existe consequência jurídica em virtude de sua inobservância²⁷⁶. Costuma-se alegar que a sentença vincula somente as partes, em relação às quais produz os seus efeitos jurídicos, e não a terceiros. A autoridade reconhecida seria apenas quanto à coisa julgada²⁷⁷. Não obstante, não se pode ignorar que, paulatinamente, estão sendo adotadas algumas técnicas que visam justamente a atribuir certo caráter vinculativo aos precedentes. No entanto, segundo a doutrina clássica, são medidas excepcionais que somente confirmariam a regra apontada.

Portanto, os precedentes, nos países de *Civil law*, não têm efeito vinculante, diferentemente do que ocorre nos países de *Common law*. Não significa que os precedentes, na tradição romano-germânica, tenham menos importância. Pelo contrário, embora sem caráter vinculante, as orientações jurisprudenciais desempenham papel significativo. Atualmente, a referência a ementas de acórdãos, por juízes e advogados, chega a ser mais frequente do que a referência a alguma disposição legal, o que não deixa de representar um incremento desordenado do uso dos precedentes, gerando algumas consequências até indesejáveis, ainda mais diante de tecnologias modernas, como a internet. Também não se ignora que a referência aos precedentes ocorre, muitas vezes, de forma padronizada, limitando-se aos ementários, cujo conteúdo nem sempre corresponde à exata fundamentação da decisão²⁷⁸.

²⁷⁴ BOBBIO, *Teoria geral...*, 2000, p. 311-313.

²⁷⁵ BRUTAU, *A jurisprudência...*, 1977, p. 144.

²⁷⁶ DE FRANCHIS, *L'interpretazione...*, 1986, p. 96.

²⁷⁷ No Direito brasileiro, a regra é o art. 472 do CPC: “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros”.

²⁷⁸ Lenio Luiz Streck ressalta: “Com um pouco de atenção e acuidade, pode-se perceber que grande parte das sentenças, pareceres, petições e acórdãos são resolvidos mediante citações absolutamente padronizadas do tipo ‘Nessa linha, a jurisprudência é pacífica (e seguem-se várias citações *standards* de números de RTs, RTJs etc.) ou ‘Já decidiu o Tribunal que abraço configura o crime de atentado violento ao pudor, consoante RT 567/293’, ou ainda que ‘legítima defesa não se mede milimetricamente (RT 604/327) ou que a Súmula n. 594 esgota a matéria... [sic]. São citados, tão-somente, os ementários, produtos, na maioria das vezes, de outros ementários e, não poucas vezes, de decisões isoladas e defasadas pela passagem do tempo. Para

Entretanto, no contexto da aplicação do direito na tradição romano-germânica, uma questão permanece sem resposta adequada: se não há força vinculante, por que razão os precedentes são constantemente referidos e, muitas vezes, levados em consideração? O que explica esse fenômeno?

Há quem explique o fenômeno pela equiparação da jurisprudência ao costume, como fonte do direito. Sustenta-se que, preenchidos certos requisitos, “a jurisprudência (não os julgados, mas a repetição constante, racional e pacífica destes) pode adquirir verdadeiro caráter de preceito geral. É, a nosso ver, quando, pela reiteração e, sobretudo, da necessidade de bem regular, de modo estável, uma situação não prevista, ou não resolvida expressamente pela lei, ela assume os caracteres de verdadeiro costume judiciário”²⁷⁹. Parece evidente, entretanto, que a discussão comum acerca das fontes de direito não responde a questão. A dificuldade inicia-se com a própria compreensão de fonte de direito, cujo sentido, sabidamente, é polissêmico²⁸⁰. Muitos dos estudos contentam-se com o critério puramente formal: fontes do direito são as enumeradas pelo ordenamento jurídico²⁸¹.

Esse conceito não será a opção eleita neste trabalho. Em seu lugar, propõe-se outra concepção de fonte de direito, a chamada fonte-argumento. Segundo essa concepção, todo material que deve, deveria, ou pode ser usado na solução de problemas jurídicos denomina-se de fonte de direito²⁸². Por “fontes do direito”, por conseguinte, “entender-se-á o

municar a comunidade jurídica, existem dezenas de publicações especializadas em ementas jurisprudenciais e verbetes doutrinários, a favor e contra a tese a ser debatida em juízo” (STRECK, *Súmulas no direito...*, 1998, p. 225, nota 233).

²⁷⁹ FRANÇA, Rubens Limongi. *O direito, a lei e a jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 178-179.

²⁸⁰ Wróblewski identifica até cinco significados: no sentido *criativo*, fontes de direito são as normas de direito em vigor; no sentido *funcional*, é aquilo que influi no conteúdo das normas em vigor; no sentido da sua *validade*, fonte de direito é o fundamento da força obrigatória de uma norma jurídica; fonte de direito no sentido da *decisão*, é aquilo invocado na motivação das decisões; e finalmente, em seu sentido *informativo*, fontes do direito corresponde ao material que contém informação sobre o direito em vigor (WRÓBLEWSKI, Jerzy. *La jurisprudencia et la doctrine juridique en tant que source de droit. Rapports Polonais*, Varsovia, Ossolineum, 1974, p. 46 *apud* SORIANO, *El precedente judicial*, 2002, p. 19). Para uma análise dos tipos de fontes do Direito, indica-se a obra de Norberto Bobbio (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Intr. Tercio Sampaio Ferraz Júnior; trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. São Paulo: Polis, 1989. p. 37-48). Outrossim, sobre fontes do direito, aponta-se estudo de Luis Afonso Heck (HECK, Luis Afonso. *As fontes do direito*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 677, p. 59-81, mar. 1992.).

²⁸¹ A dogmática brasileira classifica as fontes em imediatas e mediatas. As primeiras são a lei, os costumes, a analogia e os princípios gerais de direito, consoante disposição legal do art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil e art. 126 do CPC. As mediatas são a doutrina e a jurisprudência.

²⁸² Adota-se, portanto, o sentido largo de fonte de direito, tal como sustentado por Aulis Aarnio: “every reason that can – according to the generally accepted rules of the legal community – be used as the justificatory bases of the interpretation is source of law” (AARNIO, Aulis. *The rational as reasonable*. Norwell: Kluwer Academic, 1987. p. 77).

conjunto de fatores ou elementos que exercem influência na formulação do juiz da regra na qual ele funda sua decisão”²⁸³. Logo, o que qualifica qualquer material, inclusive os precedentes judiciais como fonte de direito, é sua utilização na atividade judicial como argumento jurídico. De acordo com a graduação apresentada, os precedentes são fontes de direito a que os juízes devem referir-se na fundamentação de suas decisões, as quais são classificadas como fonte parcialmente objetivada tal como o costume²⁸⁴. Nesse sentido, é inegável que os precedentes judiciais têm força normativa.

No entanto, concluir que os precedentes são fontes de direito, ou possuem força normativa, não fornece uma resposta à razão pela qual os juízes levam em conta os precedentes e, muito menos, esclarece como esse material é utilizado na atividade jurisdicional. O ponto de partida para esclarecer essa questão será a argumentação jurídica, cujo objeto é a tensão existente entre a consistência da decisão jurídica e a sua aceitabilidade²⁸⁵, conforme restará examinado.

3.3 Decisões, precedentes, súmula e jurisprudência

Neste momento, torna-se necessário focar o tema e assentar as suas bases dogmáticas, para que os fins almejados não restem frustrados por premissas equivocadas. Como sustenta Castanheira Neves, “o primeiro dever de uma investigação que pretenda ser criticamente fundada é por certo o de evitar ‘a confusão do heterogéneo numa presumida unidade’ ”²⁸⁶. Por isso, é indispensável apresentar algumas definições iniciais, que serão úteis ao desenvolvimento das ideias propostas.

O precedente judicial não se identifica com qualquer pronunciamento judicial e tampouco com o conjunto das decisões judiciais. Da mesma forma, não se pode confundir precedente com a súmula de um tribunal, seja persuasiva, seja vinculante.

²⁸³ ROSS, *Direito e justiça*, 2000, p. 103.

²⁸⁴ ROSS, *Direito e justiça*, 2000, p. 104.

²⁸⁵ SORIANO, *El precedente judicial*, 2002, p. 20-21.

²⁸⁶ CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 1995. v. 1. p. 490.

Sob o prisma epistemológico, o termo *precedente* pode representar diversos sentidos. De forma ampla, o precedente pode ser entendido como uma ou mais decisões prévias que funcionam como modelos para casos ulteriores²⁸⁷. Nessa acepção, os precedentes representam razões de direito que servem de fundamento para futuras decisões²⁸⁸. Em um sentido restritivo, entretanto, significam apenas decisões vinculantes providas de cortes superiores de uma mesma jurisdição sobre determinada matéria²⁸⁹. Aqui o precedente se restringe à decisão vinculante verticalmente, obrigando os juízes a seguirem as decisões das cortes superiores²⁹⁰.

No escopo deste trabalho adota-se a concepção ampla, conquanto o enfoque da análise esteja voltado à atividade desempenhada pelas cortes superiores. Isso porque a teoria normativa adotada, conforme exame a ser empreendido, não identifica diferença ontológica entre a força persuasiva e a vinculante. Logo, o precedente judicial é toda decisão anterior com relevância que pode projetar efeitos jurídicos ao futuro, condicionando o comportamento de distintos sujeitos em casos similares, o que denota a sua natureza normativa. Trata-se de definição elementar que se destaca pela ausência de qualquer referência à força vinculante²⁹¹. Nesse aspecto, o precedente representa um caso passado que serve de guia para uma decisão futura²⁹². A sua nota característica é o caráter transcendental, de modo que os seus efeitos vão além das partes envolvidas no processo, estendendo-se à coletividade²⁹³.

Quanto ao seu conteúdo, o precedente fornece uma regra que pode ser aplicada como critério de decisão em um caso sucessivo, em razão da identidade ou similitude entre os fatos do primeiro caso e os do segundo. Cuida-se, portanto, de pronúncia sobre um determinado ponto de direito²⁹⁴. No seu conjunto, os precedentes, principalmente dos tribunais superiores, após a decorrência de um tempo razoável, passam a ser considerados “direito vigente” ou “direito judicial”²⁹⁵. Ademais, o precedente é fruto de um ordenamento

²⁸⁷ MacCORMICK, Donald Neil. Introduction. In: _____; SUMMERS, Robert S. (Ed.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997. p. 1-15. p. 1.

²⁸⁸ HONDIUS, Precedent..., 2003, p. 420; WRÓBLEWSKI, *Sentido y hecho...*, 2003, p. 297.

²⁸⁹ SUMMERS, Precedent in the United States..., 1997, p. 364.

²⁹⁰ HONDIUS, Precedent..., 2003, p. 420.

²⁹¹ SORIANO, *El precedente judicial*, 2002, p. 17.

²⁹² DUXBURY, *The nature...*, 2008, p. 1.

²⁹³ VISINTINI, *Il dovere professionale...*, 1994, p. 409; LLOYD; FREEMAN, *Lloyd's introduction...*, 1985, p. 1101.

²⁹⁴ ANZON, Adele. *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi: l'esperienza italiana alla luce di un'analisi comparata sul regime del Richterrecht*. Giuffrè: Milano, 1995. p. 27.

²⁹⁵ LARENZ, *Metodologia...*, 1989, p. 522.

jurídico que se autonutre, na medida em que acórdãos citam precedentes e, dessa forma, legitimam-se, o que remete à ideia de *autopoiesis*²⁹⁶.

O precedente é judicial quando resulta emanado de um órgão jurisdicional²⁹⁷. Há quem prefira, diferentemente, a denominação *precedente judiciário*²⁹⁸. Da mesma forma, o precedente pode ser administrativo quando proferido por órgãos dessa natureza. Independentemente da sua origem, caberá ao juízo do caso sucessivo considerar a decisão anterior como precedente, delimitando o seu alcance. Logo, é o juiz do caso sucessivo que reconhece se existe ou não o precedente²⁹⁹, não cabendo ao próprio juízo considerá-lo como tal³⁰⁰.

O precedente judicial pode ser classificado como constitutivo ou interpretativo. Os precedentes constitutivos são aqueles que criam a regra a partir do direito costumeiro. Já os precedentes interpretativos são aqueles que fixam a interpretação das normas legais.³⁰¹ No *Common law*, encontram-se ambas as espécies, enquanto no *Civil law* verificam-se somente os precedentes interpretativos, que não deixam de ter a mesma importância operacional em comparação aos precedentes constitutivos.

Mas não é toda e qualquer decisão pretérita que constitui precedente judicial. Aqui reside a diferença entre decisão e precedente. Embora todo precedente seja uma decisão, nem toda decisão constitui precedente. O valor transcendental é o fator diferencial. Muitas decisões proferidas não transcendem a sua relevância além dos limites do caso concreto, razão pela qual não servem de guia/paradigma para casos futuros. Nesse caso, são apenas decisões judiciais. Para se tornar um precedente, a decisão, que está vinculada ao caso historicamente

²⁹⁶ Niklas Luhmann trouxe, para as ciências sociais, o conceito de *autopoiesis* – do grego *autós*, por si mesmo ou próprio, e *poiesis*, criação, produção, a fim de justificar o ordenamento jurídico como autônomo e autopoietico, autorreferencial: “Na definição de Maturana, *autopoiesis* significa que um sistema só pode produzir operações na rede de suas próprias operações, sendo que a rede na qual essas operações se realizam é produzida por essas mesmas operações. [...]. Quando, para explicar o conceito de *autopoiesis*, toma-se como ponto de partida o encerramento de operação, entende-se, então, por *autopoiesis*, que o sistema se produz a si mesmo...” (LUHMANN, *Introdução à teoria...*, 2010, p. 119-120).

²⁹⁷ DOLEZALEK, Gero. *Precedenti giudiziari nello ‘ius commune’*. In: VICENTI, Umberto *et al.* *Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea*. Padova: CEDAM, 1998. p. 55.

²⁹⁸ A expressão é utilizada por alguns autores: MATTEI, *Stare decisis...*, 1988., *passim*; KNIJNIK, *O recurso especial...*, 2005, p. 54-62; DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 2005, p. 284-285.

²⁹⁹ TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007. p. 14.

³⁰⁰ É o que destaca Aulis Aarnio: “*Within the Common Law system, it is not conceived possible that a judicial body has the authority to decide whether its own decision will have the status of a precedent. That will remain for the later jurisdiction to decide*” (AARNIO, *The rational as reasonable*, 1987, p. 81).

³⁰¹ MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, 2010, p. 194.

concreto, tem a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados, tornando-se padrão normativo casuístico em decisões análogas futuras³⁰².

Basta uma decisão para caracterizar um precedente judicial, o que é plenamente aceito na *Common law*³⁰³. Já a *Civil law*, que não aplica propriamente a teoria do precedente, tem dificuldade para aceitá-lo individualmente, embora admita, por exemplo, a suficiência de apenas um precedente para admitir recursos perante os tribunais superiores³⁰⁴. Ora, a reiteração é própria da jurisprudência e não dos precedentes judiciais. Por isso, a tradição europeia exige intuitivamente uma pluralidade de decisões em um determinado sentido, na medida em que, em regra, atribui valor apenas à jurisprudência³⁰⁵. No entanto, não é essa a concepção adotada nesta tese. Aqui se entende que é suficiente uma decisão para constituir precedente, que será a primeira decisão a elaborar a tese jurídica ou que definitivamente a delineará.

Tampouco se pode confundir precedente com o chamado *leading case*³⁰⁶. O caso líder pode ser de duas espécies: a) é aquele que por primeiro decide uma determinada controvérsia, também conhecido por *case of first impression*;³⁰⁷ ou b) pode ser aquele que primeiro estabelece uma determinada solução para uma controvérsia já resolvida anteriormente, hipótese esta que configura modificação de jurisprudência e que pode macular a segurança jurídica na aplicação do direito, conforme será examinado. Em qualquer das duas hipóteses, a decisão pode ou não se tornar precedente. Dependerá da circunstância de ser possível extrair do seu núcleo uma norma judicial passível de aplicação a casos futuros. Geralmente, quando se trata de questões relevantes, o *leading case* acaba tornando-se

³⁰² CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 12.

³⁰³ STRECK, *Súmulas no direito...*, 1998, p. 62.

³⁰⁴ Note-se que, no Direito brasileiro, para admissibilidade do recurso especial, por exemplo, basta a demonstração da interpretação divergente atribuída por outro tribunal (art. 105, III, “c”, CF/88), sendo suficiente a invocação de apenas um precedente.

³⁰⁵ CADOPPI, *Il valore del precedente...*, 2007, p. 180.

³⁰⁶ Eis a definição de *leading case*: “1. A judicial decision that first definitively settled an important rule or principle and that has since been often and consistently followed. An example is *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 86 S.Ct. 1602 (1966) (creating the exclusionary rule for evidence improperly obtained from a suspect being interrogated while in police custody). Cf. *Landmark decision*. 2. An important, often the most important, judicial precedent on a particular legal issue” (LEADING case. In: GARNER, Bryan A. (Ed.). *Black’s law dictionary*. 8. ed. Sant Paul: Thomson West, 2004. p. 906).

³⁰⁷ DERZI, *Modificações...*, 2009, p. 521. Eis a definição de *case of first impression*: “A case that presents the court with an issue of law that has not previously been decided by any controlling legal authority in that

precedente, destacando-se frente às demais decisões por sua autoridade diferenciada, tendo por função constituir um critério de referência para se obter uma jurisprudência uniforme³⁰⁸.

No que tange à súmula, ela se presta a veicular o entendimento do Tribunal acerca de qualquer questão a cujo respeito surgiram divergências, sendo a consagração de uma tese jurídica vencedora³⁰⁹. Constitui “o resumo de uma tendência jurisprudencial adotada, predominantemente, por determinado tribunal sobre matéria específica, sendo enunciada em forma legalmente definida e publicada em número de ordem”³¹⁰. Tecnicamente, caracteriza-se por ser um enunciado sintético, geral e abstrato, capaz de expressar a *ratio decidendi* comum às reiteradas decisões sobre determinada matéria³¹¹. Não se trata propriamente de uma decisão oriunda de um conflito de interesses, senão da expressão do resultado de um procedimento específico adotado por um determinado tribunal para eliminar as variações de interpretação, sem a participação em contraditório das partes, no qual são discutidos e postos em votação os seus pressupostos e o seu texto, de acordo com a norma constitucional autorizadora e as respectivas normas regimentais³¹².

Em última análise, a súmula expressa a síntese da jurisprudência predominante dos tribunais superiores, explicitando a interpretação da maioria absoluta dos julgadores acerca das questões decididas, ainda que as decisões dos precedentes não tenham sido unânimes³¹³. Expressa, portanto, um juízo de valor³¹⁴ ou orientação predominante de um tribunal quanto à interpretação do direito, seja material, seja processual,³¹⁵ a qual se enquadra

jurisdiction” (CASE of first impression. In: GARNER, Bryan A. (Ed.). *Black’s law dictionary*. 8. ed. Sant Paul: Thomson West, 2004. p. 228).

³⁰⁸ TARUFFO, *Il vertice ambiguo...*, 1991, p. 166.

³⁰⁹ CAMBI, *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos...*, 2009, p. 162.

³¹⁰ ROCHA, Sobre a súmula vinculante, 1997, p. 130.

³¹¹ Nelson Nery Jr. define: “A Súmula é o conjunto das teses jurídicas reveladoras da jurisprudência reiterada e predominante no tribunal e vem traduzida em forma de verbetes sintéticos numerados e editados” (NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 109).

³¹² A propósito, Lenio Luiz Streck classifica as súmulas em quatro diferentes espécies: “No primeiro grupo, podem ser encontradas as Súmulas que dizem exatamente o que diz a lei, aqui denominadas de Súmulas *tautológicas*; no segundo, estão as mais numerosas, ou seja, as que são, verdadeiramente, uma forma de interpretar a lei, denominadas, aqui, de *intra legem*; em terceiro, estão as Súmulas que denomino de *extra legem*, que têm a função precípua de limitar as possibilidades de admissão dos recursos dirigidos aos Tribunais Superiores. E, por último, encontramos as Súmulas *contra legem* e/ou inconstitucionais, que criam Direito novo, à revelia das leis e da Constituição” (STRECK, *Súmulas no direito...*, 1998, p. 168-207).

³¹³ MOURA ROCHA, José de. A importância da súmula. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 257, p. 91-98, jan./mar. 1977. p. 96.

³¹⁴ BUZAID, Alfredo. Uniformização de jurisprudência. *Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 34, p. 189-217, jul. 1985. p. 214.

³¹⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A função das súmulas do Supremo Tribunal Federal em face da teoria geral do direito. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 40, p. 224-235, out./dez. 1985. p. 225.

em uma “situação-tipo”³¹⁶. Nesse aspecto, a súmula assemelha-se ao instituto português dos “assentos”³¹⁷.

Por sua vez, existem numerosos pontos de contato entre os precedentes e a jurisprudência. Tal como os precedentes, a jurisprudência proporciona exemplos de como interpretar o direito, está revestida de certa autoridade e seu fundamento básico é o princípio da igualdade na aplicação do direito, ou seja, casos iguais devem ter tratamento similar³¹⁸. No entanto, existem diferenças que precisam ser apontadas, pois a linguagem técnica nem sempre tem sido observada.

Epistemologicamente, o termo *jurisprudência* pode representar diversos sentidos. Na sua origem, Jurisprudência, grafada em maiúsculo, designa “Ciência do Direito”,³¹⁹ tal como a chamou Ulpiano no Direito Romano (*Jurisprudentia*³²⁰). Os ingleses e americanos, na *Common law*, e os italianos e alemães, na *Civil law*, empregaram, respectivamente, as palavras “Jurisprudence”³²¹, “Giurisprudenza” e “Jurisprudenz” nesse

³¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 87.

³¹⁷ A origem dos assentos é bastante antiga. Desde as Ordenações Manuelinas procurou o legislador português uniformizar a jurisprudência, utilizando a figura do assento, que era um ato do Poder Judiciário consistente em dar à lei “interpretação autêntica”. À semelhança do que ocorre hoje com a súmula, pelo assento não se decidia um caso concreto. Determinava-se apenas o entendimento da lei quando a seu respeito ocorriam divergências manifestadas em sentenças (BUZUID, Uniformização de jurisprudência, 1985, p. 193-195). Em exame do tema, Castanheira Neves aponta: “Tendo por base a decisão do recurso, o assento não é, porém, essa decisão enquanto tal, mas o preceito que formal e normativamente dele se autonomiza para impor em termos gerais e abstractos o sentido jurídico com que tenha sido solucionada a divergência jurisprudencial. E o seu objectivo é a *uniformização da jurisprudência*: cometendo-se em regra aos supremos tribunais, e como uma das suas funções principais, a tarefa de uniformização, enquanto condição tanto da unidade do direito como da igualdade e segurança da sua aplicação, é mediante o regime dos *assentos* (instituído a partir da reforma processual de 1926) que o nosso sistema jurídico se propõe realizá-la [cf. Lei Orgânica, art. 27º, f]” (CASTANHEIRA NEVES, *Digesta*, 1995, p. 345-346).

³¹⁸ SORIANO, *El precedente judicial*, 2002, p. 185.

³¹⁹ CARVALHO, Ivan Lira de. Decisões vinculantes. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 745, p. 48-58, nov. 1997. p. 48.

³²⁰ Conforme destaca Alfredo Buzaid, a jurisprudência “pode ser entendida como o conhecimento das coisas divinas e humanas e a ciência do justo e do injusto. Neste sentido foi empregada por Ulpiano (Livro I *Regularum*) no D.2.1.10, § 2º: ‘Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justí et injusti scientia’” (BUZUID, Uniformização de jurisprudência, 1985, p. 189). Portanto, no direito romano pré-clássico, jurisprudência (*Jurisprudentia*) significa Ciência do Direito (*prudencia* = ciência; *ius* = do direito). Na época do direito clássico, a jurisprudência é assim definida: “*ius prudentia est diuinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*” (“a jurisprudência é o conhecimento das coisas divinas e humanas, a ciência do justo e do injusto”) (MOREIRA ALVES, *Direito romano*, 1983, p. 13, 31).

³²¹ No Direito anglo-saxão, uma obra sobre “*Jurisprudence*” trata não da atividade pretoriana senão da Teoria Geral do Direito e os seus elementos estruturantes (Introdução e Filosofia do Direito). Ilustrativamente: BODENHEIMER, *Jurisprudence...*, 1974; LLOYD; FREEMAN, *Lloyd’s introduction...*, 1985. Quanto ao objeto de análise, Alf Ross destaca: “No âmbito dos estudos heterogênicos reunidos sob a designação *jurisprudence* pode-se discernir três áreas de investigação, e correspondentemente três escolas de

sentido³²². Da mesma forma, jurisprudência pode representar algumas escolas que se destacaram no pensamento jurídico³²³. Outrossim, jurisprudência (*juris + prudentia*) pode significar “sabedoria” ou “prudência” do Direito,³²⁴ adquirida pela experiência e observação ao longo do tempo. Consistiria no conjunto das manifestações dos jurisconsultos (prudentes)³²⁵. Neste caso, a jurisprudência representa a racionalidade material, orientada ao seu conteúdo. Em termos aristotélicos, constitui a *phrónesis*³²⁶ ou, em termos escolásticos, a *ratio practica* orientada aos casos sob julgamento³²⁷. Por fim, jurisprudência pode representar

investigação, a saber: o problema do conceito ou natureza do direito, o problema do propósito ou idéia do direito e o problema da interação do direito e da sociedade” (ROSS, *Direito e justiça*, 2000, p. 23-28).

³²² No Direito alemão, cumpre destacar, as obras utilizam o termo *Jurisprudência* como sinônimo de *ciência do Direito*. Senão vejamos a introdução da obra de Karl Engisch: “Quem se proponha familiarizar o principiante ou o leigo com a ciência do Direito (Jurisprudência) e o pensamento jurídico, ao tentá-lo vê-se a braços com uma série de dificuldades e dúvidas que não encontraria noutros domínios científicos. Quando o jurista, situado no círculo das ciências do espírito e da cultura, entre as quais se encontra a Jurisprudência, olha derredor, tem de constatar, angustiado e com inveja, que a maioria delas pode contar *extra muros* com um interesse, uma compreensão e uma confiança muito maiores do que precisamente a sua ciência (ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. de J. Baptista Machado. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. p. 11). Da mesma forma, Karl Larenz atribui este sentido ao termo *jurisprudência*: “Caracterizamos a Jurisprudência como a ciência sobre o Direito que dele se ocupa antes de tudo sob o seu aspecto normativo e, assim, que se ocupa do ‘sentido’ das normas” (LARENZ, *Metodologia...*, 1989, p. 229).

³²³ Entre essas correntes de pensamento jurídico, destacam-se a jurisprudência analítica ou escola analítica, com as suas classificações de normas e princípios, com o seu positivismo agravado e com o jusracionalismo de recurso que sempre a informa, na qual se destacaram Hobbes (1588-1679), Bentham (1748-1832), Austin (1790-1859) e Hart (1907-1994) e a jurisprudência problemática, com o realce à ideia básica de que o Direito é uma técnica de resolução de conflitos, encontrando em Viehweg o seu maior defensor (MENEZES CORDEIRO, *Introdução*, 2002, p. XL-XII).

³²⁴ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A jurisprudência como fonte do direito e o aprimoramento da magistratura. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 28, p. 107-120, jul./ago. 1981. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/32170>>. Acesso em: 20 maio 2009. p. 2.

³²⁵ FRANÇA, *O direito, a Lei...*, 1974, p. 145.

³²⁶ Aristóteles refere-se à *phrónesis* como o saber prático: “Quanto à sabedoria prática, poderemos chegar à sua definição considerando as pessoas que são dotadas dessa virtude. Julga-se que seja característico de um homem dotado de sabedoria prática capaz de deliberar bem acerca do que é bom e conveniente para ele, não sob um aspecto particular (como por exemplo quais as espécies de coisas que contribuem para a saúde e o vigor), mas sobre aquelas que contribuem para a vida boa de um modo. Isso fica claro [30] pelo fato de atribuirmos sabedoria prática a um homem, sob um aspecto particular, quando ele calculou bem visando a alguma finalidade boa que não está entre aquelas que são objeto de alguma arte.” Adiante destaca: “[20] A sabedoria prática deve ser, então, uma capacidade verdadeira de agir no que diz respeito às ações relacionadas com os seres humanos. Por outro lado, embora possa haver na arte uma excelência, na sabedoria prática ela não existe; na arte é preferível a pessoa que erra voluntariamente, ao passo que na sabedoria prática, assim como nas outras virtudes, ocorre o contrário. Fica claro, então, que a sabedoria prática é uma virtude e não [25] uma arte. E como são duas as partes da alma que se guiam pelo raciocínio, ela deve ser a virtude de uma das duas, ou melhor, daquela parte que forma opiniões, pois a opinião se relaciona com o variável, da mesma forma que a sabedoria prática. No entanto, ela é mais do que uma simples disposição racional, e isso é evidenciado pelo fato de que se pode deixar de usar uma faculdade [30] racional, mas não a sabedoria prática” (ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*, 2006, Livro VI, 5, p. 132-133).

³²⁷ Nessa senda, destaca Hélio Tornaghi: “Alguns autores entendem, com razão, que a *jurisprudencia* é mais propriamente sabedoria. Essa é o gosto, o paladar, o sabor da ciência, adquirido pela experiência e pela observação não de uma só pessoa, mas de todas, polida, decantada, e transmitida de geração em geração. É fruto do amadurecimento, da compreensão, inclusive da compreensão da vida e do mundo. [...] A sabedoria está para a razão pura tal como a prudência (*prudentia*) para a razão prática. A primeira vê, entende; avalia; a segunda aponta à razão os meios idôneos e capazes de bem atingir os fins colimados (*recta ratio agibilium*). A sabedoria é vidente; a prudência é conselheira judiciosa” (TORNAGHI, *Comentários ao Código...*, 1976, p. 21-22).

o “acervo de decisões”. Num sentido lato, pode referir-se ao conjunto de decisões dos tribunais, e abranger tanto a jurisprudência uniforme como a divergente. Em sentido estrito, significa o conjunto uniforme e constante das decisões judiciais sobre casos semelhantes³²⁸. “A jurisprudência consiste, pois, em uma interpretação constante e uniforme da regra legal”³²⁹. O critério que a preside é uma progressão quantitativa, cujo valor deve ser ponderado³³⁰, na medida em que dela se podem extrair regras gerais, que permitem prever a solução a ser dada em litígios semelhantes. É a jurisprudência considerada estável, que expressa a expectativa normativa judicial consolidada³³¹. Em última análise, essa acepção restrita é a que passa a ser adotada neste trabalho³³².

Portanto, a jurisprudência é formada pelo conjunto de decisões uniformes e reiteradas, momento em que adquire autoridade no ordenamento jurídico³³³. Note-se que a uniformidade é ínsita à jurisprudência, que nada mais é do que a forma concordante com que os órgãos judiciários se pronunciam para resolver casos similares³³⁴. Por isso, há uma diferença quantitativa entre precedentes e jurisprudência. Quando se fala de precedente, há referência a uma decisão relativa a um caso particular, ao passo que a jurisprudência remete a uma pluralidade de decisões atinentes a diversos casos concretos³³⁵. Dessarte, o precedente, julgado individual, pode, ou não, formar jurisprudência, à medida que se somar a outros

³²⁸ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 20. ed. refundida, com a colaboração de Luiz Antonio Nunes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 352; REALE, *Lições preliminares...*, 2002, p. 167.

³²⁹ BUZUID, Uniformização de jurisprudência, 1985, p. 190.

³³⁰ ZAGREBELSKY, *Il diritto mite...*, 1992, p. 168.

³³¹ DERZI, *Modificações...*, 2009, p. 256.

³³² Lenio Luiz Streck destaca: “É nessa acepção que se coloca o problema da jurisprudência como *fonte do Direito*. Pode-se dizer, então, que a jurisprudência, como fonte formal do direito positivo, é o conjunto uniforme e constante das decisões judiciais sobre casos semelhantes” (STRECK, *Súmulas no direito...*, 1998, p. 83).

³³³ Esse é o sentido adotado, por exemplo, pelos seguintes autores: SORIANO, *El precedente judicial*, 2002, p. 17; e ARRUDA ALVIM, *O recurso especial...*, 1997, p. 31. O registro é válido porque “jurisprudência” pode significar coisas diversas. Em obra histórica, Luigi Lombardi emprega o termo “direito jurisprudencial” com significado mais amplo, não limitado à criação por obra dos juízes, mas estendido à “relação criativa que o *jurista* tem com o direito” (*Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Milano: Giuffrè, 1967. p. VII). Em sentido diverso, porém ainda amplo, Mauro Cappelletti concebe a “jurisprudência” como “a atividade dos tribunais no *ius dicere*, ou as decisões daí resultantes”, pouco importando serem reiteradas num mesmo sentido (CAPPELLETTI, *Juízes legisladores*, 1993, p. 18).

³³⁴ CAMBI, *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos...*, 2009, p. 151.

³³⁵ TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, 2007, p. 12. Por isso, Carlos Maximiliano destaca: “Uma decisão isolada não constitui jurisprudência; é mister que se repita, e sem variações de fundo. O precedente, para constituir jurisprudência, deve ser *uniforme e constante*. Quando esta satisfaz os dois requisitos granjeia sólido prestígio, impõe-se como revelação presuntiva do sentir geral, da consciência jurídica de um povo em determinada época; deve ser observada enquanto não surgem razões muito fortes em contrário: *minime sunt mutanda quae interpretationem certam semper habuerunt* – “altera-se o menos possível o que teve constantemente determinada interpretação” (MAXIMILIANO, *Hermenêutica...*, 1951, p. 226).

julgados no mesmo sentido³³⁶. Nesse caso, é apenas uma unidade da jurisprudência³³⁷. A dificuldade maior é saber quando uma orientação restou estabelecida a ponto de poder ser qualificada simplesmente como jurisprudência, ou ainda, a chamada “jurisprudência mansa e pacífica”³³⁸. Ademais, existe uma diferença qualitativa de ordem metodológica entre precedentes e jurisprudência. Enquanto os precedentes fornecem o substrato necessário para a sua aplicação aos casos futuros, a jurisprudência apenas aponta sentidos. É por isso que se estuda na teoria dos precedentes, e não da jurisprudência, aquilo que transcende do caso individual e os seus critérios de aplicação, tanto positiva como negativa, conforme restará examinado.

3.4 Dimensões dos precedentes

A doutrina clássica procura abordar dogmaticamente o termo *precedente* em quatro dimensões, que representam os diferentes aspectos do fenômeno e que, somadas, apontam o que seja o precedente judicial.

3.4.1 Subjetiva ou institucional (horizontal e vertical)

A dimensão subjetiva ou institucional do precedente diz respeito ao juiz ou órgão jurisdicional sujeito à sua aplicação, ou seja, à relação existente entre o julgador do caso precedente e o do caso sucessivo, que deve aplicá-lo no caso concreto sob julgamento. Portanto, revela quem está submetido à aplicação do precedente, direção que pode ser horizontal ou vertical³³⁹.

³³⁶ Sidnei Agostinho Beneti destaca: “O linguajar jurídico nacional vem solapando o conceito de jurisprudência, que é a interpretação consistente dos tribunais a respeito das lides, igualando-a pela de precedente, que é cada julgamento individual. Um julgado não é jurisprudência, mas um precedente, que interagirá com outros julgados idênticos ou análogos, no sentido da formação, ou não, de jurisprudência” (BENETI, Doutrina de precedentes..., 2006, p. 473).

³³⁷ SASTRE, *El precedente...*, 2008, p. 136.

³³⁸ GOODHART, *Precedent...*, 1934, p. 43.

³³⁹ TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, 2007, p. 26; DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. 6. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1997. p. 117; AARNIO, *The rational as reasonable*, 1987, p. 81-82. Fala-se, também, em duas formas de *stare decisis*: vertical ou horizontal (BRENNER; SPAETH. *Stare indecis...*, 1995, p. 149). Outrossim, há quem classifique os precedentes entre verticais e horizontais

A hipótese típica de aplicação do precedente ocorre quando sua direção é vertical, isto é, quando o juiz do caso sucessivo que deve decidir um caso idêntico ou similar, encontra-se em um grau inferior na hierarquia judiciária daquele que proferiu a decisão a ser seguida³⁴⁰. É o caso clássico de vinculação ao precedente: a decisão de um tribunal vincula todos os juízos em posição hierárquica inferior em uma mesma Justiça³⁴¹. Define-se, assim, o precedente vertical como a decisão proferida pelos órgãos judiciais superiores, a qual deve ser observada pelos órgãos inferiores hierarquicamente, em razão da sua autoridade³⁴². O ponto-chave da vinculação vertical é a existência de uma organização judiciária hierarquizada de forma piramidal, com diferentes níveis de autoridade³⁴³.

Já o precedente horizontal é aquele originado de órgãos jurisdicionais que pertençam ao mesmo nível hierárquico daqueles que o aplicam. Em outras palavras, corresponde à aplicação dos seus próprios precedentes. Por consequência, essa espécie de precedente caracteriza-se pela ausência de vínculo hierárquico. Essa particularidade faz com que se entenda que os juízes do mesmo nível hierárquico não estão obrigados a seguir a orientação jurisprudencial estabelecida. Geralmente, trata-se de precedentes que possuem apenas força persuasiva e não vinculante³⁴⁴, razão pela qual a doutrina tradicional entende que o precedente horizontal não tem aplicação³⁴⁵.

Todavia, conforme restará demonstrado, o precedente horizontal não deixa de ter importância, principalmente perante os tribunais superiores, porque corrobora a própria autoridade da corte que o estabelece, perpetuando, no tempo, a sua influência perante os demais órgãos jurisdicionais, a fim de obter a uniformidade da interpretação do direito, função inerente à nomofilaquia³⁴⁶. Ademais, a dimensão horizontal dos precedentes é uma exigência de coerência e contribui decisivamente para concretização do direito fundamental ao processo

(SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 36-37).

³⁴⁰ TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, 2007, p. 26.

³⁴¹ CADOPPI, *Il valore del precedente...*, 2007, p. 178; CROCE, Marco. Precedente giudiziale e giurisprudenza costituzionale. *Contratto e Impresa: Dialoghi con la Giurisprudenza Civile e Commerciale*, Padova, v. 22, n. 4-5, p. 1114-1161, luglio/ott. 2006. p. 1118.

³⁴² DWORCKIN, *Taking rights seriously*, 1997, p. 117.

³⁴³ MATTEI, *Precedente...*, 1996, p. 149.

³⁴⁴ TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, 2007, p. 27.

³⁴⁵ CADOPPI, *Il valore del precedente...*, 2007, p. 289.

³⁴⁶ MATTEI, *Precedente...*, 1996, p. 149.

com duração razoável³⁴⁷. Simplesmente a uniformidade de entendimento no ordenamento jurídico restaria comprometida se os tribunais superiores estivessem autorizados a contradizer-se no exame de um caso a outro³⁴⁸. Busca-se, assim, a compatibilização das decisões judiciais, tanto vertical como horizontalmente. Uma vez decidida a questão, qualquer nova apreciação, sem o propósito de revisão da tese, importa em dilação indevida no processamento da causa³⁴⁹.

Por essa razão, as cortes superiores da *Common law*, na prática, acabam respeitando a força dos seus próprios precedentes, evitando-se modificações e revogações desnecessárias³⁵⁰. Essa postura corresponde ao que Michael J. Gerhardt convencionou chamar de “*golden rule of precedent*”: “juízes devem estar preparados para tratar os precedentes de outros como gostariam que os seus fossem tratados ou arriscar que os seus precedentes sejam tratados com o mesmo tipo de desdém mostrado pelos demais”³⁵¹. Obviamente, se o Tribunal refuta conferir força de precedente às suas próprias decisões, a consequência natural é a diminuição do seu próprio prestígio, o que deve ser evitado³⁵². Na realidade, o que a *Common law* desejou evitar com a exclusão da obrigatoriedade de adoção do precedente horizontal, foi a impossibilidade de as cortes superiores alterarem as suas próprias decisões, de modo a não estarem sujeitas somente à legislação para tornar possível a atualização do Direito frente ao desenvolvimento da sociedade³⁵³.

Destaca-se, outrossim, que há uma tendência em impor inclusive a vinculação horizontal aos precedentes, como ocorre, por exemplo, nas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a repercussão geral em recurso extraordinário, as quais devem ser observadas pelos Ministros em recursos sobre matéria idêntica, nos termos do § 5.º do art. 543-A e art. 326 do Regimento Interno da Corte³⁵⁴.

³⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 26.

³⁴⁸ FERRERES COMELLA, Víctor; XIOL RÍOS, Juan Antonio. *El carácter vinculante de la jurisprudencia*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009. p. 45.

³⁴⁹ MARINONI; MITIDIERO, *Repercussão geral...*, 2007, p. 27.

³⁵⁰ Harold J. Spaeth e Jeffrey A. Segal defendem posição diversa. Entendem, por exemplo, que os autprecedentes da Suprema Corte americana raramente influenciam os seus próprios juízes nos julgamentos realizados. Para um exame da pesquisa que embasou essa conclusão, ver (SPAETH, Harold J.; SEGAL, Jeffrey A. *Majority rule or minority will: adherence to precedent on the U.S. Supreme Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 287-315).

³⁵¹ GERHARDT, *The power of precedent*, 2008, p. 3-4.

³⁵² MATTEI, *Stare decisis...*, 1988, p. 275-276.

³⁵³ DUXBURY, *The nature...*, 2008, p. 28, 40.

³⁵⁴ Vide ponto 6.4 deste trabalho.

Na dimensão institucional, há ainda outra modalidade de precedente: o chamado “autoprecedente”³⁵⁵. Ocorre quando o julgador aplica como precedente sua própria decisão³⁵⁶. É a aplicação, pelos juízes ou tribunais, de seus próprios precedentes³⁵⁷. Logicamente é altamente recomendável que os julgadores observem seus autoprecedentes, ainda mais quando se tratar de decisões emanadas das cortes superiores, pois, se os próprios mentores não os observam, não se pode esperar que os juízos inferiores venham a fazê-lo³⁵⁸.

Cada uma dessas modalidades de precedentes representa uma maior ou menor complexidade em seu fundamento. Enquanto o precedente horizontal e o autoprecedente justificam-se basicamente pelo princípio de universalidade e o argumento *ab exemplo*, conforme restará examinado, o precedente vertical possui o elemento de autoridade. O reconhecimento dessa autoridade deve-se ao juízo realizado pela comunidade jurídica em razão da sua posição hierárquica³⁵⁹.

Por conseguinte, aponta-se que a força do precedente funda-se principalmente na autoridade e respeitabilidade do órgão que o proferiu. A autoridade reconhecida aos precedentes depende, em grande parte, da posição hierárquica do órgão judicial que proferiu a decisão e o órgão que a segue. Quanto mais elevado for o órgão jurisdicional na estrutura judiciária, maior será a autoridade do seu precedente. Assim, pode-se dizer que a força do precedente descende do alto para baixo na estrutura piramidal da organização judiciária. Por isso, a hipótese comum é de aplicação dos precedentes decorrentes das cortes superiores, hipóteses em que a força do precedente costuma ser vinculante.

Por essa razão, a falta de uma relação institucional de tipo hierárquico constituiu a principal razão pela qual as decisões proferidas por juízos inferiores não serem consideradas precedentes. Da mesma forma, as decisões oriundas de outras Justiças, na

³⁵⁵ GASCÓN ABELLÁN, Marina. In merito alla giurisprudenza del Tribunal Constitucional spagnolo sull’obbligo dei giudici di rispettare il proprio precedente: una esigenza dell’argomentazione razionale. *Giurisprudenza Italiana: Dottrina e Varietà Giuridiche*, Torino, v. 145, pt. 4, p. 554-560, nov. 1993. p. 554.

³⁵⁶ TARUFFO, Dimensioni..., 1994, p. 417.

³⁵⁷ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *La técnica del precedente y la argumentación racional*. Madrid: Tecnos, 1993. p. 35.

³⁵⁸ Assim destaca Richard A. Posner: “If the justices of the Supreme Court disregard precedent in their decisions, they know they are reducing the probability that their own decisions will be given weight as precedent by future justices” (POSNER, *Economic...*, 2007, p. 585).

³⁵⁹ SORIANO, *El precedente judicial*, 2002, p. 134.

estrutura judiciária de um mesmo país ou de um país estrangeiro, também não são consideradas precedentes obrigatórios³⁶⁰.

3.4.2 Estrutural (decisões monocráticas, colegiadas e plenárias)

A dimensão estrutural refere-se à composição do órgão prolator dos precedentes, podendo estes ser emanados de juízos monocráticos, colegiados ou plenários.

Conforme restou analisado, na dimensão vertical dos precedentes, quanto maior for a posição hierárquica do órgão prolator, maior será a força do precedente. Nesse aspecto, a dimensão vertical procura identificar, na organização judiciária, diferentes juízos prolores de precedentes, estando, portanto, diretamente vinculada ao elemento autoridade, próprio de um sistema jurisdicional hierarquizado³⁶¹.

No plano horizontal, também há diferentes níveis de força dos precedentes, o que depende da estrutura da composição do órgão prolator da decisão. Nessa dimensão, a força dos precedentes não é determinada pelo elemento autoridade, pois os juízes integrantes de um mesmo tribunal, por exemplo, possuem a mesma autoridade. A força dos precedentes, nesse caso, é determinada por outro fator, qual seja, a regra da maioria ou do pluralismo que estabelece a força legitimadora de um processo democrático de argumentação das decisões judiciais³⁶², afora ser uma garantia da sua qualidade, neutralizando os individualismos e reduzindo o risco de decisões arbitrárias³⁶³.

Ilustrativamente, no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, um precedente oriundo do Pleno se impõe a todas turmas. Um precedente da Seção, no caso do Superior Tribunal de Justiça, se impõe à própria Seção e as turmas que a integram. Já os precedentes das turmas obrigam as próprias turmas e os seus julgadores nos julgamentos monocráticos, não estando as turmas vinculadas aos precedentes de outras turmas.

³⁶⁰ TARUFFO, Dimensiononi..., 1994, p. 419.

³⁶¹ WRÓBLEWSKI, *Sentido y hecho...*, 2003, p. 308.

³⁶² HABERMAS, *Direito e democracia...*, 2003, p. 224.

³⁶³ GRECO, A falência do sistema..., 2003, p. 103.

Por conseguinte, o precedente oriundo da composição plenária de determinado Tribunal prevalece sobre todos os demais precedentes, pois é o pleno o órgão competente para uniformizar, em caráter final, a jurisprudência de uma determinada corte. Nesse caso, o precedente adquire um *status* diferenciado que se pode dizer consolidado³⁶⁴. Da mesma forma, o precedente oriundo de colegiado, seja de grupo, turma ou câmara, prevalece sobre os precedentes oriundos de composição numericamente inferior ou até de decisões monocráticas. Outrossim, o precedente unânime sobreleva em prestígio aos que provocaram votos divergentes³⁶⁵. Em todos esses casos, infere-se que a regra da maioria é determinante da força legitimadora dos precedentes: decisões da maioria sobrepõem-se às da minoria.

3.4.3 Objetiva (*ratio decidendi e obiter dictum*)

A dimensão objetiva do precedente diz respeito à parte específica da decisão que adquire força de precedente, seja vinculativo, seja persuasivo³⁶⁶. Busca-se, assim, definir o que é determinante ou relevante em determinado precedente para os casos futuros, o que corrobora a importância da análise ora empreendida.

Como toda e qualquer decisão, o precedente judicial é composto basicamente de dois elementos: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou a norma jurídica concreta assentada na motivação do provimento decisório. Cuida-se, em síntese, da combinação dos elementos de fato e de direito³⁶⁷. Nem sempre essa diferenciação é fácil de ser realizada, até porque não se trata de questões independentes³⁶⁸.

³⁶⁴ DERZI, *Modificações...*, 2009, p. 535.

³⁶⁵ MAXIMILIANO, *Hermenêutica...*, 1951, p. 227.

³⁶⁶ MacCORMICK, Donald Neil. *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 145.

³⁶⁷ Para o exame da distinção entre questão de fato e questão de direito, aponta-se, sobretudo, a obra de Castanheira Neves (CASTANHEIRA NEVES, *Digesta*, 1995, p. 483-523).

³⁶⁸ Danilo Knijnik ressalta, na sua tese de doutoramento, que há fundamentos hermenêuticos, dogmáticos e processuais para revisar a clássica dicotomia entre questão de fato e questão de direito (KNIJNIK, *O recurso especial...*, 2005, p. 13-82).

Particularmente, para identificar a tese, a norma jurídica concreta do precedente, a doutrina dos países da *Common law*, desde a metade do século XVII³⁶⁹, procura diferenciar dois elementos: a) o elemento não essencial (*obiter dictum*); e b) o elemento essencial (*ratio decidendi*, na experiência inglesa, ou *holding*, na experiência americana)³⁷⁰.

A *ratio decidendi* é expressão latina que aponta a razão para decidir, ou seja, a argumentação jurídica que é o fundamento da decisão sobre os fatos da causa³⁷¹. Tem como sinônimas as expressões *propositions of law*, *legal doctrines* e *rationes decidendi*³⁷². Refere-se à parte da decisão em que o tribunal estabelece uma regra ou princípio jurídico para decidir determinado caso³⁷³. Destaca, a propósito, Rupert Cross, considerado uma das grandes autoridades sobre precedentes judiciais no Direito inglês³⁷⁴, juntamente com Arthur Goodhart: “A *ratio decidendi* de um caso é qualquer regra de direito expressa ou implicitamente tratada pelo juiz como um passo necessário para chegar à sua conclusão, tendo em conta a linha de raciocínio por ele adotada, ou uma parte de sua instrução para o júri”³⁷⁵. Procurando aprimorar o conceito, MacCormick destaca: “A *ratio decidendi* é a regra ou o princípio de decisão para a qual um dado precedente é fonte autorizada, quer essa regra ou princípio de decisão seja então tratado como vinculante ou somente como persuasivo em algum grau para

³⁶⁹ Antes mesmo da adoção do precedente com força vinculante, a *Common law* estabeleceu a clássica contraposição entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* (MATTEI, *Stare decisis...*, 1988, p. 17). A prática jurisdicional inglesa confirma essa antiga diferenciação. Rupert Cross dá conta de uma decisão proferida em 1673: “An opinion given in court, if not necessary to the judgment given of record, but that it might have been as well given if no such, or a contrary had been broach’d, is no judicial opinion; but a mere gratis dictum” (CROSS; HARRIS, *Precedent in english law*, 2004, p. 41).

³⁷⁰ STRECK, *Súmulas no direito...*, 1998, p. 48, 62; SCHAUER, *Thinking like a lawyer...*, 2009, p. 51. Ilustrativamente, destaca-se que Wambaugh utiliza a expressão *holding* em vez de *ratio decidendi* na sua obra *The study of cases* (WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases: a course of instruction in reading and stating reported cases, compositing headnotes and briefs, criticizing and comparing authorities and compiling digests*. Boston: Little, 1892 *apud* MATTEI, *Stare decisis...*, 1988, p. 201-202).

³⁷¹ PICARDI, Nicola. Appunti sul precedente giudiziale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 39, n. 1, p. 201-208, genn./mar. 1985. p. 204. Este texto consiste na conferência realizada em Roma na Câmara Civil da Ordem dos Advogados e Procuradores de Roma, em 24 de maio de 1984, ensaio que consta na obra *Jurisdição e Processo*, publicada em 2008 pela Editora Forense, a qual reúne textos seminais escolhidos pelo próprio Professor Nicola Picardi, Titular da Universidade *La Sapienza* em Roma.

³⁷² MATTEI, *Stare decisis...*, 1988, p. 202.

³⁷³ Costumam-se empregar as seguintes definições à expressão *ratio decidendi*: “1. *The principle or rule of law on which a court’s decision is founded* [...]. 2. *The rule of law on which a later court thinks that a previous court founded its decision; a general rule without which a case must have been decided otherwise*” (RATIO decidendi. In: GARNER, Bryan A. (Ed.). *Black’s law dictionary*. 8. ed. Sant Paul: Thomson West, 2004. p. 1290).

³⁷⁴ MacCORMICK, *Legal reasoning...*, 1978, p. 215.

³⁷⁵ “The *ratio decidendi* of a case is any rule of law expressly or impliedly treated by the judge as a necessary step in reaching his conclusion, having regard to the line of reasoning adopted by him, or a necessary part of his direction to the jury” (CROSS; HARRIS, *Precedent in english law*, 2004, p. 72).

os posteriores juízos em questões similares”³⁷⁶. Infere-se que a concepção de MacCormick restringe a definição de Rupert Cross acerca da *ratio decidendi*, entendendo que a *ratio* não é qualquer regra ou princípio do qual decorre a decisão tomada, senão a regra ou o princípio determinante à decisão tomada³⁷⁷.

Por conseguinte, a *ratio decidendi* é a resolução específica sobre determinada matéria decidida no tribunal³⁷⁸, na qual estão contidos três elementos: a indicação dos fatos relevantes (*statement of material facts*), o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*) e o juízo decisório (*judgement*)³⁷⁹. Em outras palavras, constitui-se na razão jurídica ou nos fundamentos determinantes da decisão³⁸⁰, o que não representa um preceito abstrato, senão uma regra ou princípio jurídico ditado pela controvérsia concreta³⁸¹. Trata-se, portanto, da norma concretizada em face dos fatos objeto do conflito de interesses, sendo fundamental à extração da *ratio decidendi* interpretar o núcleo fático da decisão sobre o qual incide a norma de direito³⁸². É da fusão desses elementos inseparáveis, de fato e de direito, que se extrai a *ratio decidendi*, mediante um método de análise voltado ao caso concreto.

Alerta-se, para que não se incorra em erro, que não se pode confundir *ratio decidendi* com o dispositivo da sentença ou do acórdão³⁸³. Não é a decisão propriamente dita que constitui o precedente, mas sim a razão jurídica da decisão, a *ratio decidendi*³⁸⁴. Logo, o dispositivo em si não resolve a questão de direito. Apenas estabelece a consequência da resolução. Diferentemente, a *ratio decidendi* encontra-se na fundamentação da decisão³⁸⁵. É

³⁷⁶ “The *ratio decidendi* is the rule or principle of decision for which a given precedent is the authoritative source, whether that rule or principle of decision is then to be treated as binding or only as persuasive in some degree for other later deciders of similar questions” (MACCORMICK, *Rhetoric and the rule...*, 2005, p. 145).

³⁷⁷ MACCORMICK, *Rhetoric and the rule...*, 2005, p. 158.

³⁷⁸ SUMMERS, *Precedent in the United States...*, 1997, p. 383.

³⁷⁹ DEFLORIAN, *Il ruolo del precedente...*, 1998, p. 182; FAVELA, *Tradizioni giuridiche...*, 2005, p. 876.

³⁸⁰ CHIASSONI, *La giurisprudenza...*, 1999, p. 149; SILVA, Luis Renato Ferreira da. A regra do precedente no direito inglês. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, n. 75, p. 48-56, jan./mar. 1996. p. 50.

³⁸¹ ANZON, *Il valore del precedente...*, 1995, p. 27; LUPOI, Maurizio. Pluralità di rationes decidendi e precedente giudiziale. *Quaderni de "Il Foro Italiano"*, Roma, p. 201-276, 1967. p. 203.

³⁸² Essa ideia corresponde à regra aventada por Rupert Cross: “Judgments must be read in the light of the facts of the cases in which they are delivered” (CROSS; HARRIS, *Precedent in english law*, 2004, p. 43).

³⁸³ Essa advertência é feita ilustrativamente por Karl Larenz: “Os ‘precedentes’ são resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que decidir novamente, foi já resolvida uma vez por um tribunal noutra caso. Vale como precedente, não a resolução do caso concreto que adquiriu força jurídica, mas só a resposta dada pelo tribunal, no quadro da fundamentação da sentença a uma questão jurídica que se põe da mesma maneira no caso a resolver agora” (LARENZ, *Metodologia...*, 1989, p. 521).

³⁸⁴ MATTEI, *Precedente...*, 1996, p. 155.

³⁸⁵ GORLA, Gino. *Precedente giudiziale*. In: ENCICLOPEDIA giuridica. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1990. p. 1-14. p. 10-11.

considerada, por conseguinte, o núcleo do precedente, o qual constitui a proposição jurídica necessária à decisão³⁸⁶.

A técnica para determinação e aplicação da *ratio decidendi* é complexa, porquanto depende de lógicas distintas, conforme sustenta a doutrina clássica³⁸⁷. Para sua determinação, o procedimento é indutivo, pois, do precedente singular, extrai-se uma norma geral, com os atributos inerentes da generalidade, abstração e impessoalidade. Posteriormente, a sua aplicação segue a lógica inversa, como se norma legal fosse, dada a sua generalidade, aplicando-se dedutivamente ao caso concreto, a fim de produzir os efeitos jurídicos almejados³⁸⁸.

Quanto à sua demonstração, a *ratio decidendi* pode ser explícita ou implícita. Geralmente, não é apontada ou individuada pelo órgão julgador que profere a decisão, cabendo aos juízes, em momento posterior, mediante a devida interpretação, identificar a razão última que justifica a decisão do caso concreto, extraindo a norma que poderá ou não incidir em casos futuros³⁸⁹. Essa circunstância geralmente dificulta a identificação exata da *ratio decidendi*³⁹⁰, seja em relação ao seu conteúdo e alcance, seja ao que, de fato, corresponde ao elemento essencial da decisão³⁹¹. Isso porque existem decisões em que se pode extrair mais de uma *ratio decidendi*, principalmente nos chamados *hard cases*, em que há diversos fundamentos complexos, tornando ainda mais problemática a tarefa do intérprete. No entanto, há hipóteses em que o *holding* ou a *ratio decidendi*, no contexto da decisão, pode

³⁸⁶ MORETTI, Il precedente giudiziario..., 1999, p. 9; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 172, p. 121-174, jun. 2009. p. 131.

³⁸⁷ Não se desconhece que a hermenêutica contemporânea não aceita mais invocar a lógica clássica como fundante da decisão judicial. Sabe-se que o direito não se produz por indução ou dedução, mas por aplicação voltada ao caso concreto, conforme restará demonstrado no tópico 4.1 deste trabalho.

³⁸⁸ MICHELI, *Contributo allo studio...*, 1938, p. 72-73; MATTEI, *Stare decisis...*, 1988, p. 204; CROSS; HARRIS, *Precedent in english law*, 2004, p. 190.

³⁸⁹ MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Ed.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997. p. 503-517. p. 513; LLOYD; FREEMAN, *Lloyd's introduction...*, 1985, p. 1117; DAVID, *Os grandes sistemas...*, 2002, p. 430.

³⁹⁰ VISINTINI, Il dovere professionale..., 1994, p. 411; RAZ, *The authority of law*, 1979, p. 183-184; SCHAUER, *Thinking like a lawyer...*, 2009, p. 55.

³⁹¹ CADOPPI, *Il valore del precedente...*, 2007, p. 182. Com efeito, a dificuldade na identificação da *ratio decidendi* é destacada por Neil MacCormick: “Most readers of this book will be familiar with the problems within the doctrine of binding precedent about defining and identifying the *ratio decidendi* of cases. When a precedent is said to be binding, it is not every word uttered by the judge or judges in justifying the decision which is transubstantiated into binding law – only the *ratio decidendi*. The trouble is that there is no generally agreed statement either of what a ratio is or of how you find the ratio of any given case” (MacCORMICK, *Legal reasoning...*, 1978, p. 82).

vir de forma explícita ou identificado com relativa simplicidade³⁹². É sobre essa parte específica da decisão que recai a força do precedente, a qual é vinculante na *Common law*³⁹³. Desse modo, infere-se que é condição necessária, à funcionalidade dos precedentes, a determinação da *ratio decidendi*, que pode ser classificada de diferentes formas³⁹⁴, o que retrata um elemento central da teoria em exame³⁹⁵.

Para identificação do seu conteúdo, a doutrina anglo-americana desenvolveu alguns mecanismos. Tornou-se conhecido, no final do século XIX, o método chamado *Wambaugh's test*. Para o norte-americano Eugene Wambaugh, a determinação da *ratio* depende do “teste de inversão”. Para certificar-se de que determinada proposição é essencial, deve-se inserir outro termo, que reverta o sentido da norma concreta. Caso altere o resultado do julgamento, estar-se-á diante de efetiva *ratio decidendi*³⁹⁶. Em última análise, a *ratio decidendi* encontra-se mediante a identificação da proposição necessária para se chegar a determinada decisão, ou seja, a *ratio decidendi* é uma regra geral em cuja ausência o caso seria decidido de outra maneira. No entanto, o método de Wambaugh é falho quando a Corte baseia a sua decisão em dois fundamentos que, separadamente, podem conduzir à mesma solução³⁹⁷.

³⁹² SUMMERS, Precedent in the United States..., 1997, p. 383.

³⁹³ TARUFFO, Dimensioni..., 1994, p. 419; DUXBURY, *The nature...*, 2008, p. 91.

³⁹⁴ Pierluigi Chiassoni classifica a *ratio decidendi* de acordo com dois aspectos. Quanto à posição assumida na lógica da decisão, a *ratio decidendi* pode ser *próxima*, *remota* ou *intermediária*. A *ratio decidendi próxima* é um enunciado que constitui a premissa maior de um silogismo judicial de primeiro grau, ou seja, um silogismo cuja conclusão é uma afirmação individual com a qual o juízo resolve o litígio que lhe é submetido. A *ratio decidendi remota* é um enunciado que constitui a premissa de um silogismo judicial de grau mais elevado, no qual estão presentes regras mais amplas que fundamentam a decisão. A *ratio decidendi intermediária* é, por sua vez, um enunciado que constitui a premissa maior de um silogismo judicial de grau superior ao primeiro e inferior ao segundo. No que se refere ao conteúdo, Chiassoni apresenta os seguintes tipos de *ratio decidendi*: 1) *normativa*: um enunciado que exprime uma regra geral e abstrata, que constitui a premissa maior de um silogismo normativo; 2) *interpretativa*: um enunciado que constitui a premissa maior de um silogismo regulatório, qualificador e estimativo; e 3) *qualificadora*: um enunciado que não possui maior relevância de justificação (CHIASSONI, *La giurisprudenza...*, 1999, p. 176-178).

³⁹⁵ SHAHABUDEEN, *Precedent in the World Court*, 2007, p. 110.

³⁹⁶ Eis a síntese do teste proposto: “*First frame carefully the supposed proposition of law. Let him then insert in the proposition a word reversing its meaning. Let him then inquire whether, if the court had conceived this new proposition to be good, and had had it in mind, the decision could have been the same. If the answer be affirmative, then, however excellent the original proposition may be, the case is not a precedent for that proposition, but if the answer be negative the case is a precedent for the original proposition and possibly for other propositions also. In short, when a case turns only on one point the proposition or doctrine of the case, the reason for the decision, the ratio decidendi, must be a general rule without which the case must have been decided otherwise*” (*Study of cases*. 2. ed. 1894. p. 17-18 *apud* CROSS; HARRIS, *Precedent in english law*, 2004, p. 52).

³⁹⁷ DUXBURY, *The nature...*, 2008, p. 77.

Já o método de Goodhart procura verificar os fatos concretos (materiais) determinantes da decisão, dos quais se deve extrair a *ratio decidendi*, também chamada por ele de *principle of a case*³⁹⁸. Trata-se de método que dá maior ênfase aos fatos do que o teste de Wambaugh. Propõe que a *ratio decidendi* seja identificada mediante a consideração dos fatos tratados pelo juiz como materiais ou fundamentais para decidir³⁹⁹.

Por sua vez, os métodos desenvolvidos por Rupert Cross e Neil MacCormick destacam a importância de identificar a *ratio decidendi* no contexto da argumentação desenvolvida pelo juiz para fundamentar a sua decisão⁴⁰⁰, conforme restou explícito nos conceitos anteriormente apresentados. Nesse contexto, a identificação da *ratio decidendi* deve ser buscada em dois pontos: a identificação dos fatos do caso e as razões que embasam a conclusão.

Atendo-se ainda à análise da fundamentação, o *obiter dictum* é considerado, por exclusão, toda a parte da decisão que não corresponde à *ratio decidendi*, ou seja, à parte não essencial da decisão⁴⁰¹, consistindo argumentação marginal, aporte conceitual ou simples opinião (o dito de passagem ou à margem da decisão)⁴⁰². Literalmente, significa “o que é dito para morrer, o que é dito por nada, inutilmente”⁴⁰³ ou “something said in passing, or something said by the way”⁴⁰⁴. Pode-se dizer também que corresponde ao *gratis dictum*, que não se confunde com o *judicial opinion*⁴⁰⁵. Trata-se de enunciações que o juiz realiza fora da estrutura justificativa do discurso, representando uma ajuda não essencial para o raciocínio ou discurso jurídico propriamente dito⁴⁰⁶. Por conseguinte, pode abranger considerações sobre

³⁹⁸ No ensaio “*Determining the Ratio Decidendi of a Case*”, Goodhart apresenta algumas proposições para se identificar aquilo que corresponde ou não à *ratio decidendi*. Senão vejamos: “(i) *The principle of a case is not found in the reasons given in the opinion*”; “(ii) *The principle is not found in the rule of law set forth in the opinion*”; “(iii) *The principle is not necessarily found by a consideration of all the ascertainable facts of the case and the judge’s decision*”; “(iv) *The principle of a case is found by taking account (a) of the facts treated by the judge as material, and (b) his decision as based on them*”; “(v) *A judge may expressly or impliedly treat certain facts as material or immaterial*”; “(vi) *A conclusion based on a hypothetical fact is a dictum*” (apud CROSS; HARRIS, *Precedent in english law*, 2004, p. 64-66).

³⁹⁹ MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, 2010, p. 224-226.

⁴⁰⁰ CROSS; HARRIS, *Precedent in english law*, 2004, p. 72; MACCORMICK, *Rhetoric and the rule...*, 2005, p. 145.

⁴⁰¹ RE, Edward D. *Stare decisis*. Trad. Ellen Gracie Janine Northfleet. *Revista dos Tribunais*, v. 702, p. 7-13, abr. 1994. p. 9. Também se pode falar em *obiter dictum* como a parte não necessária ou não suficiente à fundamentação da decisão (LUPOLI, *Pluralità di rationes...*, 1967, p. 211).

⁴⁰² MACCORMICK, *Rhetoric and the rule...*, 2005, p. 145.

⁴⁰³ WAMBIER, *Estabilidade e adaptabilidade...*, 2009, p. 131.

⁴⁰⁴ SCHAUER, *Thinking like a lawyer...*, 2009, p. 55-56.

⁴⁰⁵ MATTEI, *Stare decisis...*, 1988, p. 17.

⁴⁰⁶ Eis a definição do *Black’s law dictionary*: “[Latin “something said in passing”] A judicial comment made while delivering a judicial opinion, but one that is unneccedential (although it may be considered

uma questão referida, porém não decidida no caso, comentários baseados em fatos hipotéticos, observações sobre uma questão não trazida ao caso (pedido ou causa de pedir), ou declarações não essenciais à resolução do caso⁴⁰⁷. Pode ainda referir-se a afirmações de princípio, discussões teóricas, refutações de eventuais objeções, referências a normas ou princípios jurídicos não diretamente aplicados na decisão ou regras éticas de senso comum etc.⁴⁰⁸.

A expressão *obiter dictum*, no singular, ou *dicta*, no plural⁴⁰⁹, representa a parte da decisão que, na *Common law*, tem força apenas persuasiva, proporcional ao prestígio da corte que o exprime⁴¹⁰. Não há força vinculante porque o *obiter dictum* não se refere ao objeto da demanda (pedido e causa de pedir)⁴¹¹. Por isso, no contexto da motivação, o *obiter dictum* não constitui um elemento dotado de função justificativa autônoma⁴¹². Logo, não corresponde ao conteúdo total dos debates, decorrentes das afirmações das partes sobre os fatos controvertidos e dos elementos constantes dos autos, o que ratifica o seu caráter não essencial⁴¹³.

persuasive). – *Often shorted to dictum or, less commonly, obiter*” (OBITER dictum. In: GARNER, Bryan A. (Ed.). *Black’s law dictionary*. 8. ed. Sant Paul: Thomson West, 2004. p. 1102).

⁴⁰⁷ MARSHALL, What is binding..., 1997, p. 515.

⁴⁰⁸ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975. p. 314.

⁴⁰⁹ OBITER dictum. In: GARNER, *Black’s law dictionary*, 2004, p. 1.102.

⁴¹⁰ SUMMERS, *Precedent in the United States...*, 1997, p. 385; CADOPPI, *Il valore del precedente...*, 2007, p. 183; MATTEI, *Stare decisis...*, 1988, p. 206; PICARDI, *Appunti sul precedente giudiziale*, 1985, p. 204; MacCORMICK, *Legal reasoning...*, 1978, p. 222; TARUFFO, *Dimensioni...*, 1994, p. 419. A propósito, René David ressalta: “Nas *reasons* dadas pelos juízes em apoio às suas decisões, o jurista inglês deve distinguir aquilo que constitui o suporte necessário da decisão, a *ratio decidendi* do julgamento, e, por outro lado, aquilo que constitui *obiter dictum*, aquilo que o juiz pode ter declarado sem necessidade absoluta. A *ratio decidendi* constitui uma regra jurisprudencial que se incorpora no direito inglês e que deve, a este título, ser seguida no futuro. Aquilo que constitui *obiter dictum* não tem, pelo contrário, essa autoridade. O valor das *obiter dicta* é unicamente um valor de persuasão dependente do prestígio do juiz que se pronunciou, da exatidão da sua análise e de um grande número de circunstâncias, variáveis de caso para caso” (DAVID, *Os grandes sistemas...*, 2002, p. 430).

⁴¹¹ Mauro Cappelletti destaca: “... tais *dicta* – que por definição ultrapassam o pedido da parte e não são necessários para a decisão do caso concreto –” (CAPPELLETTI, *Juízes legisladores*, 1993, p. 80).

⁴¹² TARUFFO, *La motivazione*, 1975, p. 312.

⁴¹³ A regra básica do processo é a de que compete às partes promovê-lo (*ne procedat iudex ex officio*) e delimitar o seu objeto (*ne eat iudex vel extra petita partium*), estando o julgador circunscrito aos fatos relevantes para a solução do litígio, ou seja, dentro dos limites do pedido e da causa de pedir (*thema decidendum*). Há ainda a regra comum de que cabe, outrossim, às partes introduzir, no processo, o material de fato útil para a decisão (*iudex debet iudicare secundum allegata et probata*). Essa regra que impõe ao juiz a obrigação de decidir *secundum allegata et probata* decompõe-se em duas: obrigação do juiz de permanecer nos limites da lide fixados pelas afirmações das partes (*secundum allegata*) e obrigação do juiz de servir-se somente de provas produzidas no processo (*secundum probata*). De um modo geral, costuma-se empregar essas regras como expressões decorrentes do princípio dispositivo, correspondendo a variações que abrangem as disponibilidades do início, objeto, desenvolvimento, termo e conteúdo da sentença do processo (ROSITO,

Em termos classificatórios, o *obiter dictum* pode ser de duas espécies: 1) *obiter utiliter dictum*; e 2) *obiter inutiliter dictum*. A primeira espécie constitui qualquer enunciado normativo, interpretativo, qualificador, argumentativo etc. que não constitui a premissa maior do silogismo que é objeto do conteúdo da sentença. Portanto, não exprime uma *ratio*. No entanto, representa parte acessória da argumentação jurídica, formulada para reforçar os fundamentos da decisão. Já a segunda espécie não configura *ratio* e tampouco argumentação acessória, caracterizando elementos desnecessários à decisão, como demonstração de erudição, transcrições doutrinárias dispensáveis etc.⁴¹⁴.

Embora aparentemente as definições de *ratio decidendi* e *obiter dictum* sejam de fácil compreensão, a diferenciação, na prática, costuma ser problemática, pois nem sempre se consegue discernir aquilo que é relevante das demais questões ditas por secundárias⁴¹⁵. Pode haver, inclusive, mais de uma *ratio decidendi* em uma mesma decisão⁴¹⁶, razão pela qual a adequada interpretação é indispensável para estabelecer o significado e o alcance do precedente tido por apropriado ao caso a decidir⁴¹⁷. Tudo somado, pode-se dizer que, independentemente da proposição jurídica ter restado implícita ou explícita no precedente, há sempre um critério determinante à verificação da *ratio decidendi*: identificar o elemento necessário e indispensável à decisão do caso concreto. Caso o elemento da análise não se qualifique dessa forma, está-se diante de *obiter dictum*⁴¹⁸.

De um modo geral, a diferenciação entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* é relevante no sistema da *Common law*⁴¹⁹, porquanto importa discernir aquilo que, na decisão, tem força vinculante daquilo que ostenta somente força persuasiva. Não significa, no entanto, que essa abordagem não seja relevante no sistema continental.

Francisco. *Direito probatório: as máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 48-49).

⁴¹⁴ CHIASSONI, *La giurisprudenza...*, 1999, p. 184-185.

⁴¹⁵ Por isso, alguns autores costumam qualificar a *ratio decidendi* como uma “categoria de ilusória referência”, tal como o fez Julius Stone (STONE, Julius. *Legal system and lawyers' reasonings*. London: Stevens, 1964. p. 263-280), com o que concordou Neil MacCormick (MacCORMICK, *Rhetoric and the rule...*, 2005, p. 145).

⁴¹⁶ É do que trata Maurizio Lupoi no artigo *Pluralità di rationes decidendi e precedente giudiziale*, (LUPOI, *Pluralità di rationes...*, 1967, p. 201-276). Nesse artigo, o autor destaca que pode haver, nas sentenças, diversos tipos de motivações, as quais classifica como cumuladas, alternativas, subordinadas, incompatíveis, concorrentes etc. Para um exame dos casos que possuem mais de uma *ratio decidendi*, consulte-se também CROSS; HARRIS, *Precedent in english law*, 2004, p. 81-84.

⁴¹⁷ ANZON, *Il valore del precedente...*, 1995, p. 30, 133; DUXBURY, *The nature...*, 2008, p. 68-76.

⁴¹⁸ ENGLISH, *Introdução ao pensamento jurídico*, 1988, p. 365.

⁴¹⁹ SHAHABUDEEN, *Precedent in the World Court*, 2007, p. 160.

A importância dessa diferenciação acentua-se, por exemplo, na motivação dos casos difíceis. Quando se trata de casos comuns em que o juiz adota os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários dominantes, a referência a elementos persuasivos perde sentido. Nesses casos, a referência a elementos de autoridade consolidada, lugares-comuns ou conceitos jurídicos pré-definidos representa somente argumentos “*ad pompam*”, que são desnecessários, na medida em que a decisão é conformista, no sentido de acolher valores e princípios difusos. No entanto, quando se trata de tema que rompe o entendimento predominante, o julgador geralmente socorre-se de todos os elementos possíveis para justificar a superação da “*communis opinio*”, tanto social como jurídica. Nessa hipótese, assume maior relevância a identificação da *ratio decidendi* e do *obiter dictum*, visando à identificação dos elementos essenciais e não essenciais da decisão. Em última análise, busca-se verificar qual é a tese jurídica prevalente que, a partir desse momento, passa a ser referência no julgamento de futuros casos análogos⁴²⁰.

3.4.4 Força

A dimensão da força do precedente refere-se à intensidade da influência exercida sobre a decisão de um caso sucessivo.

Previamente ao exame do tema, existe uma questão que requer um esclarecimento. Discute-se, na doutrina, se a força do precedente se manifesta desde a sua publicação ou depende da ocorrência do trânsito em julgado do aresto. O entendimento conservador aponta que os efeitos dos precedentes dependem do seu trânsito em julgado, momento em que os terceiros estão autorizados a confiar na orientação estabelecida⁴²¹. No

⁴²⁰ TARUFFO, *La motivazione*, 1975, p. 315-316.

⁴²¹ Sustenta Misabel Derzi que “a vigência geral do precedente, como norma judicial e expectativa normativa para terceiros que não integram o processo, se inicia com o trânsito em julgado da decisão que forma o precedente consolidado. Não importa se a sentença tem natureza declaratória, constitutiva ou condenatória *inter partes*, o marco separatório entre o passado e o futuro será exatamente o momento do trânsito em julgado. O precedente vigora entre as partes e, como precedente, cria legítimas expectativas de conduta para terceiros, que integram o mesmo grupo de casos” (DERZI, *Modificações...*, 2009, p. 537). Destaca-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal alinha-se nesse sentido. Um exemplo é o RE 370.682-9/SC, que alterou o entendimento anterior (RE 350.446-1/PR), negando ao contribuinte o direito de se creditar do IPI, nas operações tributadas à alíquota zero. A modulação de efeitos do precedente inovador, para abrigar a irretroatividade, não foi acolhida, em razão da ausência de requisito considerado essencial pela maioria: coisa julgada.

entanto, é inegável que o precedente, uma vez publicado, ilustra uma norma geral concreta, cujos efeitos começam a ser produzidos desde já, pois tudo leva a crer que a norma judicial passará a ser observada em casos similares. O fato de se formar ou não um contexto de expectativa legítima é um exame compreensivo de diversos elementos, não se podendo exigir, como pressuposto indispensável, a ocorrência do trânsito em julgado, que tem apenas o condão de consolidar a expectativa, mas não constituí-la⁴²².

Apresentados esses esclarecimentos, a doutrina clássica procura distinguir a força persuasiva da força vinculante. Senão vejamos.

3.4.4.1 Persuasiva

Na tradição romano-germânica, a força clássica dos precedentes é a persuasiva, que se caracteriza por uma eficácia natural das decisões frente aos demais órgãos judiciais⁴²³. Nesse caso, o precedente é utilizado como argumento para o convencimento do julgador, na medida do prestígio jurídico de que desfrutem os juízes ou tribunais de onde ele procede, a fim de que determinada tese prevaleça na decisão judicial⁴²⁴.

⁴²² Tanto é assim que as cortes inferiores e os próprios tribunais superiores passam a julgar monocraticamente os recursos interpostos, com base no art. 557, § 1.º-A, do CPC, quando houve julgamento do Pleno, independentemente da ocorrência do seu trânsito em julgado. Assim ocorreu, por exemplo, em diversos casos envolvendo a discussão do crédito de IPI nas operações tributadas à alíquota zero, para ficarmos no mesmo exemplo anteriormente destacado. Isso porque se acredita na definitividade do entendimento anterior. A propósito, Misabel Derzi também entende que o fato de não haver coisa julgada não significa que inexistam uma responsabilidade pelas declarações feitas. O fundamento da proteção, segundo a tributarista, não seria o princípio da irretroatividade, aplicável somente quando há o trânsito em julgado, momento em que entende que o precedente adquire eficácia. O fundamento seria o princípio da proteção da confiança, casado com o princípio da boa-fé objetiva (DERZI, *Modificações...*, 2009, p. 599).

⁴²³ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 12; PICARDI, Appunti sul precedente giudiziale, 1985, p. 203; GALGANO, Francesco. Il precedente giudiziario in civil law. In: _____. *Atlante di diritto privato comparato*. Con la collaborazione di Franco Ferrari e Gianmaria Ajani. 3. ed. Bologna: Zanichelli, 1999. p. 30-33. p. 31.

⁴²⁴ Não se trata, portanto, de força vinculante, conforme destaca Hélio Tornaghi: “Onde se abraça o *Civil law*, o precedente não é fonte formal do Direito. Em outras palavras, a regra jurídica aplicada numa sentença não tem força de lei para decisões posteriores. O mais humilde juiz da roça pode, no Brasil, discordar do Supremo Tribunal Federal. O precedente só vincularia se a lei o determinasse, o que seria excepcional” (TORNAGHI, *Comentários ao Código...*, 1976, p. 25).

A força persuasiva significa que a decisão, fora da controvérsia concreta a que se refere, tem apenas uma autoridade de fato, moral, racional, cultural, política etc.⁴²⁵. Em síntese, possui apenas uma capacidade persuasiva na argumentação jurídica, no confronto com outros juízos em casos análogos⁴²⁶.

Na prática, a força persuasiva pode tornar-se elevada, na medida em que o precedente for observado frequentemente como critério adequado e convincente para resolver os novos casos. Nesse caso, sobressai a autoridade do precedente, que, embora não tenha força vinculante, não deixa de ter relevância no ordenamento jurídico⁴²⁷, conforme restará examinado no capítulo quarto.

Significa que os precedentes persuasivos, conquanto não tenham vinculação normativa formal, devem ser observados na fundamentação das decisões, pois não podem ser simplesmente ignorados. O fato de não serem formalmente vinculantes não desnatura a sua natureza de precedentes, representativos que são orientação jurisprudencial. Daí advém a sua força normativa material. A diferença é que, na hipótese de o julgador desconsiderá-lo, a consequência será apenas a sujeição à crítica das partes ou da doutrina, podendo vir, ou não, a ser modificado pelos tribunais superiores⁴²⁸.

Exemplo de força persuasiva, no Direito pátrio, são praticamente todas as decisões proferidas pelos tribunais na organização judiciária brasileira. Destacam-se, em especial, os enunciados de súmula até então estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal, os quais foram criados em 1963, através de emenda constitucional, e que sempre foram

⁴²⁵ MICHELI, *Contributo allo studio...*, 1938, p. 45; TARUFFO, Michele. Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 48, n. 1, p. 19-36, 1994. p. 24. Cumpre destacar, a propósito, que Aleksander Peczenik dedica todo um artigo ao exame da “eficácia vinculante de fato” que se verifica em certos precedentes nos sistemas romano-germânicos (PECZENIK, *Sui precedenti...*, 1996, *passim*).

⁴²⁶ GORLA, *Precedente giudiziale*, 1990, p. 5; ANZON, *Il valore del precedente...*, 1995, p. 76.

⁴²⁷ A força persuasiva representaria o *stare decisis* “de fato”, conforme aponta Danilo Knijnik: “O *stare decisis* ‘de fato’ reside em princípio na ‘força persuasiva’ do caso julgado. Essa força persuasiva pode ser estabelecida tanto pelo prestígio material que possam ter as decisões, como, também, por questões exclusivamente pragmáticas, que, dentro da característica de auto-referibilidade da jurisprudência, acabam por se estabelecer, não sem render críticas vigorosas já entre os clássicos. Todavia, observa-se que o assim chamado *stare decisis* prático ou de fato não passaria de um eufemismo, porquanto, formalmente, a própria jurisprudência trata de preservar-se, sendo absolutamente raros os casos em que resulta modificada” (KNIJNIK, *O recurso especial...*, 2005, p. 60).

⁴²⁸ PECZENIK, *The binding force...*, 1997, p. 468, 472.

considerados persuasivos pela doutrina e pelo próprio Pretório Excelso⁴²⁹. No sistema anglo-americano, são precedentes meramente persuasivos as decisões proferidas pelos órgãos jurisdicionais inferiores ou de alguma outra organização judiciária, como, por exemplo, precedentes de cortes estaduais em face de órgãos federais⁴³⁰.

Infere-se, por conseguinte, que o precedente com força persuasiva tem relevância jurídica, na medida em que serve de guia de orientação a ser adotada pelos julgadores. No entanto, a sua particularidade é a potencial mobilidade que o reveste, sendo suscetível de modificação com maior facilidade frente às decisões com força vinculante⁴³¹.

3.4.4.2 Vinculante

A força ou efeito vinculante (*binding authority*)⁴³² dos precedentes é própria do sistema da *Common law*, no qual vigora a teoria do *stare decisis*, que significa a obrigatória observância, pelos juízos, dos precedentes decididos pelas cortes em superior posição hierárquica⁴³³.

⁴²⁹ “A Súmula – enquanto instrumento de formal enunciação da jurisprudência consolidada e predominante de uma Corte judiciária – constitui mera preposição judicial, destituída de caráter prescritivo, que não vincula, por ausência de eficácia subordinante, a atuação jurisdicional dos magistrados e Tribunais inferiores. A Súmula, em consequência, não se identifica com atos estatais revestidos de densidade normativa, não se revelando apta, por isso mesmo, a gerar o denominado “binding effect”, ao contrário do que se registra, no sistema da “Common Law”, por efeito do princípio do “stare decisis et non quieta movere”, que confere força vinculante ao precedente judicial” (Ag. Reg. no AI n.º 179.560-3/RJ, Min. Celso de Mello, 1.ª T., j. 23/04/1997, DJ 27/05/2005).

⁴³⁰ MORETTI, Il precedente giudiziario..., 1999, p. 8.

⁴³¹ PICARDI, Appunti sul precedente giudiziale, 1985, p. 207.

⁴³² A força ou efeito vinculante tem eficácia processual, inerente ao precedente como ato de criação do Direito. “É que tal efeito não decorre da *validade* ou *invalidade da norma* apreciada (= eficácia material), mas da *sentença* que a aprecia (= eficácia processual)” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 54-55).

⁴³³ Lenio Luiz Streck aponta: “A doutrina dos precedentes obrigatórios (*Doctrine of binding precedent*), também chamada *stare decisis, case law*, está estreitamente ligada ao sistema denominado de *Law Reports*. De pronto, deve ser dito (e repetido) que uma das características históricas mais marcantes da lei inglesa é ser produto do trabalho dos juízes (*judge made law*). Ou seja, a maior parte da *common law* não é produto do Parlamento, mas sim do trabalho de séculos dos juízes aplicando regras consuetudinárias estabelecidas, aplicando regras a casos novos, na medida em que foram surgindo. O princípio que respalda a doutrina dos precedentes consiste em que, em cada caso, o juiz deve aplicar o princípio legal existente, isto é, deve seguir o exemplo ou precedente das decisões anteriores (*stare decisis*)” (STRECK, *Súmulas no direito...*, 1998, p. 46). Da mesma forma, Hélio Tornaghi ressalta: “Nos países de *Common law* (sobretudo na Inglaterra) as decisões de um tribunal superior obrigam às cortes inferiores (*courts of inferior rank*) da mesma jurisdição. O juiz inglês (o canadense, o americano, etc.) tem de *stare decisis*, isto é: observar, sustentar, manter de pé, o decidido” (TORNAGHI, *Comentários ao Código...*, 1976, p. 25).

Poder-se-ia pensar que a força vinculante sempre foi reconhecida e aplicada no sistema da *Common law*⁴³⁴. Na verdade, a obrigatoriedade dos precedentes decorre de uma evolução que se acentua a partir do século XVIII⁴³⁵. Pontualmente, embora seja difícil estabelecer uma data precisa, sustenta-se que a Inglaterra somente passou a conferir tal autoridade aos precedentes em 1861. Até então as decisões dos tribunais superiores ingleses possuíam apenas força persuasiva⁴³⁶. Naquele ano, no célebre caso *Beamish v. Beamish*, a *House of Lords*, até então órgão supremo do Poder Judiciário no Reino Unido⁴³⁷, proclamou: “o direito enunciado na *ratio decidendi* é claramente vinculante para todas as cortes inferiores e todos os súditos do reino. Se não fosse considerado parâmetro vinculante para os *Law Lords*, a *House of Lords* se arrogaria o direito de alterar o direito e legislaria com autônoma autoridade”⁴³⁸. Houve, portanto, reconhecimento explícito quanto à obrigatoriedade dos precedentes, ou seja, o reconhecimento de que a decisão singular de um órgão jurisdicional superior deve ser respeitada pelos órgãos jurisdicionais inferiores. Destaca-se, no entanto, que o reconhecimento de que a *House of Lords* está vinculada aos seus próprios precedentes somente ocorreu anos depois, em 1898, no já referido caso *London Tramways v. London County Council*⁴³⁹.

Examinando-se a História, percebe-se que o uso dos precedentes tornou-se mais frequente, inclusive com a implantação da força vinculante, por diversas causas. É consenso, no entanto, que os fatores decisivos foram as reformas processuais culminadas nos *Judicature Acts* de 1873 e 1875, através dos quais foi redesenhada a estrutura do Poder Judiciário inglês, unificado em um sistema piramidal em que foi suprimida a distinção entre

⁴³⁴ Não se pode olvidar que o Direito Romano, embora eminentemente jurisprudencial, em nenhum momento histórico reconheceu um valor vinculante a suas sentenças (VACCA, Letizia. Sulla rilevanza dei ‘precedenti’ nel diritto giurisprudenziali romano. In: VICENTI, Umberto et al. *Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea*. Padova: CEDAM, 1998. p. 29-53. p. 30, 36).

⁴³⁵ MICHELI, *Contributo allo studio...*, 1938, p. 37.

⁴³⁶ DOLEZALEK, *Precedenti giudiziari...*, 1998, p. 56; DUXBURY, *The nature...*, 2008, p. 25; DEFLORIAN, *Il ruolo del precedente...*, 1998, p. 179.

⁴³⁷ Em 1.º de outubro de 2009, uma nova Corte, chamada *United Kingdom Supreme Court* (www.supremecourt.gov.uk), iniciou o seu ofício jurisdicional no Reino Unido, tornando-se a mais alta corte na organização judiciária. O último julgamento da *House of Lords* ocorreu em 30 de julho de 2009, passando a exercer, a partir de então, atividade exclusivamente parlamentar, na condição da mais alta casa legislativa (www.parliament.uk). Trata-se de uma mudança histórica que quebra uma longa tradição britânica, separando-se a atividade jurisdicional da atividade legislativa, cujas consequências deverão ser medidas ao longo do tempo.

⁴³⁸ Lord Campbell, in *Beamish v. Beamish* (1861) 9 HLC 274, p. 338-339. Para um exame do caso, consulte-se CROSS; HARRIS, *Precedent in english law*, 2004, p. 7-8.

⁴³⁹ CROSS; HARRIS, *Precedent in english law*, 2004, p. 102.

cortes de *Common law* e *equity*⁴⁴⁰, em cujo vértice estava posta a *Supreme Court of Judicature*⁴⁴¹. Desse modo, o sistema restou estruturado para que os precedentes, com base na autoridade, exerçam a sua força na dimensão vertical, vinculando os juízos hierarquicamente situados na organização judiciária. Aponta-se também que o crescimento do prestígio social dos juízes foi determinante para o incremento da força dos precedentes judiciais⁴⁴². Adicionalmente, foram criados *law reports* confiáveis e completos, através do *Incorporated Council of Law Reporting*, fundado em 1865⁴⁴³, permitindo-se que os operadores tivessem pleno conhecimento das normas constituídas e aplicadas nas mais diversas questões jurídicas. Houve, por conseguinte, um progressivo aprimoramento quantitativo e qualitativo dos chamados *reports*⁴⁴⁴, constituindo-se numa prática institucionalizada⁴⁴⁵.

Era uma época em que se impunha uma concepção científica, de ciência exata, das disciplinas sociais, entre as quais se inseria naturalmente o Direito. Portanto, deve-se também atribuir à doutrina um papel importante no desenvolvimento da doutrina dos precedentes, estudo que permitiu a formação de bacharéis voltados ao estudo do *case law*⁴⁴⁶. Esse impulso, na Europa, ganhou outra conotação. Foi concentrado nos códigos, movimento que, todavia, na Inglaterra, não ganhara força diante da cultura dominante do *case law*. Desse modo, para que houvesse uma ordem coerente e sistemática do Direito, a solução encontrada foi a rigidez da doutrina do precedente, com os seus parâmetros objetivos de aplicação, conferindo à *Common law* uma estrutura formal capaz de legitimá-la como sistema racional⁴⁴⁷.

⁴⁴⁰ A fusão da jurisdição entre *common law* e *equity* foi um fenômeno verificado tanto na Inglaterra como nos Estados Unidos (MILLAR, Robert Wyness. *Civil procedure of the trial court in historical perspective*. New York: The Law Center of New York University, 1952. p. 65). Destaca-se que o “Judicature Act de 1873 limitou-se a sancionar o resultado de uma longa evolução histórica, estabelecendo que Common Law e *equity* deveriam ser administrados pelos mesmos tribunais, que deveriam dar preferência à *equity* em caso de conflito entre os dois sistemas normativos” (LOSANO, *Os grandes sistemas...*, 2007, p. 331).

⁴⁴¹ VIANELLO, La relatività..., 1992, p. 634; DEFLORIAN, Il precedente giudiziario..., 1993, p. 134.

⁴⁴² MATTEI, Precedente..., 1996, p. 151.

⁴⁴³ LLOYD; FREEMAN, *Lloyd's introduction...*, 1985, p. 1102.

⁴⁴⁴ Os repertórios de jurisprudência foram e são decisivos à aplicação dos precedentes judiciais tanto no direito inglês como no direito norte-americano. Neste, por exemplo, sobressaíram os repertórios *National Reporter System*, *Digest* e *Shepard*. Nos dias de hoje, com o predomínio da informática, destacam-se os sistema *Lexis*, gerido pela empresa *Mead Data Central*, e o *Westlaw*, pertencente à empresa *West Publishing Co.*, os quais permitem ampla pesquisa com refinados instrumentos de identificação dos precedentes (MATTEI, *Stare decisis...*, 1988, p. 173-184).

⁴⁴⁵ MATTEI, *Stare decisis...*, 1988, p. 48, 80.

⁴⁴⁶ MATTEI, *Stare decisis...*, 1988, p. 81, 121.

⁴⁴⁷ DEFLORIAN, Il ruolo del precedente..., 1998, p. 181.

A doutrina do precedente passou, por conseguinte, a orientar a prática jurisdicional, tendo sido estabelecidos limites objetivos e subjetivos.

Quanto aos primeiros, a doutrina procurou definir em que medida o conteúdo do precedente é determinante para alcançar uma decisão. A orientação é que a força vinculante do precedente restringe-se à *ratio decidendi*, ou seja, aos fundamentos determinantes da decisão, não abrangendo, portanto, a parte não essencial da decisão (*obiter dictum*)⁴⁴⁸. Note-se que não é o precedente que, como tal, vincula, mas apenas a norma nele corretamente interpretada ou concretizada⁴⁴⁹. Nessa perspectiva, a força vinculante está na tese adotada (fundamentação), e não no comando da decisão (dispositivo). Por essa razão, os fatos determinantes do precedente vinculante são fundamentais, já que tais fatos deverão ser análogos àqueles do caso em que se pretende aplicar a *ratio decidendi*.

Constata-se, assim, que o precedente vinculante tem eficácia tanto interna quanto externa. Por um lado, a decisão opera efeitos *inter partes*, resolvendo o conflito em julgamento. De outro, a decisão gera eficácia *erga omnes*, estendendo-se a qualquer pessoa cuja conduta se subsuma a tal regra⁴⁵⁰. Nesse caso, a eficácia do precedente transcende o caso particular, assumindo a condição de fonte do direito, de modo que os princípios extraídos dos seus fundamentos determinantes devem ser observados por todos os tribunais hierarquicamente inferiores e autoridades nos casos futuros⁴⁵¹.

No que se refere aos limites subjetivos da força vinculante, interessa identificar quem está sujeito à observância dos precedentes. Em regra, a aplicação dos precedentes é obrigatória aos órgãos jurisdicionais inferiores, em face das decisões proferidas pelos órgãos superiores na estrutura judiciária, nos limites da sua competência⁴⁵². Trata-se da vinculação vertical dos precedentes⁴⁵³. Em contrapartida, as decisões dos tribunais inferiores nunca são

⁴⁴⁸ MacCORMICK, *Legal reasoning...*, 1978, p. 222.

⁴⁴⁹ LARENZ, *Metodologia...*, 1989, p. 522.

⁴⁵⁰ FAVELA, *Tradizioni giuridiche...*, 2005, p. 876.

⁴⁵¹ Note-se que a força vinculante e a eficácia contra todos ou *erga omnes*, embora signifiquem que juízes e tribunais estão vinculados ao pronunciamento judicial, não se confundem. “Como nota característica, pode-se afirmar que o efeito vinculante confere ao julgamento uma força obrigatória qualificada, com a conseqüência processual de assegurar, em caso de recalitrância dos destinatários, a utilização de um mecanismo executivo próprio – a reclamação – para impor o seu cumprimento” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 274).

⁴⁵² MacCORMICK, *Legal reasoning...*, 1978, p. 227; LLOYD; FREEMAN, *Lloyd's introduction...*, 1985, p. 1104; STRECK, *Súmulas no direito...*, 1998, p. 62.

⁴⁵³ SCHAUER, *Thinking like a lawyer...*, 2009, p. 57.

vinculantes aos tribunais superiores, até porque estão sujeitas à revisão e cassação, o que não afasta, entretanto, a sua força persuasiva⁴⁵⁴. Entende-se, também, que os próprios tribunais estão sujeitos a observar os seus precedentes⁴⁵⁵, embora tecnicamente as cortes superiores não se considerem vinculadas aos seus próprios precedentes⁴⁵⁶. Cuida-se, aqui, da vinculação horizontal dos precedentes. No caso do Supremo Tribunal Federal, destaca-se que a inaplicação do efeito vinculante a si próprio decorre de previsão expressa da Constituição (art. 102, § 2.º)⁴⁵⁷. No entanto, seria ilógico sustentar que as cortes superiores devam atender à uniformidade na aplicação do direito, se elas próprias não observassem as suas decisões. Por isso, sustenta-se que a uniformidade externa, perante os demais órgãos jurisdicionais, será provavelmente tanto maior quanto for a uniformidade interna perante o próprio tribunal⁴⁵⁸. Nesse caso, o dever de seguir as suas próprias decisões é “*prima facie*”, ou seja, existe a obrigação como regra, mas podem os precedentes, por exceção, não ser observados quando houver uma razão determinante, principalmente em razão da necessidade do desenvolvimento da jurisprudência⁴⁵⁹, o que caracterizará uma variação justificada⁴⁶⁰.

A força vinculante pode ser tanto formal como material. O precedente tem força vinculante formal quando o ordenamento jurídico determina que as instâncias inferiores sigam seus fundamentos. É o que ocorre, em regra, com as decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade. Já a força vinculante material advém da própria autoridade dos argumentos presentes no precedente, especialmente do poder de convencimento de suas razões. Nessas hipóteses, embora não formalmente vinculantes, os precedentes atuam como razões autoritativas na argumentação jurídica⁴⁶¹. Essa força vinculante material autoriza entender que os demais órgãos da Administração Pública, direta e

⁴⁵⁴ MacCORMICK, *Legal reasoning...*, 1978, p. 227.

⁴⁵⁵ GOODHART, *Precedent...*, 1934, p. 9-10.

⁴⁵⁶ DAVID, *Os grandes sistemas...*, 2002, p. 478. É o que retrata Hélio Tornaghi: “O próprio tribunal prolator da decisão, os de outra jurisdição e os superiores não estão vinculados (*bound*), mas devem seguir o precedente se não houver fortes razões em contrário (*the precedent will be followed in the absence of strong reason to the contrary*). E, ainda nos casos em que não é vinculante, é sempre sugestivo (“*persuasive*”)” (TORNAGHI, *Comentários ao Código...*, 1976, p. 25).

⁴⁵⁷ A literalidade da expressão “demais órgãos do Poder Judiciário” é indicativa de que o legislador optou por não vincular o STF aos seus próprios precedentes, o que não afasta o dever da Corte de controlar a sua própria observância ao efeito vinculante.

⁴⁵⁸ É o que sustenta Michele Taruffo: “Uma jurisprudência de vértice coerente cria de fato precedentes mais eficazes do que uma jurisprudência incoerente e contraditória” (TARUFFO, *Il vertice ambiguo...*, 1991, p. 94).

⁴⁵⁹ BRENNER; SPAETH. *Stare indecis...*, 1995, p. 1.

⁴⁶⁰ TARUFFO, *Il vertice ambiguo...*, 1991, p. 96.

⁴⁶¹ ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 10.

indireta, estão também sujeitos aos efeitos dos precedentes, tal como ocorre, por exemplo, expressamente com as súmulas vinculantes adotadas no Direito brasileiro (CF, art. 103-A).

Cumpra-se destacar que a certeza do direito, entre outros fatores, depende não apenas do precedente, como da sua força normativa, em relação direta de proporcionalidade. Quanto maior for a sua força vinculante, maior será, potencialmente, a certeza do direito e, conseqüentemente, maior será a previsibilidade das conseqüências jurídicas das ações dos cidadãos, que poderão realizar escolhas conscientes e responsáveis⁴⁶². Isso não representa segurança absoluta na prestação jurisdicional, como seria impensável. A teoria dos precedentes, por si só, não assegura a previsibilidade na aplicação do direito, pois os julgadores, a rigor, têm a possibilidade de superar a orientação estabelecida em virtude de determinadas circunstâncias. Os precedentes evitam, no entanto, a simples superação imotivada da orientação, além de almejar a modulação dos efeitos dessa alteração jurisprudencial.

Na *Common law*, admite-se que um precedente singular de uma Corte Superior possa tecnicamente ter força vinculante, embora a respectiva *ratio decidendi* exija, muitas vezes, uma reiteração de casos para que se possa extrair o seu efetivo conteúdo⁴⁶³. O que passa a ser decisivo é a aceitação do precedente por parte da consciência jurídica, o que geralmente depende de uma reiteração, mesmo no âmbito do Direito anglo-americano⁴⁶⁴. Logo, uma sequência de precedentes tem geralmente uma força normativa superior, sendo menos suscetível à revogação ou à modificação⁴⁶⁵. Na experiência europeia-continental, a referência aos precedentes é especialmente significativa nas cortes superiores, sobretudo constitucionais, como na Espanha, Alemanha e Polônia, na medida em que exercem a função de gradativamente concretizar princípios gerais e garantias⁴⁶⁶. Além disso, os precedentes adquirem força realmente quando são reiterados⁴⁶⁷, embora se admita que um precedente

⁴⁶² CADOPPI, *Il valore del precedente...*, 2007, p. 20; INZITARI, Bruno. Obbligatorietà e persuasività del precedente giudiziario. *Contratto e Impresa: Dialoghi con la Giurisprudenza Civile e Commerciale*, Padova, v. 4, n. 2, p. 526-530, 1988. p. 530; ASCHERI, Sul 'problema cassazione'..., 1994, p. 147.

⁴⁶³ BODENHEIMER, *Jurisprudence...*, 1974, p. 438-439.

⁴⁶⁴ ROSS, *Direito e justiça*, 2000, p. 98.

⁴⁶⁵ SUMMERS, *Precedent in the United States...*, 1997, p. 355; MacCORMICK, Donald Neil; SUMMERS, Robert. S. Further general reflections and conclusions. In: _____; _____ (Ed.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997. p. 531-550. p. 538; SHAHABUDDEEN, *Precedent in the World Court*, 2007, p. 10.

⁴⁶⁶ TARUFFO, *Institucional factors...*, 1997, p. 455-456.

⁴⁶⁷ SHAHABUDDEEN, *Precedent in the World Court*, 2007, p. 10; BRUTAU, *A jurisprudência...*, 1977, p. 234.

isolado tenha força vinculante, principalmente perante os tribunais constitucionais⁴⁶⁸. O fator decisivo é capacidade de transcendência do precedente, sendo de menor importância a sua repetição⁴⁶⁹. Não obstante, exigem-se, ordinariamente, dois ingredientes à força vinculante no sistema continental: o decurso de certo lapso de tempo e o costume judiciário refletido em uma massa crítica de decisões analogamente orientadas⁴⁷⁰.

A diferença entre a força persuasiva e a força vinculante, segundo parte da doutrina, estaria nas consequências da inobservância dos precedentes. Como se sabe, no positivismo clássico⁴⁷¹, a força vinculante das regras jurídicas está respaldada por sanções expressamente previstas, sendo o Direito uma ordem eminentemente coerciva⁴⁷². Por isso, costuma-se dizer que o descumprimento de um precedente persuasivo, diferentemente dos precedentes vinculativos, não teria uma sanção e, portanto, não haveria consequências jurídicas. Assim, a força persuasiva seria apenas um imperativo moral ou racional que opera sobre o plano fático, enquanto a força vinculante teria efetivamente efeito jurídico⁴⁷³.

⁴⁶⁸ É o que destaca Karl Larenz: “Nos casos de uma ‘ruptura ético-jurídica’, como na resolução da revalorização do marco pelo Tribunal do Reich ou no reconhecimento do direito geral de personalidade pelo Tribunal Constitucional Federal, o tribunal já não podia voltar atrás em relação ao princípio por ele estabelecido sem gravíssima quebra de confiança. Em tais casos, pode-se aceitar uma imediata vinculação, sem que tivesse que se esperar, primeiramente, pela formação de um Direito consuetudinário (LARENZ, *Metodologia...*, 1989, p. 526-527).

⁴⁶⁹ É o que destaca Misabel Derzi: “Em consequência, concluímos que o fator decisivo, para definir a jurisprudência, identificada como a mesma jurisprudência, será o fato de a pergunta geral (que se extrai de vários casos similares) obter a mesma resposta geral. Assim, uma jurisprudência consolidada, fixa ou precedente, firmada pelo Supremo Tribunal Federal ou outro Tribunal Superior será qualquer decisão, tomada em caráter definitivo pelo Plenário (ou órgão equivalente), que tenha dado resposta a uma questão jurídica geral, verdadeira norma judicial, sendo irrelevante o número de decisões iguais, se única decisão ou se serão repetidas, em série” (DERZI, *Modificações...*, 2009, p. 588).

⁴⁷⁰ CHIARLONI, *Ruolo della giurisprudenza...*, 2002, p. 5.

⁴⁷¹ A observação e a descrição da norma constituem pontos caracterizadores do positivismo jurídico, que é visto como ciência cognoscitiva ou explicativa da norma positivada (KELSEN, *Teoria pura do direito*, 1987, p. 77-120).

⁴⁷² Assim concebeu Hans Kelsen na sua *Teoria Pura do Direito* (KELSEN, *Teoria pura do direito*, 1987, p. 36-62), tal como H. L. A. Hart o fez na obra *The Concept of Law*, publicada em 1961, ao entender que o Direito é um conjunto de regras primárias e secundárias. As primárias são aquelas que impõem deveres, enquanto que as secundárias indicam como aquelas podem ser criadas, modificadas ou extintas (*op. cit.*, p. 94). Semelhantemente, ambas teorias partem da concepção do ordenamento jurídico como um sistema formado por uma estrutura hierárquica, sendo que Kelsen concebe a norma fundamental como fonte suprema do ordenamento, enquanto Hart parte da chamada regra de reconhecimento (*rule of recognition*) (HART, *The concept of law*, 1994, p. 100-110).

⁴⁷³ ANZON, *Il valore del precedente...*, 1995, p. 110-114.

No entanto, destaca-se que, na *Common law*, não há sanção ao julgador que não observa determinado precedente⁴⁷⁴. Nem por isso deixa-se de considerá-lo normativo⁴⁷⁵. O precedente é vinculante porque os juízes assim o consideram, dada a autoridade reconhecida. Caso o precedente não seja considerado, a decisão superveniente está sujeita ao reexame pelo órgão jurisdicional superior, conforme a estrutura da organização judiciária⁴⁷⁶. O *stare decisis* funciona, assim, como norma jurídica, porque os juízes reconhecem a sua validade sob o ponto de vista interno, como atitude crítico-refletiva⁴⁷⁷. Da mesma forma, na tradição europeu-continental, o juiz não está obrigado a aplicar determinada lei ao caso concreto. E nem por isso a lei deixa de ter valor normativo⁴⁷⁸. Essencialmente, os juízes aplicam a lei ou os precedentes porque entendem ser esta a prática correta. Portanto, a resposta quanto à determinação da força do precedente não repousa na sanção propriamente dita, senão na autoridade e na razão dos fundamentos do precedente. Isso porque o caráter normativo do Direito não se resume às normas que possuem uma sanção⁴⁷⁹, senão que

⁴⁷⁴ DUXBURY, *The nature...*, 2008, p. 14; FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade*. Coord. da tradução Carlos Alberto de Salles; tradução Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 167. Note-se que o tratamento do erro judiciário se dá principalmente pelo sistema recursal, composto de uma estrutura complexa, hierarquizada e autônoma do Poder Judiciário. No entanto, nem sempre foi assim. No velho Direito lusitano, o magistrado que não observasse a figura dos “assentos” sujeitava-se até a ser suspenso (BARBOSA MOREIRA, *Súmula, jurisprudência...*, 2005, p. 5).

⁴⁷⁵ O foco dos juristas anglo-saxões não era explicar o fundamento da força vinculante, senão dificuldades técnicas: preferencialmente como determinar a *ratio decidendi* de um caso e quando uma corte estaria autorizada a rever os seus próprios precedentes (DUXBURY, *The nature...*, 2008, p. 19).

⁴⁷⁶ MATTEI, *Stare decisis...*, 1988, p. 295-296.

⁴⁷⁷ HART, *The concept of law*, 1994, p. 51-61.

⁴⁷⁸ O fato de não existir uma sanção a não observância dos precedentes não é uma objeção relevante sob o ponto de vista lógico-jurídico, considerando que os ordenamentos jurídicos possuem, especialmente no âmbito constitucional, deveres cuja violação não é punida com sanções, o que não os priva do atributo jurídico (CROCE, *Precedente giudiziale...*, 2006, p. 1133).

⁴⁷⁹ Hans Kelsen é sabidamente defensor de uma teoria restritiva de Direito. Entende que o Direito é um ordenamento coercitivo, composto por normas que regulam a coação, isto é, que dispõem sobre a maneira como se devem aplicar certas sanções. Sustenta: “*Si la ‘coacción’ en el sentido aquí definido es un elemento esencial al derecho, entonces las normas que forman un orden jurídico tienen que ser normas que establezcan actos coercitivos, es decir: sanciones*” (KELSEN, Hans. *Teoría general del derecho y del estado*. Trad. Eduardo García Máynez. 3. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1969. p. 52). Ao analisar o Estado, Kelsen refere: “A ordem estatal distingue-se das outras ordens sociais, principalmente, por ser uma ordem de coação (*Zwangsordnung*). Não só no sentido de que o facto de pertencer a ela não depende, sob certo aspecto, da vontade dos que lhe estão submetidos, pois essa característica se encontra noutros sistemas sociais-, porque o caráter coactivo não é, no fundo, mais do que a expressão da validade objectiva das normas. O que a ordem de coação estatal tem de especial, é que é ela quem institui a coação, as suas regras é que estabelecem que, em certas condições, um indivíduo deverá tomar contra outro uma medida de coação” (KELSEN, Hans. *Teoria geral do estado*. Trad. de Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva, 1938. p. 24-25). No mesmo sentido, ao enfatizar o caráter obrigatório do Direito, aponta o positivista Alf Ross, que considera a si próprio um defensor da teoria jurídica realista, numa síntese do realismo psicológico e do realismo comportamental, em contraposição à teoria idealista: “um ordenamento jurídico nacional é um corpo integrado de regras que determina as condições sob as quais a força física será exercida contra uma pessoa; o ordenamento jurídico nacional estabelece um aparato de autoridades públicas (os tribunais e os órgãos executivos) cuja função consiste em ordenar e levar a cabo o exercício da força em casos específicos; ou ainda mais sinteticamente: um ordenamento jurídico nacional é o conjunto de regras para o estabelecimento e

decorre de normas que impõem um dever-ser de certa conduta, cuja essência é a imperatividade⁴⁸⁰.

No Direito brasileiro, a força vinculante dos precedentes tem sido explícita em matéria constitucional, mas também tem atuado de forma implícita, no âmbito infraconstitucional. Com efeito, a Constituição Federal assegura expressamente força vinculante a certas decisões (CF, art. 102, § 2.º, de acordo com a redação da EC 45/2004) e a determinadas Súmulas (CF, art. 103-A). Por outro lado, a força vinculante também se faz presente de forma implícita, como, por exemplo, ao autorizar negativa de seguimento a recurso em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante (CPC, art. 557 e Lei n.º 8.038/90, art. 38). De um modo ou de outro, trata-se de “expedientes de compatibilização vertical das decisões judiciais já de algum tempo vêm sendo introduzidos no direito brasileiro”⁴⁸¹. Ademais, deve-se considerar que a decisão que não observa precedentes dos tribunais superiores estão sujeitas ao controle exercido desses tribunais, seja por meio dos recursos extraordinários, seja por meio de ações autônomas⁴⁸². Logo, não se pode afirmar que a inobservância dos precedentes, mesmos tidos por persuasivos, não geram consequências jurídicas.

Partindo desse contexto de ideias, é inegável que os precedentes vinculantes passam a produzir efeitos análogos ao da norma legal, balizando condutas para o Judiciário, para a Administração Pública e aos jurisdicionados, atuando sob os atributos da obrigatoriedade, abstração e generalidade. Nesses casos, são erigidos condição de fonte formal do Direito, não obstante o sistema brasileiro ser filiado à tradição romano-germânica,

funcionamento do aparato de força do Estado” (ROSS, *Direito e justiça*, 2000, p. 58). Cumpre destacar que a força, para Ross, aparece como sanção, isto é, como uma pressão para produzir o comportamento desejado (*op. cit.*, p. 85). Contrapondo o entendimento de que o ordenamento jurídico se limita às normas coercitivas, Norberto Bobbio sustenta: “A definição do Direito como conjunto de regras para o exercício da força é uma definição do Direito que podemos classificar entre as definições a respeito do conteúdo. Mas é uma definição extremamente limitativa”. Mas adiante ressalta: “Como temos dito mais de uma vez, a juridicidade de uma norma se determina não através do seu conteúdo (nem pela forma, ou pelo fim, e assim por diante), mas principalmente através do fato de pertencer ao ordenamento, fato este que, por sua vez, se determina remontando da norma inferior à superior, até a norma fundamental”. Por fim, destaca: “As regras para o exercício da força são, num ordenamento jurídico, aquela parte de regras que serve para organizar a sanção e portanto para tornar mais eficazes as normas de conduta e o próprio ordenamento em sua totalidade. O objetivo de todo o legislador não é organizar a força, mas *organizar a sociedade mediante a força*” (BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico*, 1989, p. 69-70).

⁴⁸⁰ ENGLISH, *Introdução ao pensamento jurídico*, 1988, p. 35-38.

⁴⁸¹ MARINONI; MITIDIERO, *Repercussão geral...*, 2007, p. 18.

⁴⁸² Ilustrativamente, os prejudicados pela inobservância do efeito vinculante em face das decisões proferidas em controle principal de constitucionalidade podem ajuizar reclamação perante o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, “I”).

na qual o primado do Direito repousa na lei (art. 5.º, II, da CF/88). Esse entendimento procura superar a concepção tradicional dominante no Direito brasileiro, que ainda mantém recalitrância legislativa e judicial à admissão do efeito vinculante das decisões judiciais, inclusive na jurisdição constitucional⁴⁸³.

Note-se que, no caso da súmula vinculante, além da força obrigatória, geral, abstrata e impessoal, há uma qualidade a mais, “porque, enquanto a norma geral parte do geral para o particular (dedução), demandando interpretação para ser subsumida aos casos concretos, já a súmula, por derivar de caminho inverso (indução, partindo dos julgamentos iterativos até à extração de um enunciado), já contém uma sorte de interpretação embutida, auto-aplicável”⁴⁸⁴.

Por fim, deve-se considerar que há fatores que podem determinar diferentes níveis de força vinculante, vitalidade do precedente (*precedent vitality*)⁴⁸⁵ ou força gravitacional⁴⁸⁶, tais como: a) a posição hierárquica do tribunal: quanto maior for a posição hierárquica do órgão jurisdicional, maior será a força do precedente⁴⁸⁷; b) o fato de ter sido emanado de um órgão colegiado em relação àqueles que provêm de um órgão monocrático: as decisões colegiadas sobrepõem-se frente às decisões singulares; c) o fato de a decisão ter sido unânime ou por maioria; d) a reputação da corte ou do prolator da decisão⁴⁸⁸; e) a idade do precedente: o precedente adquire maior valor com o passar do tempo e com o crescer-se de número de decisões orientadas no mesmo sentido; f) a matéria decidida no precedente; g) a

⁴⁸³ LEAL, *O efeito vinculante...*, 2006, p. 103-111.

⁴⁸⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Súmula vinculante e a EC n. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Coord.) *Reforma do Judiciário*: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 685-719. p. 697.

⁴⁸⁵ HANSFORD; SPRIGGS II, *The politics of precedent...*, 2008, p. 23.

⁴⁸⁶ Ronald Dworkin utiliza a expressão “*gravitational force*” para qualificar os precedentes judiciais, diferenciando-os da fonte normativa decorrente do legislador (DWORKIN, *Taking rights seriously*, 1997, p. 110-123).

⁴⁸⁷ Por óbvio, a lógica inversa também se aplica: a força vinculante do precedente diminui na medida em que o órgão judicial, que o estabelece, decresce na hierarquia da organização judiciária (MORETTI, *Il precedente giudiziario...*, 1999, p. 5).

⁴⁸⁸ Nesse sentido, destaca Wambaugh: “*There are some courts of last resort whose opinions because of real or fancied lack of learning are not regarded as of great value. Again there are courts where opinions upon some subjects have much greater persuasive authority than their opinions upon others*” (WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing headnotes and briefs, criticizing and comparing authorities and compiling digests*. Boston: Little, 1892. p. 63 *apud* MATTEI, *Stare decisis...*, 1988, p. 227, nota 153).

aceitação gerada na doutrina ou o número de vezes em que o precedente é aplicado: quanto mais aplicado, maior será a sua força vinculante⁴⁸⁹.

Além desses fatores formais, a força vinculante depende do conteúdo material das decisões, mediante critérios de *progressões qualitativas*, “que considere do menos ao mais apropriado, do menos ao mais oportuno, do menos ao mais adequado e produtivo”⁴⁹⁰.

Nesse aspecto, o precedente judicial difere da regra jurídica, que segue a lógica do tudo ou nada (*all or nothing*) na sua aplicação⁴⁹¹, podendo ter diferentes níveis de autoridade⁴⁹².

Por outro lado, há fatores que determinam a diminuição da força dos precedentes, entre eles o elevado número de decisões que a corte profere a cada ano. É natural que, num contexto de milhares de decisões, os precedentes individualmente considerados acabam perdendo valor, primeiro porque não são constituídos com o devido exame e fundamentação; e segundo porque acabam se diluindo num contexto jurisprudencial que tende a ser desuniforme e contraditório⁴⁹³.

Portanto, a força do precedente é variável. Os julgadores podem atribuir diferentes níveis de importância aos precedentes, podendo, inclusive, divergir a respeito. Se a intensidade da força vinculante ou a vitalidade for baixa, os julgadores tendem a interpretar os precedentes de forma negativa, isto é, não os aplicam no julgamento, na medida em que não ostentam autoridade. Por outro lado, se a intensidade for alta, a interpretação tende a ser positiva, aplicando-os nos casos presentes⁴⁹⁴.

No entanto, esses fatores são todos relativos e sujeitos às mudanças do tempo, podendo tanto intensificar, como diminuir a força vinculante. Significa que a exigência de

⁴⁸⁹ PECZENIK, *The binding force...*, 1997, p. 477-478; DUXBURY, *The nature...*, 2008, p. 62; PICARDI, *Appunti sul precedente giudiziale*, 1985, p. 204-205; MORETTI, *Il precedente giudiziario...*, 1999, p. 9.

⁴⁹⁰ CAMBI, *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos...*, 2009, p. 158.

⁴⁹¹ As regras são aplicadas, geralmente, conforme observou Dworkin, dentro de um esquema de “tudo ou nada” (*all or nothing*). Em outras palavras, se a regra é válida, ao incidir sobre os pressupostos de fato nela previstos, desde logo se produz a consequência jurídica definida na própria norma, salvo alguma exceção, ou então a regra não é válida ou não se configuraram concretamente os pressupostos de fato nela previstos, hipótese em que não há qualquer consequência jurídica (DWORKIN, *Taking rights seriously*, 1997, p. 22-28).

⁴⁹² DUXBURY, *The nature...*, 2008, p. 23.

⁴⁹³ TARUFFO, *Il vertice ambiguo...*, 1991, p. 102-103.

⁴⁹⁴ HANSFORD; SPRIGGS II, *The politics of precedent...*, 2008, p. 103.

aplicação dos precedentes pode modificar-se. O ponto de partida é verificar o efetivo tratamento do precedente perante o tribunal. Quanto mais for observado na prática, maior será a sua força vinculante ou a vitalidade do precedente⁴⁹⁵. Desse modo, a repetição de julgamentos, ainda por cima uniformes, tende naturalmente a agregar força à sua aplicação.

Disso tudo se infere que a força vinculante decorre não apenas da autoridade inerente à sua fonte, mas sobretudo da qualidade da respectiva fundamentação, o que ressalta a necessidade de correção do precedente, ou seja, a sua justificação como elemento balizador de futuros casos análogos, conforme restará examinado.

3.5 Fundamentos dos precedentes

Há razões diversas para a vinculação aos precedentes judiciais. Os principais fundamentos decorrem dos princípios da igualdade, da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, além de razões de ordem de economia, celeridade e eficiência na prestação jurisdicional, cuja proteção se reflete qualitativamente na boa administração da Justiça.

Cuida-se, no seu conjunto, de limites ao poder de reconstrução da interpretação/aplicação do direito no âmbito jurisdicional.

3.5.1 Igualdade na aplicação do direito

O princípio da igualdade é um dos estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais⁴⁹⁶, estando devidamente positivado no ordenamento jurídico brasileiro (CF, art. 5.º, *caput*). A igualdade é princípio que visa a duplo objetivo: de um lado propiciar garantia individual contra perseguições e, de outro, tolher favoritismos⁴⁹⁷. A igualdade é, outrossim,

⁴⁹⁵ HANSFORD; SPRIGGS II, *The politics of precedent...*, 2008, p. 24.

⁴⁹⁶ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 388.

⁴⁹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 23.

por excelência, o fundamento natural e dogmático dos precedentes judiciais⁴⁹⁸. Trata-se da exigência de que casos iguais sejam decididos igualmente, e os desiguais, desigualmente, na medida da sua desigualdade, o que corresponde à concepção de justiça formal, ou algo reconhecido como princípio geral de Direito⁴⁹⁹.

Simplesmente não haverá justiça se determinado juízo decidir de um jeito pela manhã e de outro à tarde, assim como não será equânime a aplicação do direito se diferentes juízos mantêm entendimentos antagônicos, estando a sorte da parte relegada simplesmente a um critério de distribuição aleatória de processos. Certamente esse não é o critério racional que se espera. Disso se infere que, pela ótica da igualdade na aplicação do direito, vedam-se “desequiparações que não tenham um *fundamento* racional e razoável e que não se destinem a promover um *fim* constitucionalmente legítimo”⁵⁰⁰.

De acordo com Chaïm Perelman, “a regra de justiça fornecerá o fundamento que permite passar de casos anteriores a casos futuros, ela é que permitirá apresentar sob a forma de argumentação quase-lógica o uso do precedente”⁵⁰¹. Desse modo, os julgadores devem decidir os casos presentes como fizeram em relação aos casos passados, assim como almejam fazê-lo para os futuros a serem examinados⁵⁰². Nesse aspecto, a igualdade aproxima-se da legalidade, pois ambas dependem, de certa forma, de normas genéricas, impessoais e abstratas, para que os casos concretos sofram a devida incidência. Ademais, as normas estabelecidas democraticamente pelo legislador ou pelo juiz servem para garantir a isonomia entre os cidadãos, diferentemente do governo dos homens, que favorece o juízo arbitrário⁵⁰³.

⁴⁹⁸ CROSS; HARRIS, *Precedent in english law*, 2004, p. 3; SASTRE, *El precedente...*, 2008, p. 379; GARRO, Alejandro M. Eficacia y autoridad del precedente constitucional en America Latina: las lecciones del derecho comparado. *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Buenos Aires, v. 1, p. 11-60, 1989. p. 46-47; CROCE, *Precedente giudiziale...*, 2006, p. 1152-1157.

⁴⁹⁹ MacCORMICK, *Legal reasoning...*, 1978, p. 73 e s.; MacCORMICK, *Rhetoric and the rule...*, 2005, p. 143; DWORKIN, *Taking rights seriously*, 1997, p.113; ROSS, *Direito e justiça*, 2000, p. 111. Cumpre registrar, a propósito, que os princípios gerais de direito nunca tiveram conceito definido. Há quem os qualifique como normas de direito natural ou verdades jurídicas universais e imutáveis, inspiradas no sentido de equidade. Lenio Luiz Streck, por exemplo, chega ao ponto de negar a própria existência dos princípios gerais de direito, pois entende que os princípios constitucionais acabaram tomando o seu espaço e a sua funcionalidade (STRECK, *Hermenêutica jurídica...*, 2009, p. 108-115).

⁵⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. Recurso extraordinário: violação indireta da Constituição: ilegitimidade da alteração pontual e casuística da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: _____. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 3, p. 279-302. p. 286.

⁵⁰¹ PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado da argumentação...*, 2005, p. 248.

⁵⁰² MacCORMICK, *Legal reasoning...*, 1978, p. 75.

⁵⁰³ BOBBIO, *Teoria geral...*, 2000, p. 312.

Assim, quando impera a certeza inerente à legalidade, a igualdade é favorecida⁵⁰⁴, o que representa também um fundamento mais seguro para a liberdade⁵⁰⁵.

Percebe-se, assim, que a conformidade ao precedente judicial corresponde à exigência de julgar, de maneira similar, casos similares. Dificilmente haverá igualdade entre os indivíduos se não houver igualdade entre os juízos que recaem sobre as suas condutas⁵⁰⁶. Essa exigência tem nítido fundamento no princípio constitucional da igualdade, voltado à aplicação do direito⁵⁰⁷. “Que importa a lei ser igual para todos, se for aplicada de modo diferente a casos análogos”⁵⁰⁸? Ora, quanto mais contrastes jurisprudenciais houver, sobretudo contrastes sincrônicos, maior desigualdade teremos na solução dos conflitos. A igualdade pressupõe, por conseguinte, unidade do ordenamento jurídico, no plano da legislação e da Constituição, e exige o vínculo dos tribunais a uma instância interpretativa unificada, no plano da concretização do direito⁵⁰⁹. Sendo o Direito o mesmo, o seu conteúdo e o seu cumprimento não podem variar de acordo com a localidade, o caso ou a esfera de poder.

⁵⁰⁴ Destaca-se a seguinte passagem da obra de John Rawls, que esclarece o princípio da justiça formal e o seu vínculo com o princípio da legalidade: “Se concebermos a justiça como expressando sempre uma forma de igualdade, a justiça formal exige que na sua administração as leis e instituições se apliquem igualmente (isto é, da mesma forma) aos destinatários que pertencem às classes por elas definidas. Como salientou Sidgwick, este tipo de igualdade está implícito nas próprias noções de lei e instituição a partir do momento em que estas são concebidas como regras gerais. A justiça formal é a adesão ao princípio ou, como alguns disseram, a obediência ao sistema” (RAWLS, *Uma teoria da justiça*, 1993, p. 66).

⁵⁰⁵ “A ligação entre o princípio do domínio da lei e a liberdade é agora clara. A liberdade é, como se disse, um complexo de direitos e deveres definido pelas instituições. As diversas liberdades identificam ações que podemos escolher se o desejarmos, e face às quais, se a natureza da liberdade em questão o tornar necessário, os outros têm o dever de não interferir. Mas se a regra de que não há crime sem lei for violada, por exemplo através do carácter vago e impreciso das leis, a definição daquilo que podemos livremente fazer torna-se igualmente vaga e imprecisa. Os limites da nossa liberdade são incertos. E, na medida em que assim for, a liberdade será limitada pelo medo do respectivo exercício. O mesmo tipo de consequência se verifica quando as situações semelhantes não forem tratadas de forma semelhante, se o processo judicial perder a sua integridade essencial, se a impossibilidade de cumprimento não for juridicamente reconhecida, etc. O princípio da legalidade apóia-se, portanto, firmemente, no acordo dos sujeitos racionais que visam estabelecer para si próprios a maior liberdade igual para todos. Para possuírem e exercerem estas liberdades com confiança, os cidadãos, de uma sociedade bem ordenada desejarão, normalmente, que o princípio do domínio da lei continue a ser respeitado” (RAWLS, *Uma teoria da justiça*, 1993, p. 194-195).

⁵⁰⁶ OLLERO, Andrés. *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005. p. 22.

⁵⁰⁷ Luís Roberto Barroso ressalta a importância da isonomia na aplicação do direito: “Pessoas em igual situação devem receber o mesmo tratamento jurídico. É ruim para o papel social do Direito e para a percepção que dele têm os cidadãos que o inverso aconteça. Portanto, devem-se buscar a constância e a objetividade, evitando-se que o desfecho da lide varie em função de idiosincrasias do órgão julgador” (BARROSO, *O controle...*, 2009, p. 77, nota 188).

⁵⁰⁸ MOURA ROCHA, A importância da súmula, 1977, p. 92.

⁵⁰⁹ BACIGALUPO, Enrique. Applicazione del diritto penale ed uguaglianza dinanzi alla legge: un quadro europeo In: COCCO, Giovanni. *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*. Padova: CEDAM, 2005. p. 7-25. p. 11; POLIZZI, Rosa Luisa. Il valore del precedente nella prassi. In: COCCO, Giovanni. *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*. Padova: CEDAM, 2005. p. 204. p. 203-209.

Portanto, é assente nos dias de hoje que o acesso a uma ordem jurídica justa exige tratamento igualitário não apenas da norma *legislada* (formal) como da norma *judicada* (material), sendo destinatários do princípio não apenas os órgãos legislativos e administrativos, mas também os órgãos jurisdicionais⁵¹⁰. “Costuma-se afirmar que a isonomia opera em duas vertentes principais: a igualdade *na lei* – ordem dirigida ao legislador – e *perante a lei* – ordem dirigida ao aplicador da lei, seja o administrador, seja o juiz”⁵¹¹. Melhor ainda seria dizer que a igualdade jurídica vai além da mera “igualdade perante a lei”, mas verdadeiramente “igualdade perante o direito”⁵¹². Portanto, o princípio da igualdade representa isonomia no trato conferido pelo ordenamento jurídico, limitando, juntamente com os demais Poderes, a atividade dos órgãos jurisdicionais encarregados da sua aplicação⁵¹³, conforme entendimento jurisprudencial que o Tribunal Constitucional espanhol, a propósito, mantém há longa data⁵¹⁴.

De fato, partindo-se do pressuposto de que “todos são iguais perante a lei” (CF, art. 5.º, *caput*), não se admite que a igualdade se restrinja ao plano legislado, sendo impositiva a sua extensão ao julgador na tarefa de interpretar a norma e aplicá-la ao caso concreto⁵¹⁵. Logo, exige-se que o tratamento judiciário dispensado à norma legal seja isonômico, de sorte que casos análogos venham a receber tratamento análogo⁵¹⁶, embora se reconheça que, na sua concreção, cada caso tem as suas particularidades⁵¹⁷. Este é um conteúdo negativo do princípio da igualdade, ou seja, direito de não ser afastado do tratamento isonômico ou direito de não ser discriminado. Há, entretanto, o sentido positivo do princípio da igualdade, como direito ao máximo de condições e oportunidades na participação dos benefícios sociais e

⁵¹⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. (Manual de direito constitucional, v. 4). p. 245; BANDEIRA DE MELLO, *Conteúdo jurídico...*, 2010, p. 9; BOBBIO, *Teoria geral...*, 2000, p. 313; GRECO, Leonardo. Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária. In: MACHADO, Hugo de Brito (Org.). *Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária*. São Paulo: Dialética, 2006. p. 296.

⁵¹¹ BARROSO, Recurso extraordinário..., 2005, p. 287.

⁵¹² CASTANHEIRA NEVES, *Digesta*, 1995, p. 275.

⁵¹³ OLLERO, *Igualdad...*, 2005, p. 23; WAMBIER, *Recurso especial...*, 2008, p. 220.

⁵¹⁴ LAPORTA, Francisco J. La fuerza vinculante de la jurisprudencia y la lógica del precedente. In: FERRERES COMELLA, Víctor; XIOL RÍOS, Juan Antonio. *El carácter vinculante de la jurisprudencia*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009. p. 11-42. p. 24.

⁵¹⁵ O mesmo se diz em relação ao art. 5.º, XXXVI, da Constituição Federal (“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”), nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni: “Interpretação literal da norma diria que a coisa julgada é protegida somente contra o legislador. Porém, a circunstância de a norma ter se referido ao legislador obviamente não quer dizer que a Constituição quis liberar o administrador e o juiz para a desrespeitarem” (MARINONI, *Coisa julgada inconstitucional...*, 2008, p. 68).

⁵¹⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 113; CADOPPI, *Il valore del precedente...*, 2007, p. p. XXI.

⁵¹⁷ CHIARLONI, *Efficacia...*, 1989, p. 125.

econômicos⁵¹⁸.

É necessário, portanto, que o Judiciário do *Civil law* perceba que o princípio da igualdade não se aplica apenas ao tratamento conferido às partes no interior do processo, como tradicionalmente se imagina. A igualdade deve ser observada, sobretudo, no momento mais importante da sua função, exatamente quando tem de realizar o principal papel que lhe foi outorgado: conferir a tutela jurisdicional ao resolver o litígio⁵¹⁹.

Tanto nos países da *Common law* como nos da *Civil law*, sensíveis aos direitos dos cidadãos, existem técnicas e meios asseguradores para que se alcance a desejável igualdade judiciária⁵²⁰. É preciso que essas técnicas sejam otimizadas, pois é inaceitável a multiplicidade de decisões qualitativamente discrepantes acerca de um mesmo assunto, sobretudo nas demandas repetitivas. E a otimização dessas técnicas passa necessariamente pelo prestígio dos precedentes com força normativa, a fim de que a uniformização da jurisprudência possa restar viabilizada, o que permitiria alcançar coerência na aplicação do direito⁵²¹.

A teoria dos precedentes pode contribuir para ser alcançada não apenas a igualdade formal como a material, embora esta não dependa dos precedentes para realizar-se. Com efeito, a igualdade formal pode ser alcançada mediante a aplicação da teoria em questão, para que casos similares sejam tratados de maneira isonômica. Assim, caso seja adotado tratamento diverso a casos iguais, não sendo apresentadas diferenças relevantes, vulnera-se a igualdade na sua vertente formal. Por outro lado, no caso de ser aplicado o precedente, sem considerar as diferenças substanciais, viola-se a igualdade na sua concepção material. Desse modo, a observância ou não do precedente compromete a igualdade nas suas duas vertentes, dependendo das circunstâncias presentes⁵²².

Nesse ponto, é oportuna a observação de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “De tal sorte, servindo o processo para a realização do direito material, não pode a lei processual estabelecer regulação que, por motivos meramente processuais, ponha em perigo,

⁵¹⁸ FERRAZ JÚNIOR; CARRAZZA; NERY JUNIOR, *Efeito “ex nunc”...*, 2008, p. 22.

⁵¹⁹ MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, 2010, p. 142.

⁵²⁰ MONTESANO, Luigi. Su alcune funzioni della cassazione civile secondo la Costituzione della Repubblica Italiana. In: SCINTILLAE Iuris. Milano: Giuffrè, 1994. v. 1. Studi in memoria di Gino Gorla. p. 291-297. p. 293.

⁵²¹ CHIARLONI, *Efficacia...*, 1989, p. 121.

⁵²² SASTRE, *El precedente...*, 2008, p. 370-371.

com risco até de eliminá-la, a igualdade jurídica assegurada na norma material”⁵²³. Significa dizer que a aplicação do direito, fruto da atividade jurisdicional, não pode frustrar a igualdade prometida pelo plano material. O instrumento hábil a minimizar esse risco são os precedentes judiciais, que se somam às leis para alcançar a desejada igualdade e para evitar desigualdades aleatórias.

Por conseguinte, é inadmissível que a aplicação de uma mesma norma por um determinado julgador possa resultar, em casos idênticos ou similares, no mesmo momento histórico, de duas interpretações diversas. A exigência de igualdade não se restringe à aplicação uniforme pelo mesmo julgador. A violação do princípio da igualdade ocorre mesmo quando a contradição se produz entre resoluções pertencentes a distintos órgãos jurisdicionais⁵²⁴. Representa dizer que, na aplicação jurisdicional da lei, pode existir violação ao princípio constitucional da igualdade quando um mesmo preceito for aplicado em casos similares com notória desigualdade, por motivações arbitrárias, isto é, não baseadas em razões juridicamente aceitáveis⁵²⁵.

A observância da igualdade também obriga os julgadores a justificarem as desigualdades. Por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequilibradas fortuitas e injustificadas⁵²⁶. Portanto, se houver fundamento para superação dos precedentes, a aplicação do princípio da igualdade exige do julgador a exposição das suas razões, evitando-se a discricionariedade e a arbitrariedade⁵²⁷. É a exigência da devida fundamentação, o que será examinado no momento oportuno⁵²⁸.

⁵²³ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, 2010, p. 99-100.

⁵²⁴ XIOL RÍOS, *El precedente judicial...*, 2005, p. 38.

⁵²⁵ OLLERO, *Igualdad...*, 2005, p. 17.

⁵²⁶ BANDEIRA DE MELLO, *Conteúdo jurídico...*, 2010, p. 18.

⁵²⁷ John Rawls destaca: “O princípio do domínio da lei também implica o preceito de que as situações semelhantes devam ser tratadas de modo semelhante. Os sujeitos não poderiam regular as suas ações através de regras se este preceito não fosse seguido. É certo que se trata de uma noção que não nos leva muito longe. Na verdade, temos de admitir que os critérios para a identificação de situações semelhantes são dados através das próprias regras jurídicas e dos princípios usados na respectiva interpretação. No entanto, este preceito limita significativamente a discricionariedade dos juízes e outras autoridades. O preceito obriga-os a justificar as distinções que estabelecem entre os sujeitos, por preferência às regras jurídicas e princípios relevantes” (RAWLS, *Uma teoria da justiça*, 1993, p. 193).

⁵²⁸ Vide Capítulo 5.4.

3.5.2 Segurança jurídica

Juntamente com o princípio da igualdade, a doutrina situa o princípio da segurança jurídica, ou, numa análise mais restrita, o da proteção da confiança⁵²⁹, entre os fundamentos mais importantes da eficácia jurídica dos precedentes judiciais⁵³⁰. Trata-se, na

⁵²⁹ Não se trata, todavia, de conceitos intercambiáveis ou expressões sinônimas: “Por certo, boa fé, segurança jurídica e proteção à confiança são idéias que pertencem à mesma constelação de valores. Contudo, no curso do tempo, foram se particularizando e ganhando nuances que de algum modo as diferenciam, sem que, no entanto, umas se afastem completamente das outras” (COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos normativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 33-74, 2004. Suplemento. p. 34). A origem do princípio da proteção da confiança decorre do Direito alemão, por construção jurisprudencial, a partir do fim da Segunda Guerra Mundial. Numa ordem crescente de fundamentalidade, a proteção da confiança decorre da segurança jurídica, que, por sua vez, provém do Estado de Direito, considerado um sobreprincípio (MAFFINI, Rafael da Cás. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. p. 49, 55). Entende-se que a proteção da confiança é um reflexo da segurança jurídica, numa face subjetiva, aplicada à defesa dos interesses legítimos dos cidadãos nas relações jurídicas mantidas com o Poder Público. “A confiança exprime a situação em que uma pessoa adere, em termos de actividade ou de crença, a certas representações, passadas, presentes ou futuras, que tenha por efectivas” (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984. v. 2. p. 1234). Logo, o princípio da proteção da confiança funciona como princípio e como direito fundamental individual, que somente o privado reivindica em contraposição ao Estado. Já nas relações privadas, o princípio da proteção da confiança teria como equivalente o princípio da boa-fé (SASTRE, *El precedente...*, 2008, p. 377-380, 402; DERZI, *Modificações...*, 2009, p. 395). Quanto à diferença entre os princípios em questão, José Joaquim Gomes Canotilho aponta: “O homem necessita de *segurança* para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsavelmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da *segurança jurídica* e da *protecção da confiança* como elementos constitutivos do Estado de Direito. Estes dois princípios – segurança jurídica e protecção da confiança – andam estreitamente associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da protecção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a **segurança jurídica** está conexas com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a **protecção da confiança** se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos” (GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional...*, 1998, p. 250). Essa diferença entre segurança jurídica e protecção à confiança é também destacada por Almiro do Couto e Silva: “No direito alemão e, por influência deste, também no direito comunitário europeu, ‘segurança jurídica’ (*Rechtssincherheit*) é expressão que geralmente designa a parte **objectiva** do conceito, ou então simplesmente o ‘princípio da segurança jurídica’, enquanto a parte **subjectiva** é identificada como ‘protecção à confiança’ (*Vertrauensschutz*, no direito germânico) ou ‘protecção à confiança legítima’ (no direito comunitário europeu), ou, respectivamente, ‘princípio da protecção à confiança’ ou ‘princípio da protecção à confiança legítima’” (COUTO E SILVA, *O princípio da segurança jurídica...*, 2004, p. 36).

⁵³⁰ Há quem entenda que a segurança jurídica, expressa na ideia de certeza, é a principal razão da vinculação do precedente, sendo todas as demais “concausas ou condições”. É o que sustenta Hélio Tornaghi, por exemplo: “Várias razões são apontadas para explicar o poder vinculatório do precedente. Parece, entretanto, que só uma delas é a verdadeira causa eficiente; todas as demais são concausas e condições. Observa-se que, enquanto o continente europeu trabalhava sobre um sistema de Direito legado pelos romanos e modificado, em parte, pelas normas bárbaras e pelas canônicas, na Grã-Bretanha o juiz tinha de criar o Direito. E, então, se os juízes pudessem estabelecer uma regra nova para cada caso, em lugar de ordem jurídica haveria o caos e o tumulto, que seriam a própria negação da segurança. Os ingleses compreenderam que alcançar a certeza em relação às regras jurídicas pelas quais os homens devem guiar-se (*the certainty in the rules of law by which men have to guide themselves*) é mais importante do que conseguir a regra ideal, melhor em si mesma ou mais logicamente

verdade, de dois princípios estreitamente vinculados⁵³¹, pois a segurança jurídica é condição necessária para que a ordem jurídica possa assegurar a devida justiça, mediante o tratamento isonômico de situações iguais⁵³². A perspectiva é de que a prática judicial continuada gera a confiança do cidadão, de que o caso presente será decidido similarmente aos casos passados. Por consequência, a mudança de orientação pode violar a segurança jurídica, comprometendo a previsibilidade das decisões judiciais⁵³³.

Enquanto valor, a segurança é para o homem uma forma antropológica de minimizar a angústia da incerteza do futuro, valendo-se da esperança de que o prometido hoje será realidade amanhã⁵³⁴, na perspectiva do historicismo da ação humana⁵³⁵. No âmbito do Direito, em uma análise mais ampla, a segurança é o fundamento da constituição do próprio Estado, organização criada para outorgar fundamentalmente proteção aos indivíduos e para atender as necessidades impostas pelo bem comum da sociedade⁵³⁶, o que justifica a alienação de boa parte da liberdade individual⁵³⁷, na esteira do pensamento de Hobbes⁵³⁸. O Direito

harmoniosa como parte do sistema (*is of greater importance than arriving at the rule which is best in itself or most logically harmonious as part of a system*). O precedente obrigatório deu forma arquitetônica ao edifício do Direito inglês. Pode acontecer que haja algum tijolo torto, alguma pedra fora de lugar, alguma parede inclinada. Mas o edifício existe” (TORNAGHI, *Comentários ao Código...*, 1976, p. 28-29).

⁵³¹ A proximidade é assim destacada: “A segurança jurídica não se ligaria, a nosso critério, à igualdade substancial ou real entre os cidadãos e tampouco com o que faz o poder político para procurá-la, mas sim com a necessidade de alcançar a igualdade formal ou ante o direito [...]. O fundamental é que a segurança exige que a igualdade corresponda à igualdade nos direitos ou nos deveres, salvo razões de justiça material que justifiquem deixar de lado essa exigência” (VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. Trad. de Susana Elana Dalle Mura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 282). Outrossim, José Souto Maior Borges destaca que, sem isonomia, não há segurança, o que torna evidente o entrelaçamento da segurança com outros direitos e garantias constitucionais (BORGES, José Souto Maior. Princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do tributo. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 63, p. 206-210, 1997. p. 206-210).

⁵³² FARACO DE AZEVEDO, Poder Judiciário, 1995, p. 12.

⁵³³ GOODHART, *Precedent...*, 1934, p. 41; BODENHEIMER, *Jurisprudence...*, 1974, p. 426; ZENATI, *La notion de divergence...*, 2003, p. 55.

⁵³⁴ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Súmula vinculante. In: TUBENCHLAK, James (Coord.). *Doutrina*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 1997. p. 13-35. p. 14. Nesse sentido, destaca Pérez Luño: “*La seguridad es, sobre todo y antes que nada, una radical necesidad antropológica humana y el ‘saber a qué atenerse’ es el elemento constitutivo de la aspiración individual y social a la seguridad; raíz común de sus distintas manifestaciones en la vida y fundamento de su razón de ser como valor jurídico*” (PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica...*, 1991, p. 8).

⁵³⁵ “O efeito ou a função principal, destarte, da *segurança jurídica* está em se poder prever qual será, no porvir, a qualificação das ações presentes e, portanto, como se deverá com elas contar no futuro. Numa expressão sintética: a segurança jurídica instala o postulado do *historicismso da ação humana*” (KNIJNIK, Danilo. O princípio da segurança jurídica no direito administrativo e constitucional. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 35, p. 205-251, 1995. p. 214).

⁵³⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Coimbra, 2003. (Manual de direito constitucional, v. 1). p. 48.

⁵³⁷ KNIJNIK, O princípio da segurança..., 1995, p. 215.

⁵³⁸ É clássica a explicação que Hobbes apresenta ao Estado como o produto da renúncia que os homens, no estado de natureza, são induzidos a fazer do uso da força individual para sair do estado de anarquia próprio ao

passa a assumir o papel que antes estava relegado à religião⁵³⁹, tornando-se a segurança jurídica a grande contribuição do poder político à própria função do Direito, que é de estabilizar as expectativas de comportamento, para que os seus destinatários possam calcular as consequências do comportamento próprio e alheio⁵⁴⁰. A segurança jurídica torna-se, assim, pressuposto do Direito em si, formando-se um Estado de Direito em que as liberdades são respeitadas e os direitos fundamentais, assegurados⁵⁴¹.

Nessa dimensão, o valor segurança assume feição jurídica, sendo fundamento não apenas dos precedentes. É base do Direito como ciência⁵⁴², informativo do direito positivo⁵⁴³, o que explica o seu amparo constitucional⁵⁴⁴, tendo antecedentes muito remotos na História, embora tenha restado consolidada no pensamento jurídico moderno predominante nos séculos XVII, XVIII e XIX⁵⁴⁵. Costuma-se dizer que a certeza inerente à segurança jurídica é “a específica eticidade do direito”⁵⁴⁶, sendo condição *a priori* para o próprio reconhecimento do direito⁵⁴⁷. Ampliando-se a análise, a previsibilidade, a rigor, é essência de

estado de natureza e para dar vida a uma força coletiva, denominada “poder comum”, que os proteja uns dos outros (HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 147).

⁵³⁹ Na Antiguidade, o instrumento ordenador da sociedade era a religião. A preocupação pela salvação da alma era o fator animador da convivência social. Posteriormente, com o Renascimento, a fé passa a ser substituída pelo conhecimento, assumindo a ciência e a técnica a função de instrumentos ordenadores (FERRERES COMELLA; XIOL RÍOS, *El carácter vinculante...*, 2009, p. 128-129).

⁵⁴⁰ HABERMAS, *Direito e democracia...*, 2003, p. 182.

⁵⁴¹ PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica...*, 1991, p. 20.

⁵⁴² Calamandrei destaca que a doutrina jurídica que seja consciente da sua função e da sua responsabilidade não pode nunca esquecer os fins práticos a que se dirige a obra do jurista. Em seguida, o célebre processualista italiano enfatiza a importância da segurança jurídica: “*La scienza giuridica deve servire a rendere più agevole e più facile l'applicazione della norma al caso pratico, ad aumentare, colle sue sistemazioni razionali, il grado di certezza del diritto, cioè a rendere sempre più intellegibile la portata delle regole prestabilite dal legislatore all'agire umano ed a mettere il singolo in condizioni de calcolare in anticipo, con previsioni sempre più sicure, le conseguenze giuridiche delle proprie azioni*” (CALAMANDREI, *La certezza...*, 1965, p. 508-509).

⁵⁴³ SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. p. 15-30. p. 15.

⁵⁴⁴ A noção de Constituição conserva o seu núcleo permanente: “a idéia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem”; “ela é sempre o fundamento do Estado, a base da ordem jurídica que se quer apreender” (KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 130).

⁵⁴⁵ VIGO, *Interpretação jurídica...*, 2005, p. 265-268.

⁵⁴⁶ Destaca-se, a propósito, a seguinte lição de López de Oñate: “*Si no se garantiza esa certeza de la acción, termina y se disuelve el mundo social como unidad de valores y voluntades que se distinguen, y lo que queda es o una realidad de fragmentos o una realidad de indistinción. La certeza del derecho es, en cambio, la certeza de la acción porque es la garantía de la acción. La norma debe ser preordenada, fijada, cierta, constantemente válida – contra todas las negaciones teóricas y prácticas que antes hemos indicado – precisamente porque en ella se realiza una específica eticidad, en que debe cumplirse la moralidad de la acción como moralidad del sujeto*” (LÓPEZ DE OÑATE, Flavio. *La certeza del derecho*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953. p. 180 – original *La certezza del diritto*. Roma: Casa Editrice Gismondì, 1942).

⁵⁴⁷ COTTA, *La certezza del diritto...*, 1993, p. 317, 321.

toda e qualquer ciência, exata ou humana⁵⁴⁸, na sua dimensão prognóstica⁵⁴⁹. Por isso, a dogmática sempre manteve preocupação quanto à previsibilidade, calculabilidade e estabilidade das decisões. Portanto, de tudo o que foi dito resta uma afirmação: direito e segurança andam juntos. Direito existe para que se tenha segurança, “pois, para se ter insegurança, direito não é necessário”⁵⁵⁰.

Na verdade, a importância da segurança jurídica transcende o âmbito jurídico. Atualmente prevalece o entendimento de que a segurança é indispensável no desenvolvimento das nações, tendo melhores condições de crescer aqueles países cujas instituições respeitem os ideais inerentes à segurança jurídica⁵⁵¹. Cuida-se, assim, de tema de extrema relevância que todos têm o compromisso de assumir e observar. Não significa, entretanto, que não existam negativistas ou céticos quanto ao seu alcance. Ilustrativamente, emblemática é a posição de Hans Kelsen, que acaba qualificando como uma “ficção”, por exemplo, a pretensão de que cada norma geral somente admite uma solução, tal qual a postula “a jurisprudência tradicional para manter o ideal da segurança jurídica”⁵⁵². No entanto, embora a divergência jurisprudencial seja uma realidade inafastável, no que Kelsen tem plena razão, o Direito deve buscar minimizá-la assim como deve evitar que os entendimentos consolidados ao longo do tempo sejam repentinamente alterados, frustrando, em última análise, as expectativas dos indivíduos e da coletividade⁵⁵³.

No que se refere ao seu amparo, a segurança está entre os direitos fundamentais, tendo sido consagrada no art. 2.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789⁵⁵⁴. Da mesma forma, a Declaração Universal dos Direitos

⁵⁴⁸ GOODHART, *Precedent...*, 1934, p. 33.

⁵⁴⁹ É o que leciona Danilo Knijnik: “Essa dimensão prognóstica de todas as ciências e sua vocação não apenas à descrição da realidade, mas à sua prescrição – no sentido de um ‘compreender’ para ‘determinar-se’, para um existir com determinado sentido – aparece, inclusive, nas ciências ditas exatas. Os modelos, também os matemáticos, objetivam proporcionar alguma previsibilidade quanto aos fatos e realidades que lhes digam respeito. Em outros termos, ‘inexistem fatos puros em si, senão fatos revelados pela luz de sua significação humana’ ” (KNIJNIK, *O recurso especial...*, 2005, p. 14-15).

⁵⁵⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. In: _____. *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. p. 165-191. p. 168.

⁵⁵¹ BENETI, *Doutrina de precedentes...*, 2006, p. 481.

⁵⁵² KELSEN, *Teoria pura do direito*, 1987, p. 366.

⁵⁵³ Atualmente a segurança jurídica deixa de ser uma categoria apenas aplicável às relações intersubjetivas para tornar-se condição da existência coletiva (PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica...*, 1991, p. 16).

⁵⁵⁴ “Art. 2.º A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.” Trata-se, no seu conjunto, de direitos naturais reconhecidos por uma declaração solene, sintetizando o ideário da Revolução Liberal, de raízes profundas na tradição ocidental (SOUZA JÚNIOR, *A supremacia...*, 2002, p. 133).

Humanos, adotada e proclamada pela ONU em 1948, também destaca a imprescindibilidade da segurança à pessoa, nos termos do seu art. 3.º⁵⁵⁵. Outrossim, o Pacto Internacional da ONU de Direitos Civis e Políticos de 1966 (art. 9.º) e a Convenção Americana de São José da Costa Rica de 1969 (art. 7.º, n.º 1) contemplaram a necessidade de segurança pessoal do indivíduo. No ordenamento jurídico brasileiro, como não poderia ser diferente, a segurança tem fundamento constitucional, sendo valor supremo do Estado Democrático de Direito⁵⁵⁶. A Constituição da República Federativa do Brasil garante ainda a inviolabilidade do direito à segurança, no *caput* do art. 5.º, ao lado dos direitos à vida, liberdade, igualdade e propriedade⁵⁵⁷, sendo também, nos termos do *caput* do art. 6.º, considerado um direito social⁵⁵⁸.

Quanto ao seu conteúdo, a segurança representa “a qualidade daquilo que está livre de perigo, livre de risco, protegido, acautelado, garantido, do que se pode ter certeza ou, ainda, daquilo em que se pode ter confiança, convicção”⁵⁵⁹. Referindo-se à manifestação de poder, a segurança jurídica apresenta-se como instrumento de defesa contra o arbítrio, tanto em relação aos sujeitos investidos da produção das normas, como daqueles dotados de supremacia na sua aplicação⁵⁶⁰. “É o direito à segurança que define a sustentação, firmeza e eficácia do ordenamento jurídico. Ele garante que cada pessoa pode saber de si, de seus direitos, tê-los por certo e seguros em sua aplicação, para que cada qual durma e acorde ciente de que os seus direitos são os que estão conhecidos no sistema, e que a sua mudança não se fará senão segundo o quanto nele estabelecido”⁵⁶¹. Em relação à sua natureza, a segurança jurídica pode ser considerada tanto um valor como um princípio⁵⁶² ou, mais do que isso, um

⁵⁵⁵ “Artigo III. Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.”

⁵⁵⁶ O preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 destaca a instituição, pela Assembleia Nacional Constituinte, de um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social. Nessa senda, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira ressalta: “A segurança liga-se à própria noção de Estado Democrático de Direito, erigida como princípio fundamental da CF (art. 1.º, *caput*), de modo que garanta o cidadão contra o arbítrio estatal, tendo presente a salvaguarda de elementos fundantes da sociedade realmente democrática, como o princípio democrático, o da justiça, o da igualdade, da divisão de poderes e da legalidade” (ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, 2010, p. 100).

⁵⁵⁷ “Art. 5.º 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:...”

⁵⁵⁸ “Art. 6.º São direitos sociais a educação [...], a segurança, a previdência etc.”

⁵⁵⁹ PAULSEN; ÁVILA; SLIWKA, *Segurança jurídica...*, 2006, p. 165.

⁵⁶⁰ ROSELLI, *Sull’affidamento...*, 1994, p. 321.

⁵⁶¹ ROCHA, *O princípio da coisa julgada...*, 2009, p. 168-169.

⁵⁶² Danilo Knijnik entende que a segurança jurídica pode representar tanto um valor como um princípio. Como valor, “a segurança jurídica consiste no conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade

sobreprincípio⁵⁶³, que está implícito na Constituição Federal⁵⁶⁴. Depende do contexto em que é empregada, sendo certo, entretanto, que permeia todo o texto constitucional, estabelecendo o dever de buscar certos ideais.

No Direito positivo brasileiro, a sua fonte normativa decorre principalmente da interpretação dedutiva do princípio constitucional, de maior abrangência, do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1.º, *caput*⁵⁶⁵)⁵⁶⁶, que é aquele em que governantes e

reconhecida”. Já como princípio, sustenta o autor, a segurança jurídica sai do puro campo da abstração e manifesta-se sob diferentes mecanismos de atuação concreta, sendo possível, no entanto, identificar três vertentes principais, dotadas de força normativa: certeza, imutabilidade e intangibilidade (KNIJNIK, O princípio da segurança..., 1995, p. 217-222). A diferença entre os conceitos (valor e princípio) está no grau de abstração, na esteira da lição de Canaris: “Na verdade, a passagem do valor para o princípio é extraordinariamente fluida; pode-se dizer, quando se quisesse introduzir uma diferenciação de algum modo praticável, que o princípio está já num grau de concretização maior do que o valor: *ao contrário deste, ele já compreende a bipartição, característica da proposição de Direito em previsão e consequência jurídica*”. E em nota o autor arremata: “[...] o princípio, ao contrário do valor, indica sempre, pelo menos, a direção da consequência jurídica, embora pormenores possam ficar em aberto” (CANARIS, *Pensamento sistemático...*, 2002, p. 86).

⁵⁶³ Paulo de Barros Carvalho ressalta: “A segurança jurídica é, por excelência, um sobreprincípio. Não temos notícia de algum ordenamento a contenha como regra explícita. Efetiva-se pela atuação de princípios, tais como o da legalidade, da anterioridade, da igualdade, da irretroatividade, da universalidade da jurisdição e outros mais” (CARVALHO, Paulo de Barros. O princípio da segurança jurídica. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 61, p. 74-90, 1994. p. 86). Do mesmo modo, Humberto Ávila aponta: “Na perspectiva da sua dimensão enquanto limitação ao poder de tributar, a segurança jurídica qualifica-se preponderantemente do seguinte modo: quanto ao nível em que se situa, caracteriza-se como uma *limitação de primeiro grau*, porquanto se encontra no âmbito das normas que serão objeto de aplicação, devendo enfatizar-se, ainda, que atua sobre outras normas, podendo, por isso mesmo, ser qualificada como *sobreprincípio*” (ÁVILA, *Sistema constitucional tributário*, 2004, p. 295).

⁵⁶⁴ Humberto Ávila classifica o princípio da segurança jurídica, quanto à forma, “como uma limitação implícita, embora alguns o vejam expressamente na Constituição (art. 5º, *caput*)” (ÁVILA, *Sistema constitucional tributário*, 2004, p. 295).

⁵⁶⁵ “Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito...”

⁵⁶⁶ Entende-se por Estado de Direito aquele que, apoiado nas ideias de justiça e segurança jurídica, reúne os seguintes elementos formais: a) a existência de um sistema de direitos e garantias fundamentais; b) a divisão das funções do Estado; c) a legalidade da Administração Pública; e d) a proteção da confiança (COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 84, p. 46-63, 1987. p. 46). Quanto ao exame do Estado de Direito voltado ao fim democrático, Lenio Luiz Streck ressalta: “[...] o Estado Democrático de Direito é o novo modelo que remete a um tipo de Estado em que se pretende precisamente a transformação em profundidade do modo de produção capitalista e sua substituição progressiva por uma organização social de características flexivelmente sociais, para dar passagem, por vias pacíficas e de liberdade formal e real, a uma sociedade onde se possam implantar superiores níveis reais de igualdades e liberdades” (STRECK, *Hermenêutica jurídica...*, 2009, p. 37). Em última análise, a ideia de Estado Democrático de Direito procura equacionar as relações entre as esferas da ética e da política: “**Estado democrático** é o Estado em que o direito tem vez na definição das inter-relações entre a esfera ética e a esfera política do humano, respeitadas, uma e outra, em suas legítimas autonomias. Vista no plano abstrato da **teoria axiológica do Estado**, a democracia é a ordem juspolítica em que, de um lado, o Estado submete-se ao direito, no que o direito tem de mais ético, e, de outro, o direito está a serviço do Estado, no que o Estado tem de eminentemente político. A **supremacia do direito** está nesta dualidade complementar de relações” (SOUZA JÚNIOR, *A supremacia...*, 2002, p. 180). Especificamente quanto à análise do princípio da segurança jurídica, Hans Kelsen destaca: “Ele traduz, neste aspecto geral, o princípio do Estado-de-Direito que, no essencial, é o princípio da segurança jurídica” (KELSEN, *Teoria pura do direito*, 1987, p. 269). No mesmo sentido apontam: CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais. *In*: FERRAZ JÚNIOR,

governados se submetem à norma jurídica, permitindo-se aos cidadãos calcular antecipadamente o que acontecerá no futuro quanto à aplicação do direito⁵⁶⁷, fruto de uma Constituição limitadora do poder através do império do Direito⁵⁶⁸. Estão em jogo liberdade, tranquilidade e segurança, valores que pressupõem a certeza do direito: a liberdade, porque, na incerteza do direito, o cidadão pode sofrer pena, sem poder ter uma clara percepção da diferença entre o lícito e o ilícito; a tranquilidade, porque a sua própria paz interior seria posta em perigo diante de incertezas das consequências da sua conduta; e, por fim, a segurança, porque o cidadão não estaria certo da escolha de suas ações ante incerteza do direito a ser aplicado⁵⁶⁹.

Outrossim, no ordenamento jurídico pátrio, a segurança jurídica decorre da interpretação indutiva de outras regras constitucionais, como as de proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 5.º, XXXVI), das regras da legalidade (art. 5.º, II, e art. 150, I), da irretroatividade (art. 150, III, “a”) e da anterioridade (art. 150, III, “b”)⁵⁷⁰.

Infere-se dessas disposições que o princípio da segurança pode ser analisado em duas dimensões, uma objetiva e outra subjetiva. A primeira recai sobre a ordem jurídica objetivamente considerada, exigindo-se certos atributos que a qualificam. Destacam-se, nessa senda, a irretroatividade das leis, a previsibilidade dos atos estatais, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Em uma perspectiva subjetiva, a segurança jurídica refere-se às relações mantidas entre os cidadãos em si e entre os cidadãos e o Poder Público. Sobressai-se, aqui, a

Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito “ex nunc” e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008. p. 33-73. p. 41; DERZI, *Modificações...*, 2009, p. 10. Corroborando o exposto, Almiro do Couto e Silva destaca que “segurança jurídica e legalidade são, sabidamente, os dois pilares de sustentação do Estado de Direito” (COUTO E SILVA, *O princípio da segurança jurídica...*, 2004, p. 41). Destaca-se que recentemente o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido o princípio da segurança jurídica como decorrente do sobreprincípio do Estado de Direito (art. 1.º, *caput*, CF/88). Há três acórdãos nesse sentido: MC 2.900-RS, MS 24.268-MG e MS 22.357-DF, todos da relatoria do Min. Gilmar Mendes.

⁵⁶⁷ BACIGALUPO, *Applicazione del diritto penale...*, 2005, p. 10.

⁵⁶⁸ GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional...*, 1998, p. 92. A propósito, Canotilho prefere, nos dias de hoje, no lugar daquela, adotar a expressão “Estado constitucional democrático”, realçando a necessidade de legitimação democrática do poder: “O Estado constitucional é ‘mais’ do que o Estado de direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para ‘travar’ o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de *legitimação* do mesmo poder (*to legitimize State power*). Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a da legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e processo de legislação no sistema jurídico; (2) outra é a da *legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político*” (GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional...*, 1998, p. 93-94).

⁵⁶⁹ CADOPPI, *Il valore del precedente...*, 2007, p. 54.

⁵⁷⁰ ÁVILA, *Sistema constitucional tributário*, 2004, p. 295.

proteção da confiança e das expectativas legítimas⁵⁷¹. Nesse aspecto, a segurança jurídica está vinculada à própria noção de dignidade da pessoa humana, princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1.º, III), a qual não será respeitada e protegida quando as pessoas sejam atingidas por certo nível de instabilidade jurídica, a ponto de não terem condições de confiar nas instituições sociais e estatais e nas próprias posições jurídicas⁵⁷².

Por conseguinte, de tudo que restou examinado, “o princípio da segurança jurídica constitui, ao mesmo tempo, um subprincípio do princípio do Estado de Direito e um sobreprincípio relativamente a outros princípios decorrentes que se prestam à afirmação de normas importantes para a efetivação da segurança”⁵⁷³.

No âmbito processual, sob o influxo constitucional, a segurança jurídica expressa-se no direito fundamental a um processo justo, entendimento que reflete uma visão dinâmica e não meramente estática do devido processo legal. Não se trata de assegurar a suficiência mínima do direito ao processo, numa perspectiva puramente formal, senão um processo que assegure um resultado (material) qualificativamente diferenciado: “De tal modo, o conceito de processo justo decorre, em primeiro lugar, da compreensão correta de certos direitos fundamentais expressos, a exemplo da proibição de juízos de exceção e do princípio do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV), da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI) e do direito fundamental à decisão fundamentada (art. 94, IX). Além disso, a visão principiológica, ao contrário da puramente estática e garantística, não se limita aos direitos fundamentais expressos e pode elaborar normas a partir de outros direitos fundamentais principiológicos, contidos na Constituição, com vistas à concretização de um processo justo e uma tutela jurisdicional efetiva”⁵⁷⁴.

⁵⁷¹ MARINONI, *Coisa julgada inconstitucional...*, 2008, p. 65-66; GUASCH FERNÁNDEZ, Sergi. *El hecho y el derecho en la casación civil*. Barcelona: Bosch, 1998. p. 169.

⁵⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. p. 85-129. p. 94.

⁵⁷³ PAULSEN; ÁVILA; SLIWKA, *Segurança jurídica...*, 2006, p. 166. No mesmo sentido, vide SARLET, A eficácia..., 2009, p. 90.

⁵⁷⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 155, p. 11-26, jan. 2008. p. 22.

Destaca-se que, no âmbito infraconstitucional do Direito pátrio, o princípio da segurança jurídica vem explícito na Lei do Processo Administrativo da União (Lei n.º 9.784/99), em seu art. 2.º, *caput*, juntamente com outros princípios a serem observados⁵⁷⁵. Da mesma forma, a segurança jurídica vem explícita nos diplomas que tratam do controle de constitucionalidade, tal como disposto no art. 27 da Lei n.º 9.868/99 (ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade⁵⁷⁶), no art. 11 da Lei n.º 9.882/99 (arguição de descumprimento de preceito fundamental⁵⁷⁷) e, mais recentemente, na esfera constitucional, no § 1.º do art. 103-A, que trata da súmula vinculante, por força da EC 45/2004, a segurança jurídica é referida indiretamente⁵⁷⁸.

Nessas hipóteses normativas, voltando-se os olhos aos precedentes judiciais, convém enfatizar o que especialmente interessa: a segurança jurídica procura preservar a previsibilidade das consequências jurídicas dos atos e dos fatos, bem como a proteção das expectativas legitimamente constituídas, não estando a autoridade estatal autorizada a frustrá-las⁵⁷⁹. Há preocupação em preservar a esfera individual, protegendo-a da arbitrariedade⁵⁸⁰, ao submeter o exercício do poder ao Direito, “fazendo com que as pessoas possam prever, com relativa certeza, as consequências que advirão das situações jurídicas a que deram causa”⁵⁸¹.

⁵⁷⁵ “Art. 2.º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, **segurança jurídica**, interesse público e eficiência [destaque nosso].”

⁵⁷⁶ “Art. 27. 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 [destaque nosso].”

⁵⁷⁷ “Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, 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 [destaque nosso].”

⁵⁷⁸ “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 [grifo nosso] [...]”.

⁵⁷⁹ ROSELLI, Sull’affidamento..., 1994, p. 320-321.

⁵⁸⁰ ÁVILA, *Sistema constitucional tributário*, 2004, p. 295.

⁵⁸¹ CARRAZZA, *Segurança jurídica...*, 2008, p. 43.

Quanto à sua promoção, a segurança jurídica impõe os ideais de *estabilidade*, *confiabilidade*, *previsibilidade* e *mensurabilidade* na atuação do Poder Público⁵⁸². Estas são diversas formas de concreção do princípio em questão, conforme as circunstâncias do caso e a perspectiva adotada, o que revela distintos “conteúdos normativos”⁵⁸³. Todos esses conteúdos estão imbricados e interessam à teoria dos precedentes, pois a atividade jurisdicional também deve orientar-se pelo princípio da segurança jurídica⁵⁸⁴. Conforme adverte Gadamer, “A idéia de uma ordem judicial implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. A pessoa que se tenha aprofundado na plena concreção da situação estará em condições de realizar essa ponderação justa. É por isso que existe segurança jurídica em um estado de direito, ou seja, podemos ter idéia daquilo com que estamos à volta”⁵⁸⁵.

É o que ressalta Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “Entre nós, mostra-se importante atentar ainda para a aplicação do direito: não só a norma jurídica deve ser formulada de maneira clara, acessível e previsível, mas também previsível deve ser o resultado do litígio, sem causar estranheza no meio social onde deve atuar. As soluções exóticas, com clara afronta ao sistema, além de surpreender, deslegitimam o Poder Judiciário perante a sociedade civil”⁵⁸⁶.

Com efeito, o processo deve proporcionar provimentos jurisdicionais orientados à segurança jurídica, isto é, “segurança quanto à existência, inexistência ou modo-de-ser das relações jurídicas”⁵⁸⁷. Nesse aspecto, o processo deve ser seguro em si mesmo, mediante a observância de um modelo mínimo, impositivo e indispensável, mas também proporcionar segurança jurídica, que é agregada à situação jurídico-material das partes, como efeito do exercício imperativo do poder estatal no processo⁵⁸⁸.

⁵⁸² ÁVILA, *Sistema constitucional tributário*, 2004, p. 303.

⁵⁸³ PAULSEN; ÁVILA; SLIWKA, *Segurança jurídica...*, 2006, p. 49-50. A propósito, Leandro Paulsen, René Ávila e Ingrid Swilka, diferentemente das dimensões apresentadas por Humberto Ávila, apontam os seguintes conteúdos do princípio da segurança jurídica: “1) *certeza* do direito; 2) *intangibilidade* das posições jurídicas; 3) *estabilidade* das situações jurídicas; 4) *confiança* no tráfego jurídico; 5) *tutela* jurisdicional” (*ibidem*, p. 52).

⁵⁸⁴ BARROSO, *Recurso extraordinário...*, 2005, p. 284.

⁵⁸⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Trad. de Flávio Paulo Meurer; revisão da trad. de Enio Paulo Giachini. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. v. 1. p. 433.

⁵⁸⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, 2010, p. 100.

⁵⁸⁷ DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 2005, p. 196.

⁵⁸⁸ A decisão judicial agrega, em razão da proteção da coisa julgada, uma qualidade ao direito material das partes, conforme destaca Cândido Rangel Dinamarco: “O juiz que no processo de conhecimento declara a existência ou inexistência de direitos e obrigações exerce com isso uma função do Estado e, como costuma ser dito e repetido em doutrina, não emite um juízo como qualquer pessoa comum: trata-se de juízo

Assume relevo, nessa dimensão, o aspecto social da prestação jurisdicional, como fator de pacificação: “a experiência mostra que as pessoas mais sofrem as angústias da insatisfação antes de tomarem qualquer iniciativa processual ou mesmo durante a litispendência, experimentando uma sensação de alívio quando o processo termina, ainda que com solução desfavorável. A certeza pacífica e é por isso que não constitui um escopo em si mesma, mas degrau na obtenção do objetivo último de pacificação, ou eliminação do estado anímico de insatisfação”⁵⁸⁹.

Senão vejamos os ideais da segurança jurídica aplicados aos precedentes judiciais. Inicialmente, a estabilidade, mediante a teoria do precedente, assegura que as decisões determinantes de orientação jurisprudencial mantenham-se ao longo do tempo, “sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes”⁵⁹⁰. Isso porque “a permanente mudança nas determinações dos direitos e deveres não favorece o cumprimento das normas, já que não permite que se arraiguem e difundam as condutas jurídicas buscadas, além de exigir dos destinatários uma permanente atenção às mudanças normativas. Na realidade, embora tal exigência se vincule de maneira direta às normas legislativas, importa estendê-la a todos aqueles que têm capacidade jurígena e, assim, por exemplo, também pesa sobre os juízes, que não só estão obrigados pelo precedente, mas se lhes advertem como não-valiosas as mudanças jurisprudenciais”⁵⁹¹. Busca-se respeitar, desse modo, as posições jurídicas consolidadas com o passar do tempo, para que os seus destinatários estejam seguros acerca dos seus direitos e deveres.

A confiabilidade visa a preservar as expectativas das partes quanto à aplicação dos precedentes em casos similares, sem a ocorrência de eventos desestabilizadores que surpreendam os litigantes na busca da solução dos seus conflitos. Observar a confiança é antecipar o futuro, comportando-se como se o futuro fosse certo, com base naquilo que conhecemos. Com o objetivo de minimizar as variações e invalidar as diferenças de tempo, a

autoritativo, que se impõe às partes com eficácia, propendendo esta a imunizar-se contra possíveis futuros questionamentos, pela autoridade da coisa julgada material que a ordem constitucional oferece para o seu resguardo” (DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 2005, p. 236).

⁵⁸⁹ *Op. cit.*, p. 196.

⁵⁹⁰ GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional...*, 1998, p. 257.

⁵⁹¹ VIGO, *Interpretação jurídica...*, 2005, p. 276.

confiança baseia-se na boa-fé daquele que confia, na aparência e nas práticas reiteradas de forma objetiva⁵⁹².

A previsibilidade permite que as partes possam orientar a sua conduta, de acordo com os precedentes reveladores de orientação jurisprudencial. Em última análise, os cidadãos devem saber previamente quais precedentes estão em vigor, antes que os fatos sujeitos à sua aplicação sejam concretizados. Na hipótese de ocorrer eventual conflito, as partes podem invocar a prestação jurisdicional, sabendo de antemão a orientação dominante.

Por fim, a mensurabilidade autoriza que os cidadãos possam compreender os limites objetivos e subjetivos dos entendimentos dominantes, permitindo o ajuste de suas condutas e o cálculo quanto aos riscos inerentes. O direito deve ser acessível e cognoscível por todos, seja diretamente pelo legislador, seja indiretamente pelo juiz. Nessa perspectiva, a segurança jurídica refere-se à possibilidade de calcular previamente a conduta a ser adotada com base na orientação prevalente.

No seu conjunto, esses ideais expressam tanto a dimensão formal-temporal como a dimensão material da segurança jurídica⁵⁹³. Por consequência, pode-se apontar que a segurança jurídica tem duas vertentes. De um lado, impõe obrigações de certeza quanto ao conhecimento do significado e alcance das normas. De outro, refere-se ao funcionamento do complexo normativo e implica a previsibilidade da atuação estatal⁵⁹⁴.

Não se tem dúvida de que cada alteração e cada divergência normativa, tanto legal como jurisprudencial e, nesse caso, horizontal ou vertical, seja perturbadora. Nessa senda, “qualquer surpresa, qualquer acontecimento inesperado, só faz diminuir a fé do cidadão na administração da justiça, concorrendo para a deslegitimação do Poder Judiciário perante a sociedade civil”⁵⁹⁵.

⁵⁹² Misabel Derzi, com base na doutrina alemã, apresenta três características elementares da confiança: “(a) a permanência dos estados, de modo que se igualem presentes e futuros; (b) simplificação, por meio da redução da complexidade e das infinitas possibilidades variáveis; (c) a antecipação do futuro, pela projeção daquilo que se dá no presente, para tempos vindouros” (DERZI, *Modificações...*, 2009, p. 328).

⁵⁹³ ÁVILA, *Sistema constitucional tributário*, 2004, p. 296-297.

⁵⁹⁴ SASTRE, *El precedente...*, 2008, p. 402.

⁵⁹⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, 2010, p. 226.

Portanto, é evidente que, quando um tribunal inferior se afasta da jurisprudência do tribunal superior, sua decisão comporta sempre certo grau de incerteza⁵⁹⁶. Não se pode ignorar que a aplicação do direito, por meio do Judiciário, deve assegurar segurança jurídica, para que a solução dos conflitos tenha razoável previsibilidade, o que implica atribuir maior segurança aos jurisdicionados. É, sem dúvida, o argumento mais difuso a favor da força vinculante dos precedentes⁵⁹⁷.

Nesse contexto, nada gera maior insegurança aos jurisdicionados que o fato de pessoas em situação absolutamente idêntica sofrerem efeitos de decisões completamente distintas, a ponto de ter-se difundido, na prática forense, a expressão “loteria judiciária”. Por isso, os precedentes com força vinculante surgem como boa ferramenta, permitindo a otimização da uniformização da jurisprudência, impondo que casos análogos e repetitivos venham a ser julgados conforme a orientação consolidada. É uma forma de obter maior previsibilidade na prestação jurisdicional.

Não se pode ignorar que, numa visão oposta, há quem sustente que os valores formais da estabilidade e da previsibilidade devam ceder frente a valores mais importantes, como a flexibilidade e a justiça individual do caso particular⁵⁹⁸. É certamente o caso daqueles que apregoam, por exemplo, a relativização da coisa julgada, sob o fundamento de que a justiça do caso particular deve prevalecer sobre a segurança jurídica imanente à coisa julgada⁵⁹⁹. Ou ainda o caso daqueles que defendem a retroatividade da declaração de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada⁶⁰⁰. No fundo, essa problemática revela um

⁵⁹⁶ BACIGALUPO, *Applicazione del diritto penale...*, 2005, p. 16.

⁵⁹⁷ *Ibidem*, p. 121.

⁵⁹⁸ SUMMERS, *Precedent in the United States...*, 1997, p. 381.

⁵⁹⁹ Ilustrativamente, DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 14 e ss.; THEODORO JÚNIOR, Humberto. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional (Código de Processo Civil, artigo 741, parágrafo único). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 841, p. 56-76, nov. 2005. Os casos exemplares são os de ação de investigação de paternidade julgada improcedente quando não era conhecido o exame do DNA; de ação de desapropriação que condena a Fazenda Pública a pagar indenização muito superior a que estaria de acordo com a “justa indenização”, prevista no art. 5.º, XXIV, da Constituição Federal; e de dupla indenização pela desapropriação do mesmo imóvel.

⁶⁰⁰ Luiz Guilherme Marinoni é crítico contumaz dessa posição, conforme obra dedicada ao tema (MARINONI, *Coisa julgada inconstitucional...*, 2008, *passim*). No mesmo sentido entende Leonardo Greco: “Como último argumento a favor da preservação da coisa julgada, invoquei os exemplos americano, italiano, alemão e português para demonstrar que a declaração de inconstitucionalidade não pode vulnerar direitos fundamentais, como a segurança jurídica, e que a apregoada supremacia da Constituição não pode significar a destruição dos valores humanitários que ela própria se comprometeu a respeitar” (GRECO, *Coisa julgada...*, 2006, p. 296).

permanente conflito de valores no processo, cuja solução depende de juízos de proporcionalidade e racionalidade⁶⁰¹, análise a ser ainda enfrentada⁶⁰².

Por ora, basta termos presente que é inegável a contribuição da técnica dos precedentes normativos, que aumentam significativamente a previsibilidade das decisões e, conseqüentemente, a segurança jurídica⁶⁰³. Além disso, atuam como importante mecanismo de realização da justiça, ao proporcionar decisões similares em casos análogos, além de otimizarem a uniformização da jurisprudência, atendendo a função nomofilática dos tribunais superiores⁶⁰⁴.

Do ponto de vista processual, o maior vínculo ao precedente judicial tende a otimizar a prestação jurisdicional, na medida em que os jurisdicionados terão melhores condições de prever o resultado de suas demandas. Isso significa não apenas reduzir o tempo de duração dos processos, como também o nível de litigiosidade, evitando-se o ajuizamento de ações cujo resultado previsivelmente será desfavorável.

Conseqüentemente, tanto a igualdade quanto o valor da segurança jurídica exigem que os tribunais sigam, por princípio, não somente os seus próprios precedentes, como, principalmente, os precedentes dos tribunais superiores.

3.5.3 Boa-fé objetiva

O princípio da boa-fé objetiva é também considerado fundamento da teoria dos precedentes judiciais⁶⁰⁵, porquanto norteia a aplicação do direito nas suas dimensões pública e

⁶⁰¹ ALVARO DE OLIVEIRA, O formalismo-valorativo..., 2006, p. 13.

⁶⁰² Vide item 5.2 do capítulo 5 deste trabalho.

⁶⁰³ JOLOWICZ, Too many precedents, 1994, p. 282-283.

⁶⁰⁴ CRUZ E TUCCI, *Precedente judicial...*, 2004, p. 17.

⁶⁰⁵ A questão acerca da natureza jurídica da boa-fé objetiva, se princípio, cláusula geral ou conceito indeterminado, é bastante controvertida na doutrina. Judith Martins-Costa entende que a boa-fé objetiva, por exemplo, é uma cláusula geral (MARTINS-COSTA, *A boa-fé...*, 1999, p. 286 e s.), assim como concebem Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 505). Já Menezes Cordeiro entende que se trata de conceito indeterminado, carecido de concretização e valoração com o fim de ordenar comportamentos (MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, 1984, p. 1189-1190). No entanto, entende-se que se trata de princípio, pois o seu caráter finalístico é marcante. Defendem tal posição Miriam de

privada, exigindo-se um comportamento leal e confiável de todos os envolvidos em uma relação jurídica concreta⁶⁰⁶. Pode-se dizer, inclusive, que o princípio da boa-fé objetiva decorre do sobreprincípio da segurança jurídica, na medida em que traz à baila as ideias de certeza, previsibilidade, lealdade etc.⁶⁰⁷. Nessa senda, a boa-fé se aproxima do princípio da proteção da confiança⁶⁰⁸, pois ambos são princípios de fundo ético que atuam com função corretiva, embora com ele não se confunda⁶⁰⁹. Sustenta-se que a proteção da confiança constitui um dos elementos materiais do princípio da boa-fé objetiva, tendo por consequência o dever da parte em não fraudar as legítimas expectativas criadas pelos próprios atos, o que remete também à proibição de retrocesso⁶¹⁰. Portanto, o princípio da proteção da confiança tem feição mais ampla em relação ao princípio da boa-fé objetiva⁶¹¹, pois há hipóteses em que a sua aplicação independe de qualquer manifestação explícita da boa-fé, como ocorre, por exemplo, naqueles atos de validade presumida⁶¹². Por ser mais amplo, o princípio da proteção da confiança abarca ainda situações em abstrato, tais como irretroatividade das leis, a obrigatoriedade de cumprimento de promessas e de prestação de informações, enquanto o princípio da boa-fé objetiva apresenta um núcleo que somente se alcança nas relações jurídicas concretas entre indivíduos e entre indivíduo e Estado, criando-se deveres específicos, como de informação, assistência recíproca, colaboração etc.⁶¹³.

Doutrinariamente, divide-se a boa-fé em subjetiva e objetiva, com regimes diversos. A boa-fé subjetiva é caracterizada pela intenção decorrente de um estado de consciência da parte, enquanto a boa-fé objetiva estabelece regras de conduta de determinado

Abreu Machado e Campos (*O princípio da boa-fé objetiva*. Belo Horizonte, no prelo, *apud* DERZI, *Modificações...*, 2009, p. 366) e Ana Paula Ávila (ÁVILA, Ana Paula. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei n. 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 150).

⁶⁰⁶ “A boa fé é noção que, desde o mundo romano, se firmou predominantemente no direito privado, quer no sentido subjetivo, tal como aparece, por exemplo, na posse *ad usucapionem*, quer no sentido objetivo, que começa a ser modelado nas *actiones bonae fidei*, e que diz respeito à lealdade, correção e lisura do comportamento das partes reciprocamente. [...] Mas não só; sua influência estende-se também ao direito público, podendo ser percebida muito marcadamente nos contratos administrativos e na responsabilidade pré-negocial do Estado” (COUTO E SILVA, *O princípio da segurança jurídica...*, 2004, p. 34).

⁶⁰⁷ DERZI, *Modificações...*, 2009, p. XVIII.

⁶⁰⁸ A proteção da confiança é tratada, nesta obra, tanto no exame da segurança jurídica (ponto 3.5.2) como na modulação dos efeitos dos precedentes judiciais (ponto 5.5.3).

⁶⁰⁹ MAFFINI, *Princípio da proteção...*, 2006, p. 58-59.

⁶¹⁰ SARLET, *A eficácia...*, 2009, p. 97-98.

⁶¹¹ Judith Martins-Costa bem destaca o aspecto geral da confiança e o particular da boa-fé: “A confiança (*cum fides*) adjetiva-se na boa-fé (*bona fides*)” (MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a administração e os particulares. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: UFRGS, v. 22, p. 228-258, set./2002. p. 236).

⁶¹² MAFFINI, *Princípio da proteção...*, 2006, p. 61-62.

⁶¹³ DERZI, *Modificações...*, 2009, p. 560, 601.

comportamento, conforme destaca Nelson Nery Jr.: “A boa-fé *subjetiva* é caracterizada pela intenção de a parte ou a administração não lesar a parte contrária ou o administrado. A quebra dessa base subjetiva caracteriza vício da vontade e, portanto, pode ensejar a anulação do ato ou negócio jurídico, privado ou administrativo.” Por seu turno, “A boa-fé *objetiva*, ao contrário, se consubstancia na conduta que espera da parte ou da administração, independentemente de sua manifestação de vontade, de sua intenção em praticar o ato ou de celebrar o negócio jurídico privado ou administrativo. É, pois, *regra de conduta*, de conteúdo e eficácia *jurígena*, vale dizer, *é fonte criadora de direito e de obrigações* tal como a lei em sentido formal”⁶¹⁴. Na mesma linha, é a lição de Judith Martins-Costa, para quem a boa-fé subjetiva denota a ideia de ignorância, de crença errônea, acerca de uma situação regular, crença que repousa, seja no próprio estado da ignorância, seja na errônea aparência de certo ato. Já a boa-fé objetiva apresenta-se como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e na consideração dos interesses do “alter”, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado⁶¹⁵.

À teoria dos precedentes interessa especialmente a boa-fé objetiva, enquanto fonte de deveres e de direitos, pois exige que o Poder Público, em todos os seus Poderes constituídos, seja coerente em suas condutas. Nos vínculos entre o Estado e os indivíduos, deve haver certa previsibilidade da ação estatal, “do mesmo modo que se garante o respeito pelas situações constituídas em consonância com as normas impostas ou reconhecidas pelo poder público, de modo a assegurar a estabilidade das relações jurídicas e uma certa coerência na conduta do Estado”⁶¹⁶. Isso porque constitui “um limite jurídico à ação discricionária do poder estatal, que não pode simplesmente adotar qualquer comportamento, encontrando-se vinculado a agir de maneira uniforme diante de situações idênticas”⁶¹⁷. Em razão disso, propiciou-se ao administrado a segurança de que ele poderia praticar determinado ato ou adotar certa conduta, o Poder Judiciário não pode, de modo abrupto e incoerente com a sua conduta anterior, modificar o seu entendimento, em detrimento do jurisdicionado⁶¹⁸.

⁶¹⁴ NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior *In*: FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito “ex nunc” e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008. p. 75-107. p. 83.

⁶¹⁵ MARTINS-COSTA, A *boa-fé...*, 1999, p. 411-412.

⁶¹⁶ COUTO E SILVA, O princípio da segurança jurídica..., 2004, p. 35.

⁶¹⁷ BARROSO, Recurso extraordinário..., 2005, p. 282.

⁶¹⁸ NERY JUNIOR, Boa-fé objetiva..., 2008, p. 85.

Trata-se, como corolário da boa-fé objetiva, da proibição do *venire contra factum proprium*, proposição que, embora nascida no direito privado, impõe-se também aos demais Poderes, sujeitos aos princípios constitucionais da segurança jurídica (CF, arts. 1.º), da solidariedade (CF, art. 3.º, I), da legalidade e da moralidade administrativa (CF, art. 37, *caput*)⁶¹⁹. É o reconhecimento, em última análise, de que “a força normativa da Constituição a todos vincula e a todos submete”, sejam as autoridades dos Poderes de Estado, sejam os particulares⁶²⁰. Em síntese, não se permite que o comportamento de uma das partes, gerador de expectativa justificada, seja posteriormente contrariado, em detrimento da outra parte⁶²¹. Exige-se, pois, a manutenção de condutas coerentes dentro do tráfego jurídico, sendo vedada a conduta contraditória⁶²².

A propósito, Celso Antônio Bandeira de Mello, ao referir-se ao princípio da segurança jurídica, ressalta: “Por força mesmo deste princípio (conjuntamente com os da presunção de legitimidade dos atos administrativos e da lealdade e boa-fé), firmou-se o correto entendimento de que orientações firmadas pela Administração em dada matéria não podem, sem prévia e pública notícia, ser modificadas em casos concretos para fins de sancionar, agravar a situação dos administrados ou denegar-lhes pretensões, de tal sorte que só se aplicam aos casos ocorridos depois de tal notícia”⁶²³.

Em última análise, o jurisdicionado não pode ser apenado com decisão judicial desfavorável porque agira de conformidade com o entendimento jurisprudencial anterior. Até porque “os atos do Poder Público gozam da aparência e da presunção de legitimidade, fatores que, no arco da história, em diferentes situações, têm justificado sua conservação no mundo jurídico, mesmo quando aqueles atos se apresentem eivados de graves vícios”⁶²⁴. Logo, os atos que foram praticados ao tempo da jurisprudência anterior por estarem abrigados pelo princípio da boa-fé objetiva, devem ser considerados plenamente válidos e eficazes, não podendo ser atingidos pela superveniência de novo entendimento dos tribunais.

⁶¹⁹ NERY JUNIOR, Boa-fé objetiva..., 2008, p. 85; DERZI, *Modificações...*, 2009, p. 494-495.

⁶²⁰ ZAVASCKI, *Eficácia das sentenças...*, 2001, p. 13.

⁶²¹ MARTINS-COSTA, *A boa-fé...*, 1999, p. 27-28.

⁶²² ÁVILA, *A modulação de efeitos...*, 2009, p. 154.

⁶²³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 125.

⁶²⁴ COUTO E SILVA, O princípio da segurança jurídica..., 2004, p. 36.

Nesse aspecto, reconhece-se que a boa-fé, tanto subjetiva como objetiva, deve ser observada no processo civil, na perspectiva do modelo cooperativo, próprio ao formalismo-valorativo como marco metodológico⁶²⁵. Parte-se do reconhecimento de que todos os participantes do processo, inclusive o juiz, devem agir lealmente em juízo (CPC, art. 14)⁶²⁶. E a lealdade aqui deve ser observada tanto no exercício das atividades processuais como na outorga da tutela jurisdicional.

3.5.4 Economia, celeridade e eficiência na prestação jurisdicional

Outros fundamentos justificam o uso dos precedentes com força normativa. Diferentemente dos anteriores que estão intrinsecamente vinculados ao direito material, a economia, celeridade e eficiência na prestação jurisdicional, de natureza eminentemente processual, recomendam a aplicação dos precedentes, tal como o direito fundamental à duração razoável do processo exige (CF, art. 5.º, LXXVIII)⁶²⁷, que é posição jurídica essencial ao devido processo legal⁶²⁸.

A economia processual representa um princípio de otimização da eficiência do processo. De um modo geral, a economia busca obter o maior resultado possível com o menor emprego de esforços. No plano processual, a economia exige que o procedimento deva ser estruturado para render o máximo, com a menor atividade possível. Nessa senda, a economia de atos em juízo apresenta dois perfis: “a) por um lado, mostra-se recomendável sirva cada processo para resolver o maior número possível de litígios (economia de processos; daí a possibilidade de litisconsórcio, cumulação de pedidos, pedido subsidiário, reconvenção e incidentes de intervenção de terceiros); b) por outro, que comporte só os atos e formalidades indispensáveis ou úteis (economia de atos e formalidades, como a simplificação de formalidades, a proibição da prática de provas inúteis, a consideração do fato novo posterior

⁶²⁵ Exame a ser desenvolvido no ponto 4.5 deste trabalho.

⁶²⁶ MITIDIERO, *Colaboração no processo civil*, 2009, p. 96.

⁶²⁷ É o que destaca Luiz Guilherme Marinoni: “O respeito aos precedentes constitui excelente resposta à necessidade de dar efetividade ao direito fundamental à duração razoável do processo, privilegiando autor, réu e os cidadãos em geral” (MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, 2010, p. 187).

⁶²⁸ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 247.

etc.)”⁶²⁹. Busca-se, em última análise, mediante a redução de processos e de atividade processual, otimizar a prestação jurisdicional⁶³⁰, mediante a economia de custos e de processos e atos⁶³¹.

Por sua vez, a celeridade também decorre do direito fundamental à duração razoável do processo, exigindo-se a prestação de tutela tempestiva, sem dilações indevidas⁶³². O processo deve assegurar o resultado no menor tempo possível, respeitando-se, no entanto, as garantias fundamentais das partes, especialmente a garantia constitucional do contraditório. O foco recai, pois, no tempo, cujo exame somente poderá ser verificado concretamente no processo, sendo compromisso do juiz combater a intempestividade. Para tanto, o juiz deve empregar: “I) mecanismos endoprocessuais de repressão à chicana; II) mecanismos de aceleração do processo; III) mecanismos de controle externo da lentidão”⁶³³.

A eficiência se obtém mediante a conjunção da economia de esforços (custos, processos e atos) e de tempo, a fim de que o processo atinja as suas finalidades. “Em suma, trata-se de desenvolver o máximo de prestação jurisdicional, no menor espaço de tempo com o menor esforço possível, obtendo o máximo de resultados coincidentes com os objetivos mais amplos de todo o sistema jurídico, entre outros, a *uniformidade das decisões*”⁶³⁴.

Atualmente, o sistema recursal brasileiro, âmbito em que os precedentes judiciais restam consolidados, carece de eficiência, o que, diga-se de passagem, é apenas um

⁶²⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010. (Curso de processo civil, v. 1). p. 89.

⁶³⁰ É o que destaca Cassio Scarpinella Bueno: “O princípio da economia processual, tal qual explicitado no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, contudo, não se refere só ao *tempo* necessário para o desenvolvimento do processo mas também à redução de custos nele envolvidos e, bem assim, à realização de uma mais ampla otimização da prestação *jurisdicional*, inclusive do ponto de vista *econômico, administrativo* e, até mesmo, *burocrático*” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1. p. 146). Na doutrina italiana, também prevalece a compreensão de que a economia processual decorre do direito fundamental à duração razoável do processo, conforme leciona Francesco P. Luiso: “*Lo stesso art. 111, II Cost. prevede la garanzia della ragionevole durata del processo. Anche in questo caso il legislatore costituzionale ha recepito e costituzionalmente garantito un principio fondamentale del processo: quello dell’economia processuale*” (LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2007. v. 1. (Principi generali). p. 40).

⁶³¹ Rui Portanova pensa diferentemente. Concebe o princípio da economia processual como abrangente da economia não só de custos e de atos senão um princípio que pode ser analisado a partir de quatro vertentes, incluindo-se a economia de tempo e a eficiência da administração judiciária (PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 25).

⁶³² PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 100.

⁶³³ MATTOS, *Devido processo legal...*, 2009, p. 249.

⁶³⁴ BUENO, *Curso sistematizado...*, 2008, p. 146.

aspecto de um sistema em grave crise⁶³⁵. Na grande maioria, as razões e contrarrazões recursais estão prontas nos computadores dos advogados, e os acórdãos, nos computadores dos tribunais. A parte finge que recorre, a parte contrária finge que contra-arrazoar e o tribunal, por fim, finge que julga. Nesse contexto, é comum a citação mecânica de ementas e julgados em petições e em decisões, sem qualquer preocupação com a sua adequação ao caso concreto, na esperança de persuadir o leitor menos avisado, fenômeno este favorecido pelos meios tecnológicos disponíveis. Há, por toda a parte e por diferentes perspectivas, um déficit de autêntica argumentação⁶³⁶. Da mesma forma, não são aproveitados os precedentes que são constituídos perante os tribunais superiores, os quais, consciente ou inconscientemente, são desrespeitados. O resultado é o mero dispêndio de tempo e recursos materiais, servindo o sistema recursal a propósitos outros do que buscar a justa composição dos conflitos, o que vai de encontro à prestação jurisdicional concebida pelo modelo constitucional de processo civil.

A valorização dos precedentes judiciais, entretanto, permite modificar esse panorama em prol da racionalização da prestação jurisdicional. É inegável que, uma vez estabelecido o precedente, as partes ficam desestimuladas de provocar o Judiciário para discutir a mesma questão ou de recorrer de decisões assentadas, na medida em que já conhecem o entendimento prevalente⁶³⁷. Evita-se, desse modo, que cada parte recorra aos tribunais superiores para que sejam reconhecidos direitos objeto de reiterados julgamentos no mesmo sentido, ocasionando dispêndio de recursos já escassos, seja humano, seja financeiro, além do gasto de tempo inerente ao processamento dos recursos⁶³⁸. Busca-se, assim, reduzir o custo das decisões judiciais⁶³⁹. Por sua vez, o juiz tem condições de concentrar esforços

⁶³⁵ Leonardo Greco chega a falar em falência do sistema recursal brasileiro. Aponta que há um déficit garantístico, estando longe de assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana e às garantias fundamentais do processo. Eis alguns dos problemas apontados pelo processualista: a) desrespeito ao princípio do duplo grau de jurisdição; b) criação de obstáculos ilegítimos; c) inexistência de oralidade; d) supressão da colegialidade; e) restrições ao contraditório participativo; f) violação do princípio do juiz natural; g) violação ao princípio da isonomia; h) falta de comunicação real; i) violação à imparcialidade; j) subordinação do direito de ser ouvido à jurisprudência; e k) déficit no acesso à jurisdição constitucional (GRECO, *A falência do sistema...*, 2003, p. 100-107).

⁶³⁶ Cumpre destacar que essa realidade não é privilégio brasileiro. A mesma dificuldade é observada, por exemplo, pelo Tribunal Supremo e pelo Tribunal Constitucional, ambos da Espanha (FERRERES COMELLA; XIOL RÍOS, *El carácter vinculante...*, 2009, p. 77).

⁶³⁷ Ao analisar as súmulas, Teresa Arruda Alvim Wambier apresenta entendimento análogo aos precedentes: “Interessante não se ter dado no Brasil a devida atenção à evidência de que a respeito ao entendimento sumulado pelos Tribunais Superiores, de todo modo, somente repercutirá em diminuição da quantidade de recursos. Haverá evidente desestímulo ao ato de recorrer se as partes estiverem convencidas de que o entendimento sumulado representa, efetivamente, algo consolidado, e que não será facilmente modificado, a não ser que haja, por exemplo, alteração da própria norma jurídica a respeito da qual a súmula foi editada” (WAMBIER, *Estabilidade e adaptabilidade...*, 2009, p. 150).

⁶³⁸ GARRO, *Eficacia y autoridad...*, 1989, p. 53.

⁶³⁹ POSNER, *Economic...*, 2007, p. 585, 591.

naqueles casos que exigem a formação de uma orientação ou que possuem elementos fáticos particulares⁶⁴⁰. Da mesma forma, o juiz sente-se respaldado a adotar os chamados “mecanismos endoprocessuais de repressão à chicana”, podendo valer-se, por exemplo, da aplicação de sanções pela oposição de embargos de declaração meramente protelatórios (CPC, art. 538, parágrafo único), ou, ainda, adotar “mecanismos de aceleração do processo”, como a possibilidade de julgamento monocrático pelo julgador (CPC, art. 557)⁶⁴¹, quando efetivamente restaram preenchidos os seus pressupostos, sem os abusos que hoje são praticados com frequência⁶⁴², pois o relator apenas representa o órgão colegiado do tribunal, verdadeiro juiz natural recursal, “porque aí estará a prestigiar a autoridade do precedente e a patrocinar sensível economia processual”⁶⁴³.

Nessa perspectiva, as decisões dos tribunais superiores tornam-se efetivos modelos de atuação, mantendo a unidade de entendimento acerca do direito constitucional ou do direito federal infraconstitucional. Desse modo, os juízes não precisam rediscutir as questões jurídicas a cada julgamento, a fim de motivar as suas decisões⁶⁴⁴. Basta verificar se o caso presente autoriza a aplicação do resultado extraído do precedente, o que não deixa de ser cômodo⁶⁴⁵. Por outro lado, os julgadores podem concentrar o seu trabalho naqueles casos que realmente exigem atenção especial, julgando-os de forma adequadamente fundamentada.

⁶⁴⁰ Nesse sentido, Frederick Schauer destaca: “*From the perspective of the constrained court, stare decisis brings the advantages of cognitive and decisional efficiency. None of us has the ability to keep every issue open for consideration simultaneously, and we could scarcely function if all of decisions were constantly up for grabs. Especially in a court, where narrowing the issues increases the ability to focus the arguments, treating some matters as simply settled makes life easier for the court, just as it does for those who are expected to plan their lives and their activities around the decisions that courts make*” (SCHAUER, *Thinking like a lawyer...*, 2009, p. 43).

⁶⁴¹ MATTOS, *Devido processo legal...*, 2009, p. 250-251.

⁶⁴² Para um exame dos parâmetros à aplicação do art. 557 do CPC, disposição que ilustra a valorização dos precedentes judiciais no Direito brasileiro, consulte-se WAMBIER, Luiz Rodrigues. Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 100, p. 81-87, out. /dez. 2000. p. 81-87.

⁶⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 581.

⁶⁴⁴ É o que ressalta Luís Roberto Barroso: “A observância do precedente não apenas dá maior racionalidade ao sistema como facilita a atuação do juiz, por simplificar a motivação das decisões” (BARROSO, *O controle...*, 2009, p. 77, nota 189).

⁶⁴⁵ “O precedente evita que, em cada caso, o juiz tenha de refazer o julgamento desde o início, desde a estaca zero. Na vida cotidiana cada um de nós dispõe de certos juízos e avaliações feitos em um primeiro caso e aplicados daí por diante nos casos iguais. Assim também deve ser na vida do Direito” (TORNAGHI, *Comentários ao Código...*, 1976, p. 30).

De um modo geral, esses aspectos representam economia, celeridade e eficiência na prestação jurisdicional⁶⁴⁶, porquanto proporcionam melhor rendimento para o exame dos casos relevantes⁶⁴⁷, o que é exigência do princípio constitucional do acesso à jurisdição (CF, art. 5.º, XXXV)⁶⁴⁸, além da valorização da experiência acumulada no passado⁶⁴⁹, desencorajando a litigiosidade em casos similares e incrementando os resultados a serem obtidos nos processos judiciais⁶⁵⁰.

3.6 Crítica aos precedentes

A teoria do precedente surge como um necessário elemento para dar estabilidade e uniformidade às decisões judiciais. Essa compreensão já foi assimilada há muito tempo na *Common law*. Agora falta o *Civil law* reconhecer que o precedente é um instrumento indispensável. Por essas razões, o precedente judicial cresce em importância no debate teórico e nas soluções legislativas que vêm sendo implantadas.

No entanto, não se ignora que a doutrina romano-germânica é arredia à aceitação dos precedentes, tal como foi em relação às súmulas e aos assentos, por exemplo⁶⁵¹.

⁶⁴⁶ BODENHEIMER, *Jurisprudence...*, 1974, p. 427; CROCE, *Precedente giudiziale...*, 2006, p. 1155.

⁶⁴⁷ Cumpre destacar a seguinte passagem da clássica obra de Benjamin Nathan Cardozo: “*I think adherence to precedent should be the rule and not the exception. I have already had occasion to dwell upon some of the considerations that sustain it. To these I may add that the labor of judges would be increased almost to the breaking point if every past decision could be reopened in every case, and one could not lay one’s own course of bricks on the secure foundation of the courses laid by others who have gone before him*” (CARDOZO, Benjamin N. *The nature of the judicial process*. Mineola: Dover, 2005. Originally published in New Haven, by Yale University Press, in 1921. p. 145).

⁶⁴⁸ Na disposição do art. 5.º, XXXV, da CF também se inserem os princípios da efetividade do processo e da economia processual. Princípio da efetividade significa que, uma vez obtido o reconhecimento do direito indicado como ameaçado ou lesionado, a tutela jurisdicional deve ser efetiva, isto é, concreta, palpável e sensível no plano exterior do processo. Esse princípio volta-se aos resultados práticos da tutela do direito material no plano exterior do processo. Princípio da economia processual visa à redução de custos do processo, a fim de alcançar uma ampla otimização da prestação jurisdicional, do ponto de vista jurídico, econômico, administrativo e até burocrático.

⁶⁴⁹ LLOYD; FREEMAN, *Lloyd’s introduction...*, 1985, p. 1100-1101.

⁶⁵⁰ Mais do que nunca o tempo, no processo, tem sido um fator relevante. Conforme adverte Luiz Guilherme Marinoni, “o tempo é uma necessidade: é uma necessidade do juiz, que dele precisa para formar a sua convicção, e uma necessidade democrática, advinda do direito de as partes participarem adequadamente do processo, direito esse que tem expressão no princípio do contraditório” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1. p. 223). Em última análise, deve-se buscar o equilíbrio necessário, inclusive na otimização do tempo, o que vem ao encontro do princípio da duração razoável do processo (art. 5.º, LXXVIII, CF/88).

⁶⁵¹ É representativa a crítica impingida por Castanheiras Neves ao instituto dos “assentos” previsto no art. 2.º do Código Civil português (“Nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos,

As críticas dirigem-se principalmente ao efeito vinculante que tem sido atribuído a algumas decisões. Da mesma forma, a *Common law* não deixou de criticar a funcionalidade dos precedentes, principalmente em razão do movimento chamado “realismo jurídico” (*legal realism*)⁶⁵² norte-americano, que se opôs à chamada teoria clássica desenvolvida pelo Direito inglês (*legal formalism*)⁶⁵³. Vejamos, portanto, os principais argumentos contrapostos à teoria dos precedentes.

Primeiro, alega-se que o precedente vinculante equipara-se indevidamente à lei, porque vincula os futuros juízes a segui-lo, o que representaria violação ao princípio da reserva legal, previsto no ordenamento jurídico brasileiro no art. 5.º, II, da CF/88⁶⁵⁴. No

doutrina com força obrigatória geral”). Sustenta o jurista português a inconstitucionalidade do artigo em questão por diversas razões, entre elas duas principais: 1.ª) porque há inadequação institucional do instituto para alcançar a “unidade da jurisprudência”; e 2.ª) porque a instituição de assentos é uma função, formal e materialmente, de índole legislativa, já que se trata de instituto que tem a natureza de “prescrição-norma”, característica “constitutiva”, orientação teleológica de aplicação ao futuro e vinculação universal. Cumpre destacar que essa inconstitucionalidade acabou sendo reconhecida parcialmente pelo Tribunal Constitucional português em decisão proferida em 1993. Posteriormente, o art. 2.º do Código Civil acabou sendo revogado integralmente pelo Decreto-Lei n.º 329-A, de 12 de dezembro de 1995. Para um completo exame do acórdão em questão e da posição defendida pelo jurista lusitano, indica-se: CASTANHEIRA NEVES, António. *O problema da constitucionalidade dos assentos*: (comentário ao acórdão n.º 810/93 do tribunal constitucional). Coimbra: Coimbra, 1994. Em síntese, entendeu-se que a inconstitucionalidade da norma do art. 2.º do Código Civil português, que dava aos tribunais o poder de fixar, por meio de assentos, “doutrina com força obrigatória geral”, estaria “tanto na eficácia jurídica *universal* atribuída à doutrina dos assentos, como no seu caráter de *imutabilidade*”. No entanto, essas conclusões - cumpre destacar - nada têm a ver com a questão do respeito dos precedentes. Primeiro, porque os precedentes não têm força obrigatória geral (*erga omnes*). Os precedentes têm eficácia sobre os próprios membros do Judiciário. Segundo, porque podem ser revogados, exatamente para poderem caminhar dentro da evolução do ordenamento jurídico, em atenção à modificação dos fatos, dos valores, das normas e das doutrinas, situando-se em um nível intralegal (MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, 2010, p. 203).

⁶⁵² Trata-se de um movimento eminentemente prático, sem a pretensão de construir um sistema teórico, em que procura demonstrar que o Direito é fruto da atividade dos tribunais. Como método de observação da realidade, o *legal realism* preconiza a utilidade, não deixando de ser uma postura cética ante conceitos jurídicos e regras jurídicas diante do papel que desempenham na administração da Justiça. O Direito, visto como fenômeno social, é o que fazem aqueles que estão encarregados de aplicá-lo, e não o que eles dizem que fazem (“*Don’t worry so much about what the courts say, consider what they do*”). Significa que o centro de gravidade da criação jurídica situa-se na decisão concreta e não na regulamentação genérica. Os grandes defensores dessa corrente de pensamento jurídico – que se formou na primeira metade do séc. XX – foram: Karl N. Llewellyn, professor da Universidade de Columbia (LLEWELLYN, Karl N. Some realism about realism: responding to Dean Pound. *Harvard Law Review*, Cambridge, MA, n. 44, p. 1222-1264, 1931) e o juiz Jerome Frank em: (FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. Piscataway: Transaction, 2009) – originalmente 1930, e (FRANK, Jerome. *Courts on trial: myth and reality in American justice*. Princeton: Princeton University Press, 1973) – originalmente 1949. Para um exame das suas características essenciais, apontam-se as seguintes obras: BRUTAU, *A jurisprudência...*, 1977, p. 24-77; ROSS, *Direito e justiça*, 2000, p. 94-95; CROSS; HARRIS, *Precedent in english law*, 2004, p. 49-53.

⁶⁵³ MATTEI, *Stare decisis...*, 1988, p. 248-258.

⁶⁵⁴ Lenio Luiz Streck ressalta: “É temerária a adoção do efeito vinculante no Brasil, nos termos em que está sendo pretendida. Nosso sistema jurídico tem a lei como paradigma, consoante o art. 5º, II, da Constituição Federal. Fazê-lo é alterar a sua *ratio essendi*. Devemos denunciar, de pronto, que a vinculação sumular-jurisprudencial, como está sendo posta nos projetos sob comento, é uma camisa-de-força que atingirá, inexorável e impiedosamente, as instâncias inferiores do Judiciário brasileiro” (STRECK, *Súmulas no direito...*, 1998, p. 264). Destaca-se, no entanto, que, passada uma década, Streck arrefeceu a sua crítica,

entanto, essa crítica não procede, por duas razões principais. Inicialmente, não se pode reduzir o direito positivo à lei estrita, o que implicaria inclusive a inadmissão dos princípios gerais de direito e os costumes como fontes de direito. Ora, o juiz não está vinculado à lei estrita senão ao Direito, âmbito em que se inserem os precedentes⁶⁵⁵. Ademais, a norma criada pelo juiz, que estabelece um precedente, não é geral e abstrata como a norma produzida pelo legislador. Há um caso concreto que somente permite a extração de uma *ratio decidendi*, que não se confunde com a norma criada pelo legislador⁶⁵⁶. Portanto, o precedente apenas dá vida à norma positivada, preexistente ao caso sob julgamento e que continua sendo fonte primária do Direito, concretizando-a segundo as influências do tempo, o que permite preservar, assim, a sua continuidade abstrata⁶⁵⁷. Logo, é possível concluir que o precedente contém uma norma, mas é norma subordinada, condicionada e limitada pela lei.

Salvo melhor juízo, o problema não está na possibilidade de o Judiciário estabelecer precedentes vinculativos que se assemelham à lei, senão na necessidade de se estabelecerem limites à sua aplicação e superação.

Segundo, critica-se a aplicação da teoria dos precedentes por violar o princípio da separação dos poderes ou o princípio democrático, na medida em que o Poder Judiciário estaria criando fontes normativas, função precípua do Poder Legislativo, representativo da vontade popular, constituindo-se em legislador de segundo grau ou em constituinte derivado⁶⁵⁸. Estar-se-ia, dessa forma, quebrando a harmonia e a independência que deve haver entre os poderes da República, além de comprometer a legitimidade democrática⁶⁵⁹. No

admitindo que a súmula vinculante, por exemplo, não é um mal em si, mas sim a sua aplicação, pois “pense-se, cada vez mais, que, com a edição de uma súmula, o enunciado se autonomiza da faticidade que lhe deu origem. É como se, na própria *common law*, a *ratio decidendi* pudesse ser exclusivamente uma proposição de direito, abstraída da *questão de fato*”, com o que se concorda integralmente (STRECK, Lenio Luiz. Súmulas vinculantes em *terrae brasilis*: necessitamos de uma “teoria para a elaboração de precedentes”? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 78, p. 284-319, maio/jun. 2009. p. 301).

⁶⁵⁵ FERRERES COMELLA; XIOL RÍOS, *El carácter vinculante...*, 2009, p. 57-60.

⁶⁵⁶ CADOPPI, *Il valore del precedente...*, 2007, p. 279.

⁶⁵⁷ BENEDETTI, Giuseppe. Precedente giudiziale e tematizzazione del caso: per una teoria della prassi. In: SCINTILLAE *Iuris*. Milano: Giuffrè, 1994. v. 1. Studi in memoria di Gino Gorla. p. 173-189. p. 186.

⁶⁵⁸ CHIARLONI, *Efficacia...*, 1989, p. 120; ROCHA, Sobre a súmula vinculante, 1997, p. 134; STRECK, *Súmulas vinculantes...*, 2009, p. 294.

⁶⁵⁹ Cármen Lucia Antunes Rocha destaca que instituição da súmula vinculante não tem: a) a fonte legítima da representação popular; b) o respeito à possibilidade constitucionalmente prevista como direito fundamental do cidadão de participar da formação do Direito (art. 14, CF); c) a garantia do processo legislativo democrático, discutindo, aberto e participativo (arts. 59 e segs.) para a criação de norma jurídica (ROCHA, Sobre a súmula vinculante, 1997, p. 136 -146).

entanto, sabidamente essa visão estrita da separação dos poderes⁶⁶⁰, própria da concepção jusracionalista, está superada, porquanto não há separação absoluta entre as três funções estatais senão divisão de poderes, tendo-se o objetivo de alcançar um “governo moderado”⁶⁶¹.

Hoje, o enfoque do Estado Democrático de Direito, com o objetivo de balizar o poder estatal, não está na separação estrita de funções, mas sim na interdependência e no equilíbrio de forças, contrapesos e controles recíprocos, o que representa amplo redimensionamento em comparação à concepção original de Montesquieu⁶⁶², que, logicamente, ao seu tempo, não poderia imaginar as novas exigências da sociedade contemporânea. Essa compreensão renovada já serviu para superar, há muito tempo, a crítica à admissão do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, quando se dizia que se tratava de uma usurpação no sistema de equilíbrio, independência e harmonia dos poderes⁶⁶³. Essa crítica foi capitaneada principalmente por Jürgen Habermas, que defende uma função eminentemente procedimentalista ao Poder Judiciário, em oposição à concepção substancialista ou das teorias materiais da Constituição⁶⁶⁴, criticando com veemência a invasão da política e da sociedade pelo Direito⁶⁶⁵.

⁶⁶⁰ Habermas sintetiza a concepção clássica do princípio da separação dos poderes: “A clássica divisão dos poderes é explicada através de uma diferenciação das funções do Estado: enquanto o legislativo fundamenta e vota programas gerais e a justiça soluciona conflitos de ação, apoiando-se nessa base legal, a administração é responsável pela implementação de leis que necessitam de execução” (HABERMAS, *Direito e democracia...*, 2003, p. 232).

⁶⁶¹ Castanheira Neves aponta: “O princípio da separação de poderes já não tem hoje o sentido, nem se reivindica com rigidez ou sequer se vê nele a absoluta garantia política que se lhe ligava na instituição e nos começos do Estado liberal” (CASTANHEIRA NEVES, *O instituto dos assentos...*, 1983, p. 15-16). No mesmo sentido, aponta Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “Falar em divisão de poderes consiste, no fundo, em falar em divisão funcional, mera divisão de trabalho, por ser uno o poder do Estado, distribuindo-se determinadas funções estatais a órgãos diferentes” (ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, 2010, p. 89).

⁶⁶² MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat [baron de la Brède] et al. *De l'esprit des lois*. Paris: Gallimard, 1970 – publicada pela primeira vez em 1748.

⁶⁶³ Para o exame da síntese dessa crítica, ou seja, a superação da imunidade do Poder Legislativo através da criação de uma justiça especial para o legislador, apontam-se as seguintes obras: KELSEN, *Jurisdição constitucional*, 2003, p. 150-155; BUZAID, Alfredo. *Da ação de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 35-42; MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 51-60; LEAL, *O efeito vinculante...*, 2006, p. 32-36.

⁶⁶⁴ Laurence H. Tribe é sabidamente um crítico dos fundamentos das teorias dos valores adjetivos ou procedimentalistas, sustentando que a Constituição não deve apenas garantir o acesso aos mecanismos de participação democrática no sistema. Ao defender a tese substancialista, sustenta que, acima de tudo, a Constituição deve assegurar direitos e valores substantivos (TRIBE, *American constitutional law...*, 2000, p. 70-78).

⁶⁶⁵ HABERMAS, *Direito e democracia...*, 2003, p. 297-353.

Nesse sistema de *checks and balances*, em que o Estado Democrático de Direito trespassou o Estado liberal, o “crescimento” do Judiciário é obviamente um ingrediente necessário ao equilíbrio dos poderes, para que se tenha controle do Poder Público⁶⁶⁶. Ademais, há um fenômeno crescente de jurisdicionalização de uma série de atividades sociais que pareciam estar relegadas a outros poderes do Estado. Para tanto, foram incrementados os poderes dos juízes, visando à solução adequada dos conflitos. O aumento dos poderes do juiz acabou refletindo-se não apenas na função exercida pelo julgador, como na estrutura da instituição Poder Judiciário, a chamada administração da Justiça⁶⁶⁷. Inegavelmente, reconhece-se o papel criativo do juiz ao fazer valer os direitos fundamentais constantes da Constituição. Já não mais o Direito está subordinado à política como se dela fosse instrumento, “senão que é a política que se converte em instrumento de atuação do Direito”⁶⁶⁸. Em contrapartida, há necessidade de esses poderes submeterem-se a certos limites, subordinando-se a vínculos impostos pelos princípios constitucionais, a fim de coibir o arbítrio judicial ou o abuso de poder, objetivo originário da instituição do princípio da separação dos Poderes. Nesse aspecto, a teoria dos precedentes contribui sobremaneira, “impedindo a figura do juiz-rebelde que, deixando de cumprir os precedentes do STJ, fere os princípios da isonomia, da segurança jurídica e do acesso à justiça, penalizando a parte que tem razão, já que a submete ao calvário recursal para a obtenção da tutela jurisdicional”⁶⁶⁹. Da mesma forma, procura-se, dogmaticamente, ordenar o desenvolvimento racional da jurisprudência, evitando-se excessos para não se criar uma “república de juízes”.

⁶⁶⁶ STRECK, *Hermenêutica jurídica...*, 2009, p. 52. A propósito, Mauro Cappelletti ressalta: “Como se viu, o ideal da estrita separação dos poderes teve como consequência um judiciário perigosamente débil e confinado, em essência, aos conflitos ‘privados’. Esse ideal significou, assim, até época relativamente recente e mesmo hoje, em não poucos países, não só a existência de um legislativo totalmente não controlado, como de um executivo também praticamente não controlado, pelo menos até que se conseguisse desenvolver um autônomo sistema de justiça administrativa, a se impor como guardião da administração pública. De outro lado, também nas relações entre o legislativo e o executivo esse ideal de rígida separação, mais do que contrapesos equilibrados, significou praticamente a passagem, permanentemente perigosa, de períodos em que efetivamente o poder era concentrado nas assembleias legislativas e grupos políticos que as dominavam (pense-se na Itália pré-fascista ou na Alemanha de Weimar, mas também na França da Quarta República), para outros períodos em que, ao contrário, a concentração de poder deu-se no executivo (com exceção dos extremos trágicos dos regimes ditatoriais que conduziram à segunda guerra mundial, pense-se na França na Quinta República, especialmente nos primeiros anos que se seguiram à Constituição de 1958). A verdade é que apenas um sistema equilibrado de controle recíprocos pode, sem perigo para a liberdade, fazer coexistir um legislativo *forte* com um executivo *forte* e um judiciário *forte*. Justamente este equilíbrio de forças, de contrapesos e controles recíprocos, constitui o grande segredo do inegável sucesso do sistema constitucional americano” (CAPPELLETTI, *Juízes legisladores*, 1993, p. 53-54).

⁶⁶⁷ PICARDI, *La vocazione...*, 2004, p. 51.

⁶⁶⁸ STRECK, *Hermenêutica jurídica...*, 2009, p. 46.

⁶⁶⁹ CAMBI, Eduardo; BRITO, Jaime Domingues. Súmulas vinculantes. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 168, p. 143-160, fev. 2009. p. 145-146.

Destaca-se que a atribuição da força vinculante nas decisões em controle concentrado de constitucionalidade ou em súmulas vinculantes, por exemplo, não compromete a função precípua do Judiciário, embora haja quem sustente o contrário⁶⁷⁰. Ocorre apenas a potencialização dos seus efeitos, aplicando-se a outros casos análogos. Desse modo, não há que se falar em violação aos princípios do Estado de Direito e da separação dos poderes, pois, no Direito contemporâneo, é sabidamente reconhecido que as dicotomias radicais entre os poderes constituídos foram suplantadas pela divisão de tarefas para atender finalidades utilitárias⁶⁷¹.

Ademais, é preciso considerar que os tribunais superiores – no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal – não estabelecerão novas regras de direito, mas apenas fixarão a interpretação a ser adotada em casos semelhantes no futuro, cuja observância será obrigatória, diferentemente do que ocorre em relação aos precedentes somente com força persuasiva. Caso não seja observado o precedente, a decisão não será considerada conforme o Direito, devendo, por isso, ser reformada pelas cortes superiores⁶⁷².

Portanto, não se pode conceber que a capacidade de estabelecer precedentes judiciais viole a natureza da prestação jurisdicional porque os julgadores têm o dever, não apenas de resolver conflitos, como também pacificar socialmente, o que exige reconhecer força transcendental às decisões proferidas, principalmente perante os tribunais superiores. Tampouco se pode argumentar violação ao princípio democrático, porque nada é mais antidemocrático do que os tribunais inferiores desrespeitarem os critérios uniformes estabelecidos pelas cortes superiores para a generalidade de casos similares⁶⁷³. Por fim, deve-se considerar que a legitimação democrática do poder jurisdicional, entre outros fatores, ocorre pela observância do contraditório, ao assegurar a ampla participação das partes na construção das decisões jurisdicionais⁶⁷⁴, o que tem sido incentivado pela expansão da

⁶⁷⁰ Ilustrativamente, STRECK, *Súmulas no direito...*, 1998, p. 135-144, 243-245.

⁶⁷¹ Salienta-se que o Supremo Tribunal Federal, por maioria, já reconheceu que a Ação Direta de Constitucionalidade, introduzida pela EC 03/93, é compatível com a Constituição Federal, rejeitando, assim, o argumento de que ela violaria cláusula pétreia, ao permitir um superdimensionamento do Judiciário, o que poria em risco o equilíbrio entre os Poderes (ADC 1/DF - RTJ n. 157).

⁶⁷² PECZENIK, *The binding force...*, 1997, p. 472.

⁶⁷³ FERRERES COMELLA; XIOL RÍOS, *El carácter vinculante...*, 2009, p. 66-68

⁶⁷⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, 2010, p. 158-159.

atuação da figura do *amicus curiae* no Direito brasileiro⁶⁷⁵, inclusive em reformas legislativas⁶⁷⁶.

Terceiro, o precedente vinculante, vertical ou horizontal, poderia representar, segundo certas opiniões, um enrijecimento do direito, comprometendo a sua mobilidade no tempo⁶⁷⁷. Na mesma senda, alega-se que o uso do precedente representa um método conservador da aplicação do direito, inerente ao *stare decisis*⁶⁷⁸, o que reduziria a interpretação jurídica a uma atividade mecânica, além de representar obstáculo ao papel criativo da interpretação e sua importância como processo revitalizador do ordenamento jurídico⁶⁷⁹. Não se ignora que o fato de decidir conforme a orientação jurisprudencial é, na maioria das vezes, mais fácil e cômodo do que promover a divergência mediante a novidade⁶⁸⁰. No entanto, a teoria dos precedentes apresenta uma comodidade apenas aparente. A identificação da regra jurídica inerente ao precedente exige esforço que não se restringe ao exame do dispositivo da decisão, senão aos fundamentos jurídicos determinantes, o que está longe de ser tarefa simples.

Na realidade, o problema não está propriamente na economia dos esforços empregados, mas em uma questão de maior importância. De fato, se o precedente fosse absolutamente vinculante, a evolução interpretativa da norma seria impossível e o Direito inglês seria o mesmo desde o século XIII⁶⁸¹. Este é um ponto a ser ponderado. Não por acaso, esta foi uma das maiores críticas ao *stare decisis* pelo mundo da *Common law*⁶⁸². Por essa razão, é fundamental encontrar um ponto de equilíbrio entre estabilidade e desenvolvimento do direito, conforme será examinado na quinta parte deste trabalho. Isso porque a solidez e a

⁶⁷⁵ BISCH, *O amicus curiae...*, 2010, p. 117 e 118.

⁶⁷⁶ São exemplos de possibilidade de participação da figura do “amigo da Corte” as reformas referentes à súmula vinculante (art. 3.º, § 2.º, da Lei n.º 11.417/2006), ao processamento do recurso extraordinário na análise da repercussão geral (art. 543-A, § 6.º, do CPC) e ao processamento dos recursos especiais repetitivos (art. 543-C, § 4.º, do CPC).

⁶⁷⁷ O enrijecimento do direito é apontado pela doutrina da *Common law* como um risco inerente à teoria dos precedentes (LLOYD; FREEMAN, *Lloyd's introduction...*, 1985, p. 1101).

⁶⁷⁸ CARVALHO, *Decisões vinculantes*, 1997, p. 53.

⁶⁷⁹ Lenio Luiz Streck tem sido um crítico contumaz das decisões vinculantes, sejam oriundas do controle concentrado de constitucionalidade, sejam editadas em súmulas: “O que resulta nefasto é a padronização da jurisprudência, obstaculizando o progresso do Direito. O uso das Súmulas de forma indiscriminada, descontextualizadas, tem servido a ‘standardização’ do Direito [...]” (STRECK, *Súmulas no direito...*, 1998, p. 249).

⁶⁸⁰ GOODHART, *Precedent...*, 1934, p. 28.

⁶⁸¹ WAMBIER, *Recurso especial...*, 2008, p. 216.

⁶⁸² JOLOWICZ, *Too many precedents*, 1994, p. 283-284.

coerência dos entendimentos jurisprudenciais dependem, em alguma medida, do transcurso do tempo⁶⁸³.

Registra-se, a propósito, que o risco de enrijecimento do direito não é somente da teoria dos precedentes⁶⁸⁴. Ora, a norma jurídica, posta em texto legal, também está sujeita à perpetuação, até que outra a modifique ou revogue, conforme regra elementar de direito intertemporal. Isso demonstra que o problema não está na natureza das normas, senão na concepção da tarefa de aplicação do direito, seja da norma legal, seja da norma jurisprudencial. O enrijecimento que se deve evitar, portanto, é o da atividade do intérprete, para que o direito não se divorcie da realidade, ao dar as costas à mudança das condições, conforme restará examinado⁶⁸⁵.

Quarto, alega-se que a atribuição de força vinculante aos precedentes judiciais representaria a perda de autonomia ou independência dos juízes, tornando-os meros aplicadores de decisões proferidas pelos tribunais superiores⁶⁸⁶. Da mesma forma, haveria violação ao princípio do livre convencimento judicial⁶⁸⁷, criando-se o chamado “crime de hermenêutica”, referido por Rui Barbosa⁶⁸⁸.

No presente trabalho, defende-se a existência de uma teoria, cuja vinculação não é absoluta, senão relativa, tal como se tem observado no sistema da *Common law*. Ora, o

⁶⁸³ CADOPPI, *Il valore del precedente...*, 2007, p. 288.

⁶⁸⁴ O receio de o Direito ficar imobilizado ou cristalizado talvez tenha sido a principal resistência à adoção da súmula no Direito brasileiro (NUNES LEAL, Victor. Passado e presente da súmula do S.T.F. *Revista da AJURIS: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 25, p. 46-67, jul. 1982. p. 51-52).

⁶⁸⁵ Vide Capítulo 4, ponto 4.1.

⁶⁸⁶ ROCHA, Sobre a súmula vinculante, 1997, p. 140.

⁶⁸⁷ Castanheira Neves, ao analisar o instituto dos assentos no direito português, tece crítica que pode ser estendida aos precedentes de um modo geral: “Quanto ao tradicional sentido apenas político-jurídico da independência judicial ou essa independência tal como a visavam as intenções estritas do Estado demoliberal, *temos de reconhecer que ela é diretamente afetada*. E de um modo paradoxal, não deixa de dizer-se. Vimos que esse sentido político-jurídico proscovia qualquer mediação entre a lei e cada um dos tribunais singulares – pretendidos que eram estes na multiplicidade dispersante que lhes impedisse a constituição de um poder porventura emergente da sua unidade de corpo. Por outras palavras, queria-se que entre a lei e cada um dos tribunais que a aplicasse não se interpusesse um qualquer poder suscetível de frustrar o êxito incondicional da lei ou que pudesse filtrá-la e desviá-la mediante quaisquer outras intenções normativas, que não pura e exclusivamente as legalmente prescritas. Ora, atribuindo-se aos supremos tribunais o poder de fixar regras gerais e obrigatórias, o sentido com que a lei deve ser entendida e aplicada, veio a estabelecer-se não só uma mediação, como até uma eventual interposição intencional que justamente a independência judicial se impunha impedir [...]” (CASTANHEIRA NEVES, *O instituto dos assentos...*, 1983, p. 110).

⁶⁸⁸ Tornou-se conhecido o caso em que em 1895 certa lei do Estado do Rio Grande do Sul deixou de ser aplicada pelo juiz Alcides Mendonça Lima, que foi, por isso, denunciado e julgado. Rui Barbosa atuou como advogado na defesa do juiz e sustentou que, caso prevalecesse a imputação, estaria sendo criado o “crime de hermenêutica” (ROCHA, Sobre a súmula vinculante, 1997, p. 140).

simples fato de prevalecer a doutrina do *stare decisis* não importa em perda da independência dos juízes, até porque se trata de questões distintas, não diretamente relacionadas. A independência do juiz representa uma garantia que veda a interferência no exercício da jurisdição (CF, art. 95), imunizando-o de influências oriundas de outros Poderes ou do próprio Judiciário. Trata-se, portanto, de uma garantia funcional, para que o juiz tenha condições de exercer o seu ofício adequadamente. Mas esse exercício não é desprovido de limites. Como se sabe, na aplicação do direito, o juiz está plenamente vinculado ao ordenamento jurídico, âmbito em que se inserem os precedentes judiciais. Tanto é que no sistema anglo-americano não se considera um atentado a independência judicial o fato de os juízes inferiores estarem obrigados a seguir os precedentes dos tribunais hierarquicamente superiores⁶⁸⁹. Da mesma forma, o princípio da legalidade, no sistema romano-germânico, não compromete a independência judicial.

Por outro lado, é inadequado invocar o livre convencimento judicial para objetar a teoria dos precedentes judiciais. Novamente confundem-se as grandezas. O convencimento judicial diz respeito ao exame da valoração da prova e dos fatos⁶⁹⁰, enquanto os precedentes referem-se aos fundamentos jurídicos da decisão (interpretação do direito). O que se busca, em última análise, é ordenar a aplicação do direito em prol do respeito à organização judiciária e à observância de princípios fundamentais à prestação jurisdicional⁶⁹¹. Importa reconhecer que os precedentes, oriundos dos tribunais superiores, possuem presunção de correção, os quais objetivam a compatibilidade vertical das decisões, em um sistema racional de prestação jurisdicional⁶⁹².

⁶⁸⁹ FERRERES COMELLA; XIOL RÍOS, *El carácter vinculante...*, 2009, p. 66.

⁶⁹⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, 2010, p. 125.

⁶⁹¹ A propósito, Calmon de Passos, em certa conferência, falando para juízes federais sobre a irrecusabilidade da força vinculante de algumas decisões dos tribunais superiores, registra que foi interpelado por um jovem juiz: “Professor Calmon, onde ficam minha liberdade de consciência e o meu sentido de justiça?”. Respondeu-lhe o mestre, com a sua irreverência e contundência habituais: “esta mesma pergunta não seria formulável, validamente, pelos que, vencidos, sofrem os efeitos da decisão que lhes repugna o senso moral e lhes mutila a liberdade? Por que os juízes podem nos torturar em nome da justiça a que se dizem obrigados, subjetivamente, e estariam livres de ser torturados por um sistema jurídico capaz de oferecer alguma segurança objetiva aos jurisdicionados?”. (CALMON DE PASSOS, *Súmula vinculante*, 1997, p. 34). Essa passagem ilustra bem o pensamento de Calmon de Passos ao sustentar que a independência de que precisam desfrutar os juízes em face dos agentes das demais funções do Estado é diretamente proporcional à sua responsabilidade sócio-política, isto é, a sua submissão a controles sociais institucionalizados, capazes de coibir-lhes os abusos e os desvios deslegitimadores (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo*: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 106).

⁶⁹² FERRAZ JÚNIOR; CARRAZZA; NERY JUNIOR, *Efeito “ex nunc”...*, 2008, p. 13.

A propósito, convém destacar a contundente observação de Luiz Guilherme Marinoni: “Como é óbvio, o juiz ou o tribunal não decidem para si, mas para o jurisdicionado. Por isto, pouco deve importar, para o sistema, se o juiz tem posição pessoal, acerca de questão de direito, que difere da dos tribunais que lhe são superiores. O que realmente deve ter significado é a contradição de o juiz decidir questões iguais de forma diferente ou decidir de forma distinta da do tribunal que lhe é superior. O juiz que contraria a sua própria decisão, sem a devida justificativa, está muito longe do exercício de qualquer liberdade, estando muito mais perto da prática de um ato de insanidade. Enquanto isto, o juiz que contraria a posição do tribunal, ciente de que a este cabe a última palavra, pratica ato que, ao atentar contra a lógica do sistema, significa desprezo ao Poder Judiciário e desconsideração para com os usuários do serviço jurisdicional”⁶⁹³.

Como se depreende, o juiz não perde a liberdade de julgar por estar submetido ao que já decidiram os tribunais superiores. O que se sustenta é que a independência do juiz deve encontrar algum parâmetro de equilíbrio, hoje praticamente inexistente, pois, se é reconhecida ao magistrado uma função criadora do Direito, portanto, de natureza necessariamente política, não se pode rejeitar que se politize sua legitimação⁶⁹⁴. Com esse propósito, o juiz deve, em regra, seguir os precedentes, ao menos que existam fundadas razões para desatendê-los, o que precisa restar devidamente justificado na decisão. Somente assim o Judiciário conseguirá manter a sua legitimidade perante a sociedade, espaço que perigosamente tem sido perdido nos últimos tempos⁶⁹⁵. Não é por acaso que, por diversos fatores, entre eles pelo respeito ao *case-law*, o Judiciário anglo-americano costuma desfrutar de um prestígio superior ao do sistema continental⁶⁹⁶. Por fim, destaca-se que esse debate já foi enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADC n.º 1⁶⁹⁷, restando superado o argumento da perda da independência da magistratura por estar vinculada aos precedentes⁶⁹⁸.

⁶⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 172, p. 175-232, jun. 2009. p. 207.

⁶⁹⁴ CALMON DE PASSOS, Súmula vinculante, 1997, p. 35.

⁶⁹⁵ Nesse aspecto, convém destacar: “... o poder do juiz não depende da circunstância de ele estar livre para decidir, mas sim da circunstância de ele fazer parte de um poder que se respeita, que é respeitado e que se faz respeitar” (MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, 2010, p. 136).

⁶⁹⁶ CROSS; HARRIS, *Precedent in english law*, 2004, p. 13.

⁶⁹⁷ STF, Pleno, ADC 1, rel. Min. Moreira Alves, j. 01.12.1994, v.u., DJU 16.06.1995, p. 18.213.

⁶⁹⁸ Destaca-se, por oportuno, o seguinte trecho do voto proferido pelo Min. Francisco Rezek: “Insiste-se em que um dos aspectos sedutores do nosso sistema é o livre convencimento do Juiz ante o caso concreto e sua prerrogativa de dizer o direito conforme a sua consciência, à revelia, se necessário, do que tenham dito

Quinto, questiona-se se, na prática, a teoria dos precedentes teria alguma funcionalidade, mesmo que houvesse uma imposição *ex lege*, da força vinculante. Naturalmente os resultados da teoria dependem da sua aplicação. Inegavelmente, os operadores do direito, na tradição romano-germânica, são reticentes no respeito aos precedentes. Isso não significa que se deve renunciar à aplicação dos precedentes e aos benefícios inerentes. Deve, isto sim, ser promovida uma mudança cultural.

Sexto, duvida-se que a teoria dos precedentes tenha a virtualidade de conferir segurança jurídica à aplicação do direito, na medida em que é inerente um certo grau de incerteza às decisões judiciais, considerando-se que todos os casos têm as suas particularidades⁶⁹⁹. Não obstante o fato de que as controvérsias sejam sempre únicas, é possível extrair dos respectivos casos normas que constituem a sua razão de decidir. Esse elemento, que corresponde à *ratio decidendi*, detém a abstração necessária que possibilita que determinada decisão seja aplicada aos casos similares, o que confere atributos de segurança e igualdade à prestação jurisdicional. A prática forense é reveladora. Quanto maior a desvinculação aos precedentes, maior é a insegurança quanto aos resultados das controvérsias.

tribunais a ele superiores. Isso faz algum sentido na medida em que é ilimitado o índice de variedade das situações concretas: não há um processo igual a outro no âmbito do confronto entre interesses individuais. Mas pergunto-me se há algum respeito pelo interesse público em abonar-se essa forma de rebeldia a decisões de cortes superiores. Houve uma época – membros mais antigos deste Tribunal o recordam – em que determinado Tribunal de Justiça, numa prestigiosa unidade da Federação, dava-se crônica e assumidamente a desafiar a jurisprudência do Supremo a respeito de um tema sumulado (um tema, por sinal, menor: a representatividade da ofendida em caso de crime contra os costumes). O Supremo tinha posição firme, constante e unânime a tal respeito, e certo Tribunal de Justiça, porque pensava diferentemente, dava-se à prática de decidir nos termos de sua própria convicção, valorizando a chamada liberdade de convencimento, própria de todo juiz ou tribunal. Resultado: todas essas decisões eram, mediante recurso, derrubadas por esta casa. Aquilo que deveria acabar na origem, à luz da jurisprudência do Supremo, só acabava aqui, depois de um lamentável dispêndio de recursos financeiros, de tempo e de energia, num Judiciário já congestionado e com tempo mínimo para cuidar de coisas novas. E quando acontecia de a jurisprudência do Supremo acabar não prevalecendo, e de a decisão do tribunal rebelde encontrar seu momento de glória? Quando o réu, porque assistido por advogado relapso, ou porque carente de outros meios, não apresentava recurso... Só nessa circunstância infeliz a rebeldia contra a jurisprudência do Supremo dava certo. Com todo o respeito pelo que pensam alguns processualistas, não vejo beleza alguma nisso. Pelo contrário, parece-me uma situação imoral, com que a consciência jurídica não deveria, em hipótese alguma, contemporizar. De modo que me pergunto: faz sentido não ser vinculante uma decisão da Suprema Corte do país? Não estou falando, naturalmente, de fatos concretos, cada um com o seu perfil, reclamando o esforço hermenêutico da lei pelo juiz que conhece as características próprias do caso. Estou me referindo às hipóteses de pura análise jurídica. Tem alguma seriedade a idéia de que se devam fomentar decisões expressivas de rebeldia? A que serve isso? Onde está o interesse público eis que esse tipo de política prospere?” (STF, Pleno, ADC 1, rel. Min. Moreira Alves, j. 01.12.1994, v.u., DJU 16.06.1995, p. 18.213).

⁶⁹⁹ Esse é o entendimento, por exemplo, de Jerome Frank, defensor do realismo jurídico norte-americano e crítico do sistema dos precedentes judiciais (FRANK, *Courts on trial...*, 1973, p. 262-289).

Logo, é impositiva a conclusão de que a teoria dos precedentes contribui de alguma forma à segurança jurídica.

Sétimo, por fim, argumenta-se que a teoria dos precedentes não trata do conteúdo das decisões a serem seguidas, de modo que, se levada a sua aplicação ao extremo, poderia justificar o seguimento de precedentes errôneos, inadequados ou injustos⁷⁰⁰. Neste aspecto, volta-se ao ponto anterior, em que restou destacado que a teoria proposta permite, não apenas a superação, como a correção do precedente. Portanto, não se cuida de uma teoria que defende a aplicação irracional ou burocrática⁷⁰¹. Muito antes pelo contrário, sustenta-se um modelo racional de vinculação dos precedentes, cuja aplicação racionaliza tanto o seguimento quanto a divergência, isto é, um modelo capaz de justificar a correção de sua aplicação e, por outro lado, a correção da sua superação. É o que se pretende examinar a partir do próximo capítulo.

De qualquer maneira, é possível concluir que, num juízo de ponderação, as razões para observar os precedentes se sobrepõem às críticas apresentadas.

⁷⁰⁰ SORIANO, *El precedente judicial*, 2002, p. 145.

⁷⁰¹ Ora, não se pretende simplesmente aproveitar a experiência do passado sem qualquer reflexão, com o propósito apenas de reduzir esforço. Diferentemente do que pode ocorrer com a burocratização, mediante a fragmentação e a compartimentalização de tarefas, não se deve isolar o juiz das experiências intelectuais críticas que devem informar o seu julgamento, o que exige, inevitavelmente, o exame do conteúdo dos precedentes a serem aplicados. Assim, evitam-se a perda da legitimidade da decisão judicial e a diluição do senso de responsabilidade individual do juiz (FISS, *Um novo processo civil...*, 2004, p. 181-184).

4 CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA NORMATIVA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Uma vez assentadas as premissas teóricas, pretende-se estruturar uma teoria normativa dos precedentes judiciais. Parte-se do pressuposto de que não há solução para os problemas fora do âmbito do Direito. Para tanto, serão examinados os diversos elementos que concorrem na formação da teoria em questão, até que se possa, ao final, formalizá-la.

4.1 Argumentação jurídica e interpretação/aplicação do direito

O exame da teoria normativa dos precedentes exige inexoravelmente o enfrentamento da interpretação/aplicação do direito e, por conseguinte, da argumentação jurídica, pois é essencial ter uma clara ideia da atividade do juiz no exame dos casos que lhe são submetidos. A teoria objeto deste estudo opera nesse âmbito da realização concreta do direito, não apenas mediante a atividade exercida pelo juiz, tido por Hans Kelsen como o “intérprete autêntico” do direito⁷⁰², mas também pela atividade dos demais sujeitos processuais, partindo-se do pressuposto de que processo é uma construção compartilhada que se dá a partir da principiologia constitucional, na qual se sobressaem os princípios do contraditório, da ampla defesa, da igualdade etc.

Ao longo da História, o entendimento sobre em que consiste o Direito como ciência hermenêutica não foi o mesmo, assim como a sua forma de realização sofreu as influências do seu tempo. Naturalmente houve uma evolução proporcionada por diversos fatores, tais como culturais, econômicos e políticos. No âmbito deste estudo, com o foco voltado ao Direito Processual, interessa apenas compreender, com certa simplificação, o direito contemporâneo, fruto da pós-modernidade⁷⁰³.

⁷⁰² KELSEN, *Teoria pura do direito*, 1987, p. 369.

⁷⁰³ De acordo com Perelman, no curso da História, destacam-se três grandes escolas do pensamento jurídico: “Podemos distinguir, a este respeito, três grandes períodos: o da escola da exegese, que termina por volta de 1880, o segundo o da escola funcional e sociológica, que vai até 1945, e o terceiro, que, influenciado pelos excessos do regime nacional-socialista e pelo processo de Nuremberg, se caracteriza por uma concepção tópica do raciocínio judiciário” (PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Trad. Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 28).

Como se sabe, a moderna interpretação do direito suplantou os métodos aplicados pelo positivismo lógico-formal que reinou ao tempo do Estado Liberal de Direito, no qual o princípio da legalidade, na Europa continental, e o *rule of law (not of men)*⁷⁰⁴, na concepção inglesa, eram o fundamento da sua imposição. Era um tempo em que o Legislativo exercia inegável hegemonia, estando o Executivo e o Judiciário em posições de subordinação. O Executivo somente poderia atuar se autorizado pela lei e nos seus limites. Ao Judiciário cabia apenas aplicar a lei, sem mesmo poder interpretá-la, ou, quando muito, interpretá-la em razão da obscuridade (*in claris cessat interpretatio*). Na teoria da separação dos poderes, a criação do direito era tarefa única e exclusiva do Legislativo. Por isso, quando se fazia necessária a interpretação, ao juiz cabia descobrir a vontade do legislador, declarando a lei ou criando a norma individual a partir da norma geral, numa lógica puramente dedutiva.

Na atualidade, a interpretação do direito deixou de ser descrita como atividade de mera compreensão do conteúdo (significado) e do alcance (extensão) das normas jurídicas, quando surgissem dúvidas acerca do seu sentido. É consenso que a interpretação ocorre não apenas quando a linguagem jurídica é ambígua e imprecisa⁷⁰⁵. Ela é imprescindível porque as normas, não se confundindo com os textos nem com o conjunto deles, são os sentidos construídos a partir da própria interpretação sistemática de textos normativos. Disso resulta que a norma jurídica é a sua própria interpretação, na medida em que é composta de textos, a cujos enunciados a atividade hermenêutica deve atribuir significados⁷⁰⁶. “Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”⁷⁰⁷.

⁷⁰⁴ Gustavo Zagrebelsky destaca que o princípio da legalidade na França, na Alemanha e na Europa continental, de um modo geral, não se equivale ao princípio inglês da *rule of law*, porque ambos se desenvolveram a partir de diferentes origens constitucionais, embora estejam orientados a similares ideais políticos. O *rule of law* orienta-se originalmente pela dialética do processo judicial, ainda que o Direito venha a se desenvolver perante o Parlamento. Para o *rule of law*, o desenvolvimento do Direito é um processo inacabado, historicamente sempre aberto. Origina-se a partir de experiências sociais concretas. Já o princípio da legalidade, na tradição Continental, parte de uma concepção de Direito formado por sistema de regras universais e atemporais, sendo que das premissas (fatos conjugados às regras) extraem-se consequências (decisões) (ZAGREBELSKY, *Il diritto mite...*, 1992, p. 24-29). De qualquer maneira, o princípio do *rule of law* surge para prevenir a parcialidade. “Por isso os ingleses se gabam de estar submissos ao Direito e não aos homens. O juiz não pode decidir ao seu bel-prazer; tem, ao contrário, de conformar-se ao precedente, ainda que dele discorde” (TORNAGHI, *Comentários ao Código...*, 1976, p. 30).

⁷⁰⁵ “Afim, não se interpreta para compreender e, sim, compreende-se para interpretar” (STRECK, *Hermenêutica jurídica...*, 2009, p. 264).

⁷⁰⁶ REALE, *Lições preliminares...*, 2002, p. 169, 296.

⁷⁰⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 30.

Logo, reconhece-se que a interpretação, como processo unitário, ocorre sempre porque é impossível dissociar a interpretação da aplicação do direito, restando superada a compartimentação do processo interpretativo-aplicativo⁷⁰⁸. Interpretação e aplicação do direito são uma operação só, na medida em que interpretamos para aplicar o direito. “Interpretar é, assim, dar concreção (=concretizar) ao direito. Neste sentido, a interpretação (=interpretação/aplicação) opera a inserção do direito na realidade; opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção na vida”⁷⁰⁹. É preciso, pois, além da fusão entre compreensão e interpretação, resgatar o terceiro momento da problemática da hermenêutica, a aplicação⁷¹⁰.

Assim, tem-se que interpretar é atribuir sentido ou significado a uma norma voltada ao caso concreto⁷¹¹, sendo um processo hermenêutico essencialmente sistemático, porquanto busca realizar a dupla função de dar ordem interna, de uma parte, assim como de realizar a escolha valorativa⁷¹². Nesse processo, parte-se da análise gramatical do texto da norma, com os seus aspectos sintáticos e semânticos, até atingir sua compreensão sistemática, lógica e axiológica⁷¹³.

Desse modo, pode-se dizer que “a interpretação tem início numa pré-compreensão valorativa que estabelece uma relação preliminar entre norma e estado de coisas, abrindo o horizonte para ulteriores relacionamentos. A pré-compreensão, inicialmente difusa, torna-se mais precisa à medida em que, sob a sua orientação, a norma e o estado de coisas se constituem ou concretizam reciprocamente”⁷¹⁴. Em razão disso, a interpretação somente se consuma na concretização, cuja atividade pressupõe a compreensão do conteúdo do texto

⁷⁰⁸ Vejamos o que destaca Menezes Cordeiro: “A compartimentação nas operações de realização do Direito não resiste à própria observação da realidade. Quando soluciona os problemas que se lhe ponham, o jurista dá corpo a uma actuação unitária que, em conjunto, trabalha com fontes, com factos, com a interpretação e com a aplicação. Apenas num esforço de análise é possível, num todo unitário, apontar várias operações” (MENEZES CORDEIRO, *Introdução*, 2002, p. CII).

⁷⁰⁹ GRAU, *Ensaio e discurso...*, 2006, p. XIII.

⁷¹⁰ GADAMER, *Verdade e método*, 2008, p. 406.

⁷¹¹ STRECK, *Símulas no direito...*, 1998, p. 218.

⁷¹² Juarez Freitas sustenta que a interpretação sistemática é o processo hermenêutico, por essência, do Direito, ou seja, a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação, o que é empreendido mediante hierarquização de valores, princípios e normas (leiam-se regras). Eis a sua definição: “[...] a interpretação sistemática deve ser definida como uma operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da conformação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos” (FREITAS, *A interpretação sistemática...*, 1995, p. 54).

⁷¹³ REALE, *Lições preliminares...*, 2002, p. 294.

⁷¹⁴ HABERMAS, *Direito e democracia...*, 2003, p. 247-248.

jurídico a concretizar, a qual não cabe desvincular nem da pré-compreensão do intérprete, determinada através dos *topoi* de um contexto ético tradicional, nem do problema concreto a solucionar⁷¹⁵, na esteira do entendimento de Gadamer⁷¹⁶.

Dessarte, estabelece-se uma corrente teórica que entende que o raciocínio jurídico é um tipo deliberativo e argumentativo que se apresenta como alternativa ao raciocínio lógico-formal do positivismo jurídico, que é eminentemente descritivo, sendo a decisão judicial o elemento final do discurso jurídico orientado à tutela dos direitos. Inevitavelmente há um reconhecimento de que a atividade de interpretação/aplicação do direito, por parte do juiz, é uma tarefa complexa, pois a compreensão e a reconstrução normativa dependem de diversos fatores, entre eles a qualificação jurídica dos fatos, operação em que deve confrontar o caso concreto com a norma abstrata, valendo-se da sua pré-compreensão⁷¹⁷.

Não se pode esquecer, ademais, que a particularidade da decisão judicial está na dialética do processo, sendo fruto de um esforço cooperativo desenvolvido em conjunto com as partes, que aportam ao processo fatos, argumentos e provas, de modo que a interpretação seja construída como um empreendimento comum, sustentado pela comunicação pública, na esteira do entendimento de Jürgen Habermas. Nesse aspecto, nega-se o princípio monológico de Ronald Dworkin, que, na figura do juiz Hércules, eleito como modelo, entende a interpretação como um ato de construção individual do juiz, quando se sabe que o processo hermenêutico, para ter segurança jurídica, precisa ser compartilhado por todos os parceiros de direito⁷¹⁸.

⁷¹⁵ “A ‘interpretação’ jurídica não é mais fim de si mesma, mas momento normativa e metodologicamente subordinado, ao serviço da aplicação do direito. Que o mesmo é dizer que interpretação jurídica, ao concorrer na determinação do sentido juridicamente válido da decisão normativa, intende metodologicamente para a aplicação concreta e só nesta se consuma” (CASTANHEIRA NEVES, *Digesta*, 1995, p. 48-49).

⁷¹⁶ A pré-compreensão gadameriana, ou pré-entendimento, a partir da concepção de Heidegger acerca do círculo hermenêutico, representa uma pré-visão do intérprete/aplicador, fruto da sua experiência, dos seus conhecimentos, das suas convicções e da própria linguagem (GADAMER, *Verdade e método*, 2008, p. 354-361).

⁷¹⁷ A propósito, destaca Eros Roberto Grau: “O procedimento do intérprete do direito encontra na *pré-compreensão* o seu momento inicial. E a *pré-compreensão* – representação antecipada do resultado da tarefa de interpretação – parametra o empreendimento dessa tarefa. Ela constitui o pressuposto decisivo da escolha do cânone hermenêutico a adotar para a interpretação” (GRAU, *Ensaio e discurso...*, 2006, p. 115).

⁷¹⁸ HABERMAS, *Direito e democracia...*, 2003, p. 276-278.

Cumpra ressaltar que o raciocínio desenvolvido a partir de leis ou de precedentes judiciais não difere em natureza⁷¹⁹. Tanto as leis como os precedentes precisam ser interpretados, estando sujeitos a um comum processo de desenvolvimento⁷²⁰. Ademais, a atividade de interpretação, em ambos os casos, é composta de atos de vontade, de escolhas e juízos de valor, longe de ser indiferente a cada conteúdo da experiência. Portanto, contém apreciações discricionárias, indispensáveis para penetrar na essência de regras como as jurídicas, exprimem uma gama de valores e de interesses que se afirmam na sociedade, nos diversos momentos da sua história⁷²¹. As diferenças entre interpretar lei e um precedente judicial acabam sendo apenas de grau de vinculação⁷²².

Essa atividade hermenêutica sofre inevitável influência da ordem constitucional, ponto de partida que não pode ser desprezado. Nesse sentido, “o intérprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional”⁷²³. Busca-se, assim, atender os valores, as exigências e as necessidades do meio social, não sendo mais adequadas as fórmulas estáticas empregadas até então⁷²⁴. Essa influência constitucional é particularmente relevante, porquanto a aplicação dos precedentes exige a ponderação de princípios constitucionais, tal como, por um lado, o princípio da legalidade e, por outro, o princípio da segurança, bem como aplicação de outros princípios constitucionais, como o da igualdade, por exemplo.

Apresentadas as premissas introdutórias, o primeiro passo do exercício da interpretação jurídica é voltar-se à realidade do caso concreto, que é essencialmente um acontecimento problemático (fato) a ser resolvido⁷²⁵. A solução é exigida em razão da

⁷¹⁹ As semelhanças existentes entre os processos interpretativos dos precedentes e das leis são examinadas por Teresa Arruda Alvim Wambier, no seguinte ensaio: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law e common law*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 893, p. 33-45, mar. 2010. p. 33-45.

⁷²⁰ Os passos são os seguintes, grosso modo: 1) examinar o caso; 2) verificar a semelhança do caso a ser decidido com a norma legislada ou com a *ratio decidendi* do precedente; 3) determinar o sentido da norma ou da *ratio decidendi*; e 4) aplicar a norma ou o *ratio decidendi* do precedente ao caso concreto (WAMBIER, Interpretação da lei..., 2010, p. 38-39). Por ora, basta essa referência. Destaca-se, no entanto, que esse exame será desenvolvido no ponto 5.1 deste trabalho.

⁷²¹ ANZON, *Il valore del precedente*..., 1995, p. 5.

⁷²² A diferença, segundo MacCormick, é mais de grau do que de tipo: “*It is often stated or assumed that the process of reasoning from or with precedents is radically different from that of reasoning from or with statutes. But in fact the differences are at most differences of degree not of kind*” (MacCORMICK, *Legal reasoning*..., 1978, p. 213).

⁷²³ ÁVILA, *Teoria dos princípios*..., 2006, p. 35.

⁷²⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 476-477.

⁷²⁵ WRÓBLEWSKI, *Sentido y hecho*..., 2003, p. 46.

existência do problema. Portanto, o método a ser seguido é o concretista, que depende da norma que se vai concretizar, da compreensão prévia do intérprete e do problema concreto a resolver. Significa que o procedimento interpretativo, embora se mova numa esfera de livres alternativas, encontra-se demarcado ao problema que o limita⁷²⁶. Por isso, interpretação do direito e concretização se superpõem, sendo esta decorrência daquela⁷²⁷.

Este método de interpretação funda-se, em grande parte, na obra de Theodor Viehweg, *Tópica e jurisprudência (Topik und Jurisprudenz)*, publicada em 1953, e que difundiu as ideias de Platão e Aristóteles (especialmente na obra *Organon*) acerca da tópica (*topoi*). “Pensar o problema” ou o caso concreto constitui a essência da tópica, vista como “técnica do pensamento problemático” e representativa de um método particular de argumentação jurídica. Trata-se, em suma, de técnica de chegar ao problema (“orientação pelo problema”), elegendo o critério ou os critérios recomendáveis a uma solução adequada. É um meio de investigação de premissas empregadas na fundamentação do direito. Busca demonstrar que o argumento dedutivo não constitui o único meio de controle da certeza racional⁷²⁸, o que revela, não o seu abandono, mas sua insuficiência.

Ademais, o método em questão tem esteio também na obra de Rudolf Smend, quanto ao método integrativo ou científico espiritual⁷²⁹ e da sua crítica à hermenêutica constitucional do positivismo⁷³⁰. Outrossim, a partir do caso concreto, o intérprete procede à busca de regras e princípios, voltando-se a ele, em procedimento circular, o chamado círculo hermenêutico de Gadamer, o que finaliza quando se compõem de modo satisfatório as exigências do caso e as pretensões das regras jurídicas.

Por conseguinte, segundo a concepção prática de direito, a interpretação jurídica é a busca da norma adequada tanto ao caso, como ao ordenamento jurídico. Nessa definição realça-se o caráter “bipolar” da interpretação e se indica a sua vocação para

⁷²⁶ BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, 2009, p. 482.

⁷²⁷ GRAU, *Ensaio e discurso...*, 2006, p. V.

⁷²⁸ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília, DF: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. p. 33-44.

⁷²⁹ SMEND, Rudolf. *Costituzione e diritto costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1988. p. 241-248.

⁷³⁰ Cuida-se da oposição ao método sistemático proposto por Canaris. Basicamente, a diferença entre o modo de pensar sistemático e o modo de pensar problemático já residiria na relação entre o problema e o sistema: no primeiro caso, ou o problema encontraria uma qualificação ou uma posição no sistema, ou deveria ser havido como um falso problema; no segundo caso, o “sistema” é ditado pelo próprio problema, no sentido de que este último é que acaba formando o primeiro (VIEHWEG, *Tópica e jurisprudência*, 1979, p. 33).

conjugar as duas vertentes. Cabe ao intérprete realizar uma atividade mediadora para extrair o significado do objeto da sua análise e aplicá-lo. Tratando-se de interpretação do direito, “o caso é o motor que impulsiona o intérprete e marca a sua direção”⁷³¹.

O passo seguinte dessa atividade hermenêutica é inevitavelmente o exame linguístico, visto que tanto a lei como os precedentes são expressos em textos. A linguagem escrita, dessa forma, torna-se o veículo de transmissão de significado dos termos jurídicos, significado este que “é condicionado de mil maneiras por tácitas pressuposições sob forma de credos e preconceitos, aspirações, padrões e valorações, que existem na tradição cultural que circunda igualmente o legislador e o juiz”⁷³². Aqui reside a importância da linguagem, que funciona como um “caminho para a comunicação, um caminho do trânsito, um instrumento de troca, um instrumento de representação”⁷³³. E como atividade humana, a apreensão da linguagem, na sua essência, depende do modo de ser do homem, sujeito a temporalidade e determinação⁷³⁴.

Tem-se, assim, que a interpretação jurídica é eminentemente pragmática, contendo uma multiplicidade de valorações⁷³⁵ em uma mesma atividade cognitiva, reconstrutiva e relacional, passando-se por diferentes fases exegéticas (literal, autêntica, histórica, gramatical, lógica, teleológica e outras)⁷³⁶. Todas essas fases contribuem, da sua maneira, para se chegar a uma decisão justificável, tanto do ponto de vista interno, em relação às suas premissas, como do ponto de vista externo.

Até o presente ponto, restou analisada a atividade exercida pelo intérprete, em uma dimensão interna. Agora, é necessário examinar os elementos de que o intérprete se vale para formar e justificar a sua decisão, em uma dimensão externa.

Sabe-se que, quando alguém toma uma decisão como cumprir uma obrigação, ou quando o juiz decreta nulo um contrato, por exemplo, tem uma razão que justifica a ação. Diversas razões (jurídicas ou morais) podem atuar em um sentido ou em outro. Pode haver

⁷³¹ ZAGREBELSKY, *Il diritto mite...*, 1992, p. 183.

⁷³² ROSS, *Direito e justiça*, 2000, p. 126.

⁷³³ HEIDEGGER, *Lógica...*, 2008, p. 55.

⁷³⁴ HEIDEGGER, *Lógica...*, 2008, p. 68, 252.

⁷³⁵ ROSS, *Direito e justiça*, 2000, p. 177.

⁷³⁶ FREITAS, *A interpretação sistemática...*, 1995, p. 15.

inclusive conflito entre essas razões⁷³⁷. É nesse contexto que se insere a análise dos precedentes como produto da atividade jurisdicional e como razão de decidir. Implica conhecer a maneira como os juízes interpretam e aplicam a norma jurídica. Torna-se indispensável a análise do desenvolvimento da argumentação jurídica, com o propósito de aplicação do direito.

Baseado na teoria do discurso prático racional geral, Robert Alexy desenvolve sua teoria da argumentação jurídica, expondo a necessária integração entre o discurso jurídico e o discurso prático racional geral. Demonstra as “formas” e “regras” dos argumentos jurídicos, chamadas de formas e regras de “justificação interna” e de “justificação externa”. As “regras de justificação interna” dizem respeito à validade das inferências lógicas. Verificam se a decisão é deduzida logicamente (lógica do discurso) das assertivas expostas na “fundamentação”, valendo-se do princípio da universalidade que compõe a estrutura básica do discurso prático racional geral. Exige-se o desenvolvimento máximo de etapas possíveis na argumentação jurídica, de modo a se formularem expressões cuja aplicação ao caso concreto obtenha o maior consenso fundado. Na “justificação externa”, busca-se a correção das premissas. O objetivo é fundamentar as premissas utilizadas, mediante o emprego das regras a) da argumentação prática geral, b) da argumentação empírica, c) da interpretação, d) da argumentação dogmática, e) do uso dos precedentes e f) das formas especiais de argumentos jurídicos⁷³⁸.

O objetivo a ser alcançado é a consistência da decisão. E consistência requer justificação, e não explicação, conforme adverte Ronald Dworkin⁷³⁹. A exigência de consistência da decisão jurídica é satisfeita com essas regras e formas de justificação interna e externa do discurso jurídico, promovendo, assim, a sua controlabilidade, exigência indispensável para a promoção da legalidade e da legitimidade do Estado Democrático de Direito⁷⁴⁰. Somente assim a decisão será racional e não arbitrária.

Note-se que os precedentes, na teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, apresentam, tanto relevância fática, quanto contribuição teórica ao direito. O jus-

⁷³⁷ SORIANO, *El precedente judicial*, 2002, p. 26-27.

⁷³⁸ ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica...*, 2005, *passim*.

⁷³⁹ DWORKIN, *Taking rights seriously*, 1997, p. 119.

⁷⁴⁰ ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica...*, 2005, p. 279-281.

filósofo alemão chega ao ponto de dizer que “uma teoria da argumentação jurídica que não considere o papel dos precedentes omitiria seus aspectos essenciais”⁷⁴¹. Para levar a cabo uma aplicação racional dos precedentes e uma superação justificada, será necessário compreender os precedentes como técnicas argumentativas que assistem ao juiz na justificação interna e externa das decisões. Ter em conta os precedentes significa garantir, no âmbito da justificação interna das decisões, a consistência da cadeia lógico-dedutiva e, no âmbito da justificação externa, a racionalidade do seu abandono ou modificação. Por isso, a funcionalidade dos precedentes judiciais representa valioso instrumento na interpretação das normas jurídicas, pois consistem, juntamente com outros elementos, em técnicas argumentativas que permitem alcançar o controle da correção e da racionalidade das decisões judiciais.

Majoritariamente, a doutrina reconhece a essencialidade dos precedentes na aplicação do direito como guias orientadores da decisão adequada⁷⁴². Cumpre ressaltar que o fundamento da orientação não é propriamente a experiência. Argumentar mediante o uso de precedentes não é o mesmo que argumentar com base na valoração do que a experiência ensinou ou com base no costume⁷⁴³. Quando se toma uma decisão com base em um precedente, considera-se relevante o fato de a decisão ter sido proferida anteriormente, o que nem sempre revela boas decisões. Se assim fosse, a doutrina do *stare decisis* não teria valor ou sentido algum⁷⁴⁴. A contribuição de Alexy foi decisiva justamente para explicar o fundamento da argumentação jurídica em geral e, em particular, da judicial.

Para tanto, primeiro, Alexy moldou uma teoria discursiva que estabeleceu e justificou a relação existente entre o discurso prático em geral e o discurso jurídico. Segundo, deixou claro que o critério de correção jurídica é procedimental, o que ressalta a importância da prática judicial. As regras e formas de justificação auxiliam o juiz na sua atividade,

⁷⁴¹ ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica...*, 2005, p. 264.

⁷⁴² DWORKIN, *Taking rights seriously*, 1997, p. 110-123.

⁷⁴³ Tanto o precedente como o costume, na *Common law*, são fontes do direito baseadas na prática pretérita. No entanto, os precedentes não se confundem com o costume. Primeiro, precedente e costume podem contrapor-se. Segundo, o precedente decorre de prévia atividade judicial que o constitui, enquanto o costume independe do reconhecimento judicial. Terceiro, a utilização do precedente como critério de decisão implica a comparação entre casos determinados, um caso passado e outro presente, ao passo que o costume justifica um resultado pela reiteração de casos indeterminados. Quarto, o precedente é aplicado não porque simplesmente existe senão porque representa uma razão jurídica, enquanto o costume será observado, não pela sua razão, mas pelo simples fato de ser aceito por uma determinada comunidade (DUXBURY, *The nature...*, 2008, p. 8-9).

⁷⁴⁴ DUXBURY, *The nature...*, 2008, p. 3.

porquanto garantem a racionalidade e a correção da deliberação para solucionar o conflito existente⁷⁴⁵.

Conclui-se, por conseguinte, baseando-se nas teorias de Alexy e Perelman, que a argumentação judicial é uma atividade de argumentação racional que expressa um compromisso entre a previsibilidade das decisões e a justiça do caso concreto. Trata-se de uma atividade *prática*, porque concerne a enunciados normativos que devem ser aplicados a um caso concreto; *deliberativa*, porque a força ou correção das razões que justificam uma decisão judicial são objeto de valoração; *argumentativa*, porque deliberar significa argumentar, isto é, sustentar que uma proposição normativa é a melhor, a mais razoável ou a mais sólida; *de justificação*, porque necessita de argumentos para sua aceitação; e, finalmente, *procedimental*, porque exige a observância de regras e formas de argumentação⁷⁴⁶.

Não se pode perder de vista que a argumentação jurídica, voltada à aplicação do direito, não representa demonstração de única solução verdadeira, senão justificação da melhor solução entre todas as tecnicamente possíveis⁷⁴⁷. Essa é outra particularidade do caso judiciário, cuja solução comporta diferentes resultados, que, em tese, podem ser justificados no ordenamento jurídico, seja em casos fáceis (*easy cases*), seja em casos difíceis (*hard cases*)⁷⁴⁸. A própria dialética do processo remete a, no mínimo, dois resultados possíveis: a procedência ou improcedência do pedido. A consequência disso tudo é inevitável incerteza quanto ao desfecho da demanda e da solução jurídica empregada.

Nesse modelo hermenêutico, os precedentes funcionam como argumentos ou razões que fundamentam uma concreta decisão⁷⁴⁹, assumindo importância maior do que o

⁷⁴⁵ SORIANO, *El precedente judicial*, 2002, p. 122-123.

⁷⁴⁶ SORIANO, *El precedente judicial*, 2002, p. 126.

⁷⁴⁷ Hans Kelsen já reconhecia a existência de mais de uma interpretação possível: “Se por ‘interpretação’ se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro dessa moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral” (KELSEN, *Teoria pura do direito*, 1987, p. 366).

⁷⁴⁸ TARUFFO, *Idee per una teoria...*, 1997, p. 318.

⁷⁴⁹ SORIANO, *El precedente judicial*, 2002, p. 161-162.

simples vínculo de natureza hierárquica que é inerente ao *stare decisis*. Através da operacionalidade dos precedentes, é possível minimizar a imprevisibilidade da resolução da controvérsia frente ao órgão jurisdicional, na medida em que se busca a melhor decisão com base em critérios racionais, afastando-se outras decisões possíveis, porém não aceitáveis.

4.2 Aproximação dos modelos da *Common law* e da *Civil law*

Sabidamente existem diferenças entre os modelos da *Common law* e da *Civil law*, que remontam à Idade Média. Trata-se de diferenças das mais diversas ordens, sociais, econômicas e políticas⁷⁵⁰. Em termos jurídicos, as discrepâncias estão presentes em vários aspectos dos respectivos ordenamentos jurídicos. As particularidades dependem, na sua maior ou menor extensão, do enfoque da análise empreendida.

Geralmente, quando se fala em *Common law*, em especial do sistema jurídico inglês, realça-se a maior diferença que o separa do sistema romano-germânico: a diversa hierarquia de fontes de direito. Enquanto no primeiro, o precedente exerce a função de fonte primária do direito, no segundo desempenha um papel apenas de fonte secundária⁷⁵¹. O resultado desse cenário é que, na *Civil law*, não se tem propriamente uma doutrina do precedente, diferentemente do que ocorre na *Common law*. Existe apenas a categoria jurídica da jurisprudência, razão pela qual o enfrentamento do tema torna-se obrigatório, para que se tenha uma orientação segura da sua aplicação, otimizando-se, quem sabe, os seus benefícios.

No entanto, existe hoje uma compreensão generalizada de que as discrepâncias entre esses dois modelos estão sendo atenuadas⁷⁵², até porque se trata de sistemas que produzem tanto leis (normas gerais) como decisões judiciais (precedentes). Essa realidade ilustra o incremento das relações entre as duas famílias, sujeitas, muitas vezes, a influências

⁷⁵⁰ WRÓBLEWSKI, *Sentido y hecho...*, 2003, p. 296.

⁷⁵¹ DEFLORIAN, *Il ruolo del precedente...*, 1998, p. 168.

⁷⁵² CAPPELLETTI, *Dimensioni...*, 1994, p. 15; CAPPELLETTI, *Juizes legisladores*, 1993, p. 133; MICHELI, *Contributo allo studio...*, 1938, p. 5-35; SHAHABUDEEN, *Precedent in the World Court*, 2007, p. 10; ZAGREBELSKY, *Il diritto mite...*, 1992, p. 28-29; JOLOWICZ, *Too many precedents*, 1994, p. 288; ROSS, *Direito e justiça*, 2000, p. 117; LOSANO, *Os grandes sistemas...*, 2007, p. 345.

comuns⁷⁵³, o que é compreensível também sob o enfoque histórico⁷⁵⁴. De fato, os dois sistemas decorrem de mesma tradição cultural, que se pode definir como ocidental. Ambos conheceram o feudalismo, o nascimento de um forte Estado nacional baseado em uma economia mercantil, a Revolução Industrial e uma concepção social do Estado⁷⁵⁵. Exemplo disso é a realidade da globalização impulsionada pelas facilidades de comunicação típicas da nossa época, quer pelo crescente número de controvérsias transnacionais, quer pela tendência de uniformização cultural que começa a manifestar-se⁷⁵⁶, exigindo do pensamento jurídico a adaptação a um novo cenário social, político, econômico, no qual a característica marcante é a interdependência⁷⁵⁷.

⁷⁵³ René David ressalta: “Países de direito romano-germânico e países de *common law* tiveram uns com os outros, no decorrer dos séculos, numerosos contatos. Em ambos os casos, o direito sofreu influência da moral cristã e as doutrinas filosóficas em voga puseram em primeiro plano, desde a época da Renascença, o individualismo, o liberalismo e a noção de direitos subjetivos. A *common law* conserva hoje a sua estrutura, muito diferente da dos direitos romano-germânicos, mas o papel desempenhado pela lei foi aí aumentado e os métodos usados nos dois sistemas tendem a aproximar-se; sobretudo a regra de direito tende, cada vez mais, a ser reconhecida nos países de *common law* como o é nos países da família romano-germânica. Quanto à substância, soluções muito próximas, inspiradas por uma mesma idéia de justiça, são muitas vezes dadas às questões pelo direito nas duas famílias de direito” (DAVID, *Os grandes sistemas...*, 2002, p. 26).

⁷⁵⁴ Não se pode esquecer, por exemplo, que o sistema que culminou no Direito romano clássico foi, durante o seu desenvolvimento, criação dos pretores e juristas, de uma maneira tão empírica como o da *Common law* nas mãos dos juízes. Portanto, tanto no Direito romano como na *Common law*, deve-se reconhecer que o Direito formou-se e se forma incessantemente graças à atividade criadora dos práticos, em íntimo contato com a realidade social (BRUTAU, *A jurisprudência...*, 1977, p. 47). Para uma análise mais aprofundada das relações entre Direito romano e Direito anglo-saxão, indica-se a referida obra (p. 89-130). Em síntese, pode-se dizer que na Inglaterra desenvolveu-se um sistema jurídico em parte vinculado e em parte contraposto ao Direito Romano. “Antes do ano 1000 d.C., coexistem no território britânico normas de origem germânica (ligadas também à dominação dinamarquesa na parte oriental da ilha) e normas de direito romano e canônico, introduzidas no momento da cristianização (664 d.C.) e destinadas a permanecer em vigor até os nossos dias para as matérias matrimonial e sucessória. A esses direitos e aos diferentes usos locais em vigência nos vários Estados das duas maiores ilhas britânicas se sobrepôs em 1066 o direito introduzido pela conquista normanda” (LOSANO, *Os grandes sistemas...*, 2007, p. 323-324).

⁷⁵⁵ DEFLORIAN, *Il ruolo del precedente...*, 1998, p. 168, DEFLORIAN, *Il precedente giudiziario...*, 1993, p. 134.

⁷⁵⁶ TARUFFO, *Il processo...*, 2001, p. 358.

⁷⁵⁷ Esse cenário é apontado por José Eduardo Faria: “Agora, o que se tem é um cenário interdependente, com atores, lógicas, racionalidades, dinâmicas e procedimentos que se inter cruzam e ultrapassam as fronteiras tradicionais, não fazem distinções entre países, costumam colocar enormes dilemas para os governos, não hesitam em desafiar a autoridade dos *policy makers* quando lhes convém e, em muitos casos, chegam ao ponto de ignorar as próprias identidades nacionais. Vencida a fase inicial do desafio da transnacionalização dos mercados de insumos, produção, capitais, finanças e consumo, vive-se atualmente a etapa relativa às mudanças jurídicas e institucionais necessárias para assegurar o funcionamento efetivo de uma economia globalizada. E quanto mais veloz e mais acentuada é essa globalização, dando origem a situações em que a idéia de um sistema econômico nacional auto-sustentado passa a ser vista como anacronismo, mais ela exerce um profundo impacto transformador nos sistemas políticos e normativos forjados em torno de determinados postulados (como o do monopólio do exercício *legítimo* da violência pelo Estado) e determinados princípios (como o da *legalidade*, da *hierarquia das leis* e da *segurança do direito*), levando seu poder de controle, decisão, direção e comando a ser crescentemente pressionado, condicionado e atravessado por uma pletera de entidades multilaterais, organizações transnacionais, grupos nacionais de pressão, instituições financeiras internacionais, corporações empresariais etc.” (FARIA, *O direito na economia...*, 2004, p. 14-15).

Com efeito, o fenômeno da globalização fez sentir os seus efeitos no âmbito jurídico, primeiramente no Direito Internacional, tanto público como privado, e depois, em outras áreas, inclusive na aplicação do Direito no âmbito judicial. Explorar a globalização equivale a pôr em questão as técnicas clássicas de obrigatoriedade das normas, o princípio da legalidade e a territorialidade do poder jurídico do Estado, próprias do modelo de Estado de Direito. Assim sendo, avança-se a uma nova metodologia jurídica, que se aproxima mais da tradição da *Common law* do que propriamente do direito continental. O Direito tende a desvincular-se do território e assume um valor universal e transnacional. Nesse contexto, a atividade do julgador assume maior relevância, pois a aplicação das normas exige mais do que a interpretação literal ou gramatical, reconhecendo-se espaços discricionários em busca de harmonia sistemática das normas em jogo e inspirada em critérios teleológicos. A teoria do precedente contribui justamente para que sejam alcançados pontos de referência comum, a fim de minimizar o déficit de insegurança⁷⁵⁸.

Analisada a questão sob o enfoque da argumentação jurídica, as diferenças amenizam-se ainda mais. Se a atividade judicial é considerada justificativa e os precedentes são tidos como argumentos ou razões, percebe-se que não existem significativas discrepâncias entre os sistemas de direito comum e de direito civil⁷⁵⁹, pois a tarefa do juiz de *Civil law*, na atualidade, está muito próxima da exercida pelo juiz da *Common law*⁷⁶⁰. Primeiro, não se pode ignorar que o juiz, em qualquer sistema, deve resolver o conflito de interesses, de acordo com o ordenamento jurídico⁷⁶¹. Segundo, a compreensão de que a atividade jurisdicional é criativa em alguma medida corrobora para a aproximação dos dois modelos em questão⁷⁶². Terceiro, em ambos os sistemas, cada um à sua maneira, admite-se a superação justificada de precedentes, o que representa, sem dúvida, uma convergência⁷⁶³.

Por consequência, os tribunais superiores da *Common law*, na atualidade, não se consideram absolutamente vinculados aos seus precedentes, assim como os tribunais da *Civil law* tendem a respeitar, cada vez mais, as suas decisões⁷⁶⁴. Significa que a aproximação dos dois modelos, nessa ótica de análise, decorre de duas forças inversas direcionadas ao

⁷⁵⁸ XIOL RÍOS, *El precedente judicial...*, 2005, p. 13-31.

⁷⁵⁹ SORIANO, *El precedente judicial*, 2002, p. 129.

⁷⁶⁰ MARINONI, *Aproximação crítica...*, 2009, p. 213.

⁷⁶¹ MICHELI, *Contributo allo studio...*, 1938, p. 74.

⁷⁶² MICHELI, *Contributo allo studio...*, 1938, p. 79.

⁷⁶³ HONDIUS, *Precedent...*, 2003, p. 418.

⁷⁶⁴ SHAHABUDEEN, *Precedent in the World Court*, 2007, p. 238.

mesmo sentido. Se, por um lado, na experiência anglo-americana os precedentes perderam sua vinculação absoluta, por outro, no âmbito da tradição romano-germânica, houve incremento da sua vinculação tida como meramente relativa⁷⁶⁵, tudo isso em busca de um objetivo comum: uma força racionalmente equilibrada⁷⁶⁶. Assim, pode-se dizer que, entre ambos, a diferença entre os sistemas reside mais no grau do que no gênero: nem o juiz anglo-saxão é tão vinculado aos precedentes, nem o juiz romano-germânico é tão livre deles na aplicação do direito⁷⁶⁷. Da mesma forma, no direito anglo-saxão, tem-se atribuído maior valor ao precedente quando justamente ele passa a ser seguido em casos sucessivos, o que se aproxima da concepção de jurisprudência assentada do direito romano-germânico. Isso tudo é compreensível, na medida em que os valores superiores que devem inspirar a aplicação do Direito são universais, devendo ser cumpridos tanto na *Common law* como na *Civil law*, especialmente os valores da justiça, segurança e igualdade.

Por isso, identifica-se, nos dias de hoje, um movimento em dois sentidos. Primeiro, tem havido uma crescente constituição de *statutes* na *Common law*⁷⁶⁸, paralelamente ao crescimento de deveres do Estado moderno, as quais assumem posição de destaque entre as fontes do direito⁷⁶⁹. São exemplos emblemáticos a *Uniform Commercial Code* nos Estados Unidos⁷⁷⁰, e o *Civil Procedure Rules*, na Inglaterra, em 1998⁷⁷¹, que consiste em próprio e verdadeiro código de processo civil⁷⁷², bastante aproximado, em vários

⁷⁶⁵ MALAURIE, Philippe. Les précédents et le droit. *Revue Internationale de Droit Comparé*. Paris: Société de Législation Comparée, v. 58, p. 319-326, avril/juin 2006. p. 325.

⁷⁶⁶ Ao tratar de um modelo de *ratio*, MacCormick propõe uma doutrina de precedente que possua vinculação relativa, rejeitando a vinculação absoluta, pois entende que somente assim é possível construir um modelo racional de argumentação jurídica voltada à aplicação do direito (MacCORMICK, *Rhetoric and the rule...*, 2005, p. 152-154).

⁷⁶⁷ MacCORMICK, *Legal reasoning...*, 1978, p. 213.

⁷⁶⁸ “Sob o aspecto puramente formal, o *statute* anglo-americano é igual à nossa lei: no essencial é o mesmo processo de elaboração; também na forma não difere. Mas, normalmente, o *statute* não se propõe a criar Direito novo, senão que, ao inverso, tem por finalidade esclarecer, dirimir dúvidas, precisar; destina-se antes de tudo a evitar que os juízes exerçam função legislativa” (TORNAGHI, *Comentários ao Código...*, 1976, p. 16).

⁷⁶⁹ Em termos de *source of law* do Direito anglo-americano, aponta-se que os costumes inserem-se numa posição hierárquica inferior aos precedentes, que, por sua vez, são subordinados aos *statutes* (CROSS; HARRIS, *Precedent in english law*, 2004, p. 171).

⁷⁷⁰ GALGANO, Francesco. Giurisdizione e giurisprudenza in materia civile. *Contratto e Impresa: Dialoghi con la Giurisprudenza Civile e Commerciale*, Padova, v. 1, n. 1, p. 29-48, 1985. p. 48.

⁷⁷¹ Lei n.º 3132/1998, com modificações sucessivas, acessível em: http://www.dca.gov.uk/civil/procrules_fin/menus/rules.htm.

⁷⁷² No Direito americano, o Direito Processual Civil já é disciplinado em leis escritas (*statutes*) desde o século XIX, quando houve o intenso movimento à codificação. Aliás, a *Civil procedure* é a única disciplina regada por leis escritas (*statutory course*) que é ministrada no primeiro ano das Faculdades de Direito americanas (SCALIA, *A matter of interpretation...*, 1998, p. 12). No Direito inglês, o *Sale of Goods Act* de 1893, reformado em 1979, é outro exemplo da adoção de lei formal.

aspectos, do modelo continental europeu⁷⁷³. Soma-se ainda a lei inglesa sobre a arbitragem (*Arbitration Act*, de 1996), que tem contribuído para alterar o cenário da Justiça civil daquele país⁷⁷⁴. Segundo, revela-se a importância cada vez maior dos precedentes como fonte normativa na *Civil law*, principalmente perante os tribunais superiores, em razão da eficácia *erga omnes* de suas decisões⁷⁷⁵, o que não deixa de ser um paradoxo⁷⁷⁶.

Nesse cenário, não é difícil concluir que o reconhecimento de um valor normativo do precedente, no direito europeu-continental, supõe uma aproximação com a *Common law*⁷⁷⁷. Os precedentes tidos por persuasivos passam a adquirir, em determinados casos, uma autoridade tal que se aproximam ou até se identificam com a vinculação obrigatória. A doutrina, de um modo geral, na família romano-germânica, passa a se interessar pela aplicação do direito, tarefa outrora relegada aos práticos do direito e da administração⁷⁷⁸.

Ilustrativamente, no âmbito da *Civil law*, têm sido instituídas, cada vez com mais frequência, técnicas através das quais se pode operar um precedente vinculante, tal como ocorre com a súmula vinculante ou com os recursos representativos da controvérsia no tratamento dos recursos repetitivos, para ficarmos no exemplo da realidade brasileira. Há um reconhecimento universal, portanto, da necessidade de serem criados mecanismos para a obtenção de certeza, estabilidade e previsibilidade, efeitos que não foram proporcionados

⁷⁷³ BARBOSA MOREIRA, O futuro da justiça..., 2000, p. 37.

⁷⁷⁴ ANDREWS, Neil. La giustizia civile inglese e il mondo esterno. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 61, n. 3, p. 829-851, sett. 2007. p. 829-830.

⁷⁷⁵ TARUFFO, Il processo..., 2001, p. 350; CAPPELLETTI, *Dimensioni...*, 1994, p. 15; PIZZORUSSO, Osservatorio..., 1994, p. 310-311; XIOL RÍOS, *El precedente judicial...*, 2005, p. 39-43; WRÓBLEWSKI, *Sentido y hecho...*, 2003, p. 296; MANCUSO, *Divergência jurisprudencial...*, 2007, p. 329; DINAMARCO, Cândido Rangel. O relator, a jurisprudência e os recursos. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis, de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 127-144. p. 130; REALE, *Lições preliminares...*, 2002, p. 141-143.

⁷⁷⁶ É o que aponta Brutau: “Donde o paradoxo de que, enquanto o direito anglo-saxão cada dia recorre mais à promulgação de leis, como meio eficaz de direção social (*social control*), e apesar de que tais leis serão sempre interpretadas restritivamente face aos princípios gerais da *common law*, já no direito romanizado, ao revés, a própria existência de textos legais, como são os Códigos, cujo prestígio parece infundir no legislador certo temor de reformulá-los, dá lugar a que no trato diário adquira cada vez maior importância o direito dos juízes – a jurisprudência deformante que, em forma que permite manter a ilusão da intangibilidade dos Códigos, supõe-se que apenas ‘adapta’ às necessidades resultantes das novas situações” (BRUTAU, *A jurisprudência...*, 1977, p. 137).

⁷⁷⁷ FERRERES COMELLA; XIOL RÍOS, *El carácter vinculante...*, 2009, p. 99. Inegavelmente, é uma tendência do Direito contemporâneo a “expansão dos padrões legais anglo-saxônicos, que valorizam a formação jurisprudencial do direito, com base na regra do *stare decisis* ou no vínculo aos precedentes, sobre os padrões romano-germânicos, onde basicamente predominam as fontes formais” (FARIA; KUNTZ, *Qual o futuro...*, 2002, p. 97).

⁷⁷⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, 2010, p. 134.

apenas pelo império da lei escrita⁷⁷⁹. A práxis revelou que de nada adianta ter-se uma só lei com diversas interpretações possíveis. Por isso, os precedentes surgem como caminho necessário como pautas de conduta, tal como preconizado pela doutrina do *stare decisis*, pois tanto a *Common law* como a *Civil law*, em última análise, estão informadas pelos mesmos valores constitucionais⁷⁸⁰.

Há exemplos institucionais da aproximação entre as duas tradições. O Tribunal de Justiça da União Europeia⁷⁸¹, com sede em Luxemburgo, é um exemplo do fortalecimento, ao longo do tempo, da aplicação dos precedentes judiciais. A sua instituição, em 1952, teve origem em forte influência dos tribunais superiores franceses. Portanto, sua criação foi inspirada na tradição jurídica europeia-continental, o que também determinou sua atitude no tratamento de suas próprias decisões. No entanto, desde a sua fundação até a atualidade, houve significativa evolução quanto à valoração e aplicação dos precedentes, em razão da influência cada vez mais intensa da *Common law*. Atualmente, o precedente é uma ferramenta importante no funcionamento do Tribunal de Justiça da União Europeia, cuja competência consiste em apreciar a legalidade dos atos comunitários e assegurar a interpretação e aplicação uniformes do direito comunitário. Há uma compreensão generalizada de que os juízes nacionais devem interpretar o Direito comunitário de acordo com os precedentes da Corte⁷⁸².

⁷⁷⁹ GARRO, Eficacia y autoridad..., 1989, p. 58.

⁷⁸⁰ A propósito, Luiz Guilherme Marinoni ressalta: “A segurança e a previsibilidade obviamente são valores almejados por ambos os sistemas. Mas, supôs-se no *civil law* que tais valores seriam realizados por meio da lei e da sua estrita aplicação pelos juízes, enquanto que, no *common law*, por nunca ter existido dúvida de que os juízes interpretam a lei e, por isto, podem proferir decisões diferentes, enxergou-se na força vinculante dos precedentes o instrumento capaz de garantir a segurança e a previsibilidade de que a sociedade precisa para desenvolver-se” (MARINONI, Aproximação crítica..., 2009, p. 205).

⁷⁸¹ Cumpre destacar, em termos de confluência, que a União Europeia é considerada, em si, “a experiência mais avançada e bem-sucedida de regionalização”, isto é, fenômeno caracterizado pela superação de fronteiras nacionais visando à formação de um bloco hegemônico, embrião de uma nova fórmula estatal: “o Estado Regional” (FARIA, *O direito na economia...*, 2004, p. 315-316).

⁷⁸² Formalmente, as decisões do Tribunal de Luxemburgo não vinculam os tribunais nacionais. De acordo com o art. 267 do Tratado da União Europeia, quando um Estado-membro suscita uma questão prejudicial ao Tribunal de Luxemburgo, a sua decisão vincula somente o tribunal nacional em questão. Na prática, entretanto, a Corte segue habitualmente os seus precedentes, tendo desenvolvido uma “doutrina material do precedente”, que consubstancia o que se pode dizer de *soft case law*, na medida em que as suas decisões são dotadas de autoridade e respeitadas pela comunidade jurídica como se vinculantes fossem (SASTRE, *El precedente...*, 2008, p. 160-172; FERRERES COMELLA; XIOL RÍOS, *El carácter vinculante...*, 2009, p. 54-55). Eis o disposto no art. 267 do Tratado da União Europeia: “Artigo 267.o (ex-artigo 234.o TCE) O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial: a) Sobre a interpretação dos Tratados; b) Sobre a validade e a interpretação dos actos adoptados pelas instituições, órgãos ou organismos da União. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal. Se uma questão desta natureza for suscitada em processo pendente perante um órgão

Desse modo, o Tribunal de Justiça da União Europeia é ilustrativo não apenas da difusão dos precedentes, senão da própria tendência de convergência da Europa entre os sistemas *Common law* e *Civil law*. Ainda que não se possa falar da existência de uma regra inequívoca do precedente no direito comunitário, o Tribunal de Luxemburgo aderiu parcialmente à doutrina do *stare decisis*, ainda que com algumas ressalvas⁷⁸³.

Outro exemplo institucional da convergência entre os dois grandes sistemas de direito é o Tribunal Internacional de Justiça (*International Court of Justice*), que é também conhecido por *World Court*, ou simplesmente Corte de Haia, nome este da cidade onde se encontra a sua sede, o Palácio da Paz, nos Países Baixos. Originalmente, a função desempenhada pelo Tribunal Internacional de Justiça era desempenhada pelo Tribunal Permanente de Justiça Internacional (*Permanent Court of International Justice*), constituído formalmente em 30 de janeiro de 1922 pela Liga das Nações, tendo sido extinto em razão da ocupação pela Alemanha nazista⁷⁸⁴. Dessa forma, em razão da constituição da Organização das Nações Unidas em 1945, a Corte foi substituída pelo Tribunal Internacional de Justiça, que é o principal órgão jurisdicional daquela organização. Sua função é resolver disputas entre as Nações e dar conselhos sobre assuntos que lhe são submetidos pela Assembleia-Geral ou pelo Conselho de Segurança, ambos das Nações Unidas, visando à manutenção da paz⁷⁸⁵.

O Tribunal Internacional de Justiça, à semelhança do Tribunal de Justiça da União Europeia, não adotou formalmente a teoria do *stare decisis*⁷⁸⁶. Significa que o Tribunal tem a liberdade de rever ou afastar-se de uma decisão prévia. Entretanto, no exercício das suas funções jurisdicionais, o Tribunal atribui autoridade aos seus precedentes. Enquanto suas decisões não forem suplantadas, eles possuem o *status* de direito internacional conforme a interpretação reinante. Essa respeitabilidade estende-se inclusive às decisões tomadas pelo então Tribunal Permanente de Justiça Internacional. Embora sejam cortes distintas, houve

jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível”.

⁷⁸³ SASTRE, *El precedente...*, 2008, p. 172; CROSS; HARRIS, *Precedent in english law*, 2004, p. 16-19.

⁷⁸⁴ Durante toda a sua existência, no período de 1922 a 1940, o Tribunal Permanente de Justiça Internacional julgou apenas 38 processos contenciosos entre os Estados e emitiu 27 recomendações.

⁷⁸⁵ SHAHABUDEEN, *Precedent in the World Court*, 2007, p. 40.

⁷⁸⁶ O art. 38, parágrafo 1.º (d), combinado com o art. 59, ambos do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, estabelecem que as decisões judiciais, tanto da própria Corte como de outros tribunais, possuem força apenas persuasiva e não vinculante. Eis o disposto: “Art. 38. 1. *The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: [...] d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations,*

continuidade na jurisprudência, sendo aplicados os precedentes, a menos que ocorram fundadas razões para não fazê-lo⁷⁸⁷.

Analisada a realidade brasileira, pode-se dizer que a aproximação das duas grandes tradições ocidentais é ainda mais intensa. Como se sabe, desde a formação da República, com a contribuição decisiva de Rui Barbosa, o Brasil adotou o modelo americano de controle de constitucionalidade das normas e oportunizou a possibilidade de revisar judicialmente os atos dos demais poderes, por meio de ações para garantir os direitos individuais (*judicial review*⁷⁸⁸). Mas é a partir da Constituição de 1946 que se consolida o poder de revisão pelo Judiciário de atos de outros poderes, afastando-se os entraves criados pela Carta Constitucional de 1937⁷⁸⁹. Trata-se de um evento fundamental, pois marca a consolidação da supremacia do direito no Estado Constitucional brasileiro, estabilizando-se, num primeiro momento, o controle difuso, e, no momento seguinte, o controle concentrado de constitucionalidade, típicos de um Estado preocupado com os direitos fundamentais⁷⁹⁰. Ainda para ilustrar a inegável inspiração americana, admite-se a jurisdição constitucional das

as subsidiary means for the determination of rules of law.”; “Art. 59. The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case”.

⁷⁸⁷ SHAHABUDEEN, *Precedent in the World Court*, 2007, p. 22-23, 54, 96.

⁷⁸⁸ Como é sabido, a origem histórica do *judicial review* – controle judiciário da constitucionalidade das normas – decorre do célebre caso *Marbury versus Madison*, decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América em 1803. Cuida-se da maior contribuição ao Direito Constitucional: o princípio da supremacia do Judiciário ou o poder jurisdicional de controle da constitucionalidade. Tanto é que esse julgado é considerado “a certidão de batismo da Corte Suprema e o início da sua influência na vida americana” (RODRIGUES, *A corte suprema...*, 1958, p. 9). Nessa decisão, o *Chief Justice* John Marshall (ex-advogado e ex-parlamentar, com atuação na Suprema Corte dos 45 aos 80 anos, quando da sua morte em 1835) expôs com grande clareza a questão: a alternativa entre uma Constituição que não é vinculante juridicamente ou uma Constituição concebida como *higher law*, *lex superior*, cuja violação importa invalidade da norma legal, sendo atribuição do juiz não aplicar uma norma considerada inconstitucional. Trata-se do mais célebre caso constitucional de todos os tempos. Foi a primeira decisão na qual a Suprema Corte afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando a aplicação a leis que, de acordo com sua interpretação, fossem inconstitucionais. Nesse precedente histórico, Marshall enunciou os três grandes fundamentos que justificam o controle judicial de constitucionalidade: a supremacia da Constituição, a nulidade da lei que contrarie a Constituição e o Poder Judiciário como o intérprete final da Constituição. Isso tudo a partir do exame do art. 6.º, parágrafo 2.º, da Constituição de 1787: “*This Constitution [...] shall be the supreme Law of the Land; and the judges in every States shall be bound thereby [...]*”. Para um exame analítico da decisão, apontam-se as seguintes obras: BARROSO, *O controle...*, 2009, p. 3-10; RODRIGUES, *A corte suprema...*, 1958, p. 35-39; CAPPELLETTI, Mauro. *Alcuni precedenti storici del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi. Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 21, n. 1, p. 52-68, 1966. p. 54-55; LEAL, *O efeito vinculante...*, 2006, p. 25-27.

⁷⁸⁹ A Constituição de 1946 restaurou a tradição do controle incidental no Direito brasileiro, disciplinando em seus arts. 101, II, alíneas *a*, *b* e *c*, o cabimento de recurso extraordinário, quando a decisão proferida fosse, respectivamente, contrária a algum dispositivo da Constituição ou à letra de tratado de lei federal, quando se questionasse a validade de lei em face da Constituição se a decisão recorrida negasse aplicação à lei impugnada, e quando se argüísse a invalidade de lei ou ato local contestados em face da Constituição.

⁷⁹⁰ MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 24-25.

liberdades (*habeas corpus* e mandado de segurança individual e coletivo), “elemento chave do sistema de freios e contrapesos, com a conseqüente tarefa do Judiciário de harmonização entre os poderes e garantia dos indivíduos frente ao abuso do poder”⁷⁹¹. Essa particularidade representa verdadeira vantagem, que se materializa no exame do papel da jurisprudência na atualidade brasileira.

Além do mais, com o avanço da modernização do processo civil brasileiro, a experiência norte-americana representou ainda maior inspiração. São exemplos dessa influência o informalismo no trato das causas de pequeno valor e de menor complexidade (inicialmente disciplinadas na Lei n.º 7.244/84 e posteriormente na Lei n.º 9.099/95), espelhadas nas *small claim’s courts*, e a adoção e difusão da tutela coletiva ao meio-ambiente, aos consumidores ou às comunidades integradas em grupos associativos (ação civil pública – Lei n.º 7.347/85 - e ação coletiva – Lei n.º 8.078/90, art. 82), moldadas a partir da *class actions* norte-americanas⁷⁹².

Inclusive, aponta-se como tendência contemporânea do Direito Processual Civil brasileiro a absorção de maiores conhecimentos e de mais institutos inerentes ao sistema da *Common law*⁷⁹³, podendo-se incluir nesse contexto, inegavelmente, os precedentes judiciais. Existem diversos exemplos nesse sentido: decisões proferidas em controle de constitucionalidade, súmulas vinculantes, recursos perante os tribunais superiores etc.⁷⁹⁴. Além disso, as diversas reformas processuais vêm acentuando, com intensidade crescente, o

⁷⁹¹ ZANETI JÚNIOR, *Processo constitucional...*, 2007, p. 55.

⁷⁹² “O modelo é originário da *Federal Rule* n.º 23, editada originalmente em 1938 e reformada sucessivamente em 1966 e 1983. A motivação da tutela coletiva neste modelo está presente na necessidade de proteger os indivíduos ou grupos de indivíduos de lesões de massa, que ficariam sem proteção, ou por falta de interesse individual ou por ausência de benefício claro diante de uma tutela muito custosa, complicada ou onerosa” (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, *Curso...*, 2009, p. 57).

⁷⁹³ DINAMARCO, *Instituições...*, 2009, v. 1, p. 289-291, 295.

⁷⁹⁴ As decisões proferidas em recursos extraordinário e especial são exemplos de precedentes que reúnem os objetivos a serem alcançados pelo *stare decisis*: conciliar o interesse particular, atinente às partes, quanto à solução justa do conflito, e sobretudo o interesse público, decorrente da diretriz adotada em razão da prestação jurisdicional. É o que ressalta Rodolfo Camargo Mancuso: “de modo que o RE e o REsp apresentam uma conotação bifronte: o recorrente, ao acenar com uma violação, pelo julgado recorrido, de um seu direito assegurado constitucionalmente, ou por lei federal, permite ao Tribunal que, em provendo o recurso, resolva a situação jurídica individual, ao tempo em que preserva a integridade da ordem jurídica; vistos sob o ângulo do Tribunal, tais recursos permitem à Corte que desempenhe aquela sua alta missão e assim acabe resolvendo a situação jurídica individual” (MANCUSO, *Recurso extraordinário ...*, 2008, p. 155).

valor da jurisprudência⁷⁹⁵. Portanto, há uma saudável tendência de valorização dos precedentes judiciais⁷⁹⁶.

Não significa que entre os sistemas de *Common law* e *Civil law* não existam numerosas e relevantes diferenças, tanto no direito material, como no direito processual⁷⁹⁷, as quais devem manter-se ao longo do tempo. Principalmente, essas diferenças são de ordem sociológica⁷⁹⁸ e estrutural,⁷⁹⁹ refletindo-se em categorias, conceitos jurídicos e regras de direito que são próprios dessas duas famílias do Direito⁸⁰⁰. Por razões culturais, o estilo da

⁷⁹⁵ São exemplos: 1) a Lei n.º 8.038, de 28.05.1990, que conferiu competência ao relator para, no STF e STJ, negar seguimento a pedido ou recurso que contrariasse, “nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo tribunal”; 2) a Lei n.º 9.139, de 30.11.1995, que, mediante alteração do art. 557 do CPC, estendeu aos tribunais em geral a atribuição de competência ao relator para negar seguimento a qualquer recurso “contrário à súmula do respectivo tribunal ou de tribunal superior”; 3) a Lei n.º 9.756, de 17.12.1998, que ampliou os poderes do relator para não apenas negar seguimento a recurso, quando “em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF ou de Tribunal Superior”, senão para dar-lhe provimento, por decisão monocrática, sempre que a decisão recorrida se achasse “em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do STF, ou de Tribunal Superior” (arts. 544, § 3.º, e 557, *caput*, e § 1.º-A).

⁷⁹⁶ É o que sustenta Luís Roberto Barroso: “Nos últimos anos tem-se verificado a saudável tendência, no direito brasileiro, de valorização dos precedentes judiciais. A atitude geral de observância da jurisprudência é positiva por promover valores relevantes como segurança jurídica, isonomia e eficiência” (BARROSO, *O controle...*, 2009, p. 77).

⁷⁹⁷ As principais diferenças entre o Direito Processual Civil de *Common law* e o de *Civil law* podem ser verificadas nas seguintes obras: TARUFFO, *Il processo...*, 2001, p. 345-360; GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil*. Trad. Lucio Cabrera de Acevedo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. p. 5-16.

⁷⁹⁸ A distinção dos sistemas de direito ocidental em duas grandes “famílias”, antes de ser jurídica, é sociológica: “No *common law*, direito é, antes de tudo, a normatividade espontânea da sociedade, que, transitando em direção ao Estado, pelos conflitos, chega ao crivo dos juízes, cristalizando-se em precedentes (direito genético); só secundariamente, o direito vem da lei (*statute*), ato legislativo consciente dos poderes estritamente políticos do Estado (direito operativo), dirigida aos juízes, que dela disporá, segundo seus critérios, como instrumento para solução de conflitos. Na **família romano-germânica**, direito é, em primeiro lugar, a obra racional de um legislador, seja o codificador do direito romano, seja, também, o poder legislativo, que se destina a orientar os comportamentos na sociedade (direito operativo), guardando ao juiz a posição de efetivador do direito, no caso de descumprimento; o papel da normatividade espontânea, bem assim o das decisões judiciais (o direito genético) é, pois, secundário” (SOUZA JÚNIOR, *A supremacia...*, 2002, p. 182).

⁷⁹⁹ Aponta-se que, na Europa Continental, as instituições foram as recebidas do Direito privado romano, diferentemente do que se verificou nos sistemas de Direito anglo-saxão (BRUTAU, *A jurisprudência...*, 1977, p. 131).

⁸⁰⁰ René David destaca: “A lei e a jurisprudência não desempenham a mesma função no direito francês e no direito inglês. Contudo, antes de expor as notáveis diferenças que existem neste assunto, parece-nos importante fazer notar uma diferença de outra ordem entre direitos da família romano-germânica e de *common law*, a saber, a diferença que existe entre esses direitos na sua própria estrutura. Esta diferença tende, nos nossos dias, a ser reconhecida como a mais fundamental: é a mais difícil de ser superada pelo jurista do continente europeu, e é ela que explica, afinal, por que razão os juristas ingleses têm uma teoria das fontes do direito diferente da nossa e por que razão o direito inglês, em particular, não aceitou nem pode aceitar a fórmula romano-germânica da codificação. As diferenças de estrutura existentes entre o direito românico e o direito inglês foram, durante muito tempo, negligenciadas; só recentemente os juristas se aperceberam do seu caráter essencial. A razão disso é que, durante um grande período, sob a influência de uma certa teoria, se julgou poder analisar o direito como sendo um conjunto de normas. Para aquele que considerar com mais critério, o essencial em um direito parecerá ser, contudo, mais do que as simples regras que em dado

aplicação do direito nas duas tradições permanecerá diverso, uma voltada à aplicação de norma-jurisprudência e outra, de norma-estatuto⁸⁰¹. Ademais, há diferenças na organização judicial, na teoria das fontes e na prática judicial, discrepâncias que apontam uma fundamentação e um uso também diferente dos precedentes judiciais em ambos os sistemas⁸⁰². Desse modo, não se pode dizer que o juiz brasileiro está vinculado ao precedente tanto quanto o estaria um juiz norte-americano ou inglês. Por outro lado, não se pode sustentar, na atualidade, que o precedente seja uma categoria jurídico-processual estranha ao Direito brasileiro ou que tenha uma força meramente persuasiva⁸⁰³.

O que se coloca é a necessidade de reinterpretar a mudança de realidade ocorrida entre esses sistemas, especialmente quanto à função da jurisprudência e dos precedentes em particular na tradição romano-germânica, exame que permite extrair ferramentas úteis ao incremento da prestação jurisdicional. Ora, sabe-se que a experiência aponta que nada é inteiramente ruim ou completamente bom. Assim o são também os sistemas. Analisando-se as suas particularidades, percebe-se que os precedentes judiciais devem ser enaltecidos porque contribuem significativamente. Deve-se reconhecer, de uma vez por todas, que os precedentes são instrumentos hábeis a garantir aquilo que a lei estrita não conseguiu proporcionar ao *Civil law*: igualdade, segurança jurídica e boa-fé objetiva na aplicação do direito, além de economia, celeridade e eficiência na prestação jurisdicional.

Infere-se, por conseguinte, que caminhamos para a formação de uma grande “família jurídica ocidental”, um caminho de convergência entre os modelos de supremacia do direito⁸⁰⁴, dando lugar a um sistema mais equilibrado entre o individual e o coletivo e entre o

momento ele comporta, a própria estrutura desse direito, as classificações que admite, os conceitos que usa, o tipo de regras de direito sobre o qual se fundamenta. O próprio ensino do direito só se concebe por isso: porque, além das regras mutáveis, existem quadros que são relativamente estáveis. O essencial é, para o estudante de direito, aprender um *vocabulário*, familiarizar-se com os *conceitos* que subsistirão e que lhe permitirão estudar mais tarde uma questão, quando as regras por ele estudadas na escola de direito terão provavelmente mudado” (DAVID, *Os grandes sistemas...*, 2002, p. 381-382).

⁸⁰¹ ZANETI JÚNIOR, *Processo constitucional...*, 2007, p. 248.

⁸⁰² TARUFFO, *Dimensioni...*, 1994, p. 414-415.

⁸⁰³ KNIJNIK, *O recurso especial...*, 2005, p. 59.

⁸⁰⁴ Os modelos do *rule of law* (o modelo da *common law*) e os modelos do Estado de Direito *lato sensu* (próprios da tradição romano-germânica, nas feições do *État légal/État droit*, o modelo francês, e do *Rechtsstaat/Verfassungsstaat*, o modelo alemão) conjugam as mesmas crenças: “(a) uma objetividade mínima de valores jurídicos, fundada na dignidade da pessoa humana, que vivifique um quadro de direitos fundamentais de liberdade e de solidariedade, bem assim de direitos a um mínimo de condições de vida exigidas pela natureza humana comum a todos; (b) a possibilidade de esses valores serem descobertos pela inteligência, acolhidos por consenso e erigidos em fins últimos do convívio, acima do nível ideológico da mediação política que divide a sociedade no tocante à articulação dos instrumentos necessários para atingi-los; (c) a sujeição da administração pública à ordem jurídica e a atuação de um poder judiciário independente

privado e o público, cujos fundamentos devem estar assentados na liberdade, na justiça social, na universalidade e nos direitos humanos⁸⁰⁵. Especificamente em matéria de precedente judicial, a perspectiva é de um cenário que tende à aproximação entre as duas grandes famílias do Direito⁸⁰⁶, assim como em outras searas jurídicas⁸⁰⁷, formando-se um sistema que combina as forças vinculante e persuasiva dos precedentes⁸⁰⁸. Em ambas, a jurisprudência desempenha um papel significativo, embora o princípio do *stare decisis* já não ostente a mesma força de outrora na *Common law*⁸⁰⁹. Por um lado, esse dado é positivo, na medida em que evita o enrijecimento do desenvolvimento do Direito, mas, por outro, não deixa de ser negativo, na medida em que são atenuadas a segurança jurídica e a igualdade na prestação jurisdicional. Objetiva-se, desse modo, uma teoria de precedentes baseada em critérios racionais, que possam orientar tanto a aplicação como a superação de orientação⁸¹⁰.

e imparcial que a controle; (d) o método democrático para o funcionamento do poder e para a garantia do consentimento dos cidadãos ao governo do dia; e (e) a divisão adequada dos poderes políticos e uma institucionalização viável de suas funções, com a previsão de um Tribunal Constitucional que, respeitando a autonomia dos demais órgãos da soberania, vele pela supremacia da Constituição” (SOUZA JÚNIOR, *A supremacia...*, 2002, p. 190).

⁸⁰⁵ CAPPELLETTI, *Dimensioni...*, 1994, p. 16.

⁸⁰⁶ Gustav Radbruch reduz os valores jurídicos à justiça e segurança. Assim, destaca que todo ordenamento jurídico quer alcançar ao mesmo tempo três objetivos: defender a Justiça, procurar um interesse comum e alcançar a segurança jurídica. Os ordenamentos jurídicos diferenciam-se entre si pela proporção entre esses três objetivos (RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Armêdio Amado, 1997. p. 159-168).

⁸⁰⁷ Podemos apontar os ramos do direito “comercial, societário, atuarial, financeiro, econômico e ambiental, concentrando-se, por exemplo, em matérias como propriedade intelectual, *royalties*, comércio eletrônico, comércio internacional, ações e títulos, fusões e incorporações, concentração e abuso do poder econômico e o assim chamado ‘terceiro setor’ (ou setor público-não estatal)” (FARIA; KUNTZ, *Qual o futuro...*, 2002, p. 97). Ilustrativamente, estudo realizado pelo executivo Eduardo Brenner aponta que “os países cujo arcabouço jurídico e cuja legislação societária são forjados com base em princípios derivados do direito romano possuem mercados acionários com taxas de crescimento bem inferiores aos países cujas instituições normativas e judiciais derivam da *Common Law*” (BRENNER, Eduardo. Por que crescem as bolsas no mundo. *Revista BOVESPA*, São Paulo, maio/jun. 2001 *apud* FARIA; KUNTZ, *Qual o futuro...*, 2002). Afirma-se que, “enquanto o Brasil não optar pela tradição anglo-saxônica em suas reformas legais, seu mercado acionário continuará enfrentando grandes dificuldades para crescer. Mesmo que o risco sistêmico brasileiro, a volatilidade econômica e as taxas de juros diminuam, diz esse executivo, a ausência de um arcabouço jurídico e de uma legislação societária mais flexível, nos moldes da norte-americana ou inglesa, manterá a expansão desse mercado travada” (FARIA; KUNTZ, *Qual o futuro...*, 2002, p. 95-96).

⁸⁰⁸ MacCORMICK, *Rhetoric and the rule...*, 2005, p. 145.

⁸⁰⁹ GLENDON, Comment, 1998, p. 110. A propósito, não se pode dizer que existe um declínio da doutrina do *stare decisis*. Há, diferentemente, um enfraquecimento, para que não ocorra o enrijecimento do direito, o que se verifica tanto nos Estados Unidos como no Reino Unido (CROSS; HARRIS, *Precedent in english law*, 2004, p. 161).

⁸¹⁰ BENEDETTI, *Precedente giudiziale...*, 1994, p. 181-185.

4.3 Aproximação entre direito e processo

Os precedentes judiciais são instrumentos que também permitem a aproximação do direito material ao direito processual ou a “relativização do binômio direito-processo como meio de acesso à ordem jurídica justa”⁸¹¹, visto que não há dúvida quanto à existência dos dois planos, cujas relações, entretanto, são difíceis de estabelecer⁸¹².

Em síntese, pode-se dizer que é dúplice a relação entre o processo e o direito. Em primeiro lugar, o processo é regido por normas de direito que disciplinam, conformam e organizam as atividades exercidas ao longo do procedimento. Em segundo lugar, o processo concorre para satisfazer o direito, constituindo instrumento a serviço de uma ordem exterior, representativa do conjunto de normas que atribuem bens da vida às pessoas, disciplinam condutas e ditam a organização da convivência social, de modo a alcançar a necessária justiça do caso concreto⁸¹³.

Disso se infere a correlação indispensável entre direito e processo, no sentido de que o direito processual não teria razão de ser ou mesmo possibilidade de existir se não contasse com o direito material. Ao mesmo tempo, sem o direito processual não poderia existir um ordenamento jurídico que é caracterizado pela vedação à autotutela, sendo imprescindível ao direito material, na existência de um conflito, da manifestação da jurisdição enquanto poder legítimo para que seja alcançada a sua atuação concreta⁸¹⁴.

Note-se que a relativização do binômio direito-processo não é de hoje. O reconhecimento da vinculação entre os planos material e processual vem de longa data. Franz Klein, na elaboração do Regulamento Processual austríaco de 1895, já destacava que “um bom direito requer conjuntamente um bom processo”. Também dizia que “o melhor direito substancial serve pouco se não puder vir realizado em um processo da forma mais rápida e

⁸¹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 2. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 12-13.

⁸¹² Para um exame apurado dos planos do direito material e processo, assim como as suas relações, principalmente quanto à análise da tutela jurisdicional, consultar a obra de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira ALVARO DE OLIVEIRA, *Teoria e prática...*, 2008, p. 7-100.

⁸¹³ ALVARO DE OLIVEIRA, *Teoria e prática...*, 2008, p. 92-93; DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 2005, p. 220.

⁸¹⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, *Teoria e prática...*, 2008, p. 94.

munido de todas garantias de justiça”⁸¹⁵. Essas colocações deixam claro que o processo deve ser concebido como instrumento, de feição pública e social, que serve ao direito material, sua razão de ser⁸¹⁶. Era o que ambicionou demonstrar o instrumentalismo como polo metodológico da ciência processual, sendo a jurisdição o grande tema central da teoria processual, como manifestação do poder estatal exercido pelos juízes para a consecução dos fins do próprio Estado⁸¹⁷.

Com efeito, o instrumentalismo, como concepção metodológica que se estabeleceu em meados do século passado, preconiza a relativização do binômio em questão, à medida que o cerne da preocupação dos operadores é privilegiar o direito material, e não o processo como sistema de óbices e dificuldades ao primado do Direito. Busca-se estruturar o direito processual a intervir quando se verificar alguma crise, efetiva ou virtual, no plano do direito material, seja em caráter preventivo, seja em caráter reparatório⁸¹⁸.

Na atualidade, concebe-se, no entanto, que o processo não é meramente instrumental, visto que revela um valor próprio, ao estabelecer as formas de tutela, com que se pode tornar efetivo o direito material, além da eficácia e dos efeitos próprios da atividade jurisdicional. Desse modo, o ordenamento processual “constitui um elemento essencial para que o Poder Judiciário possa cumprir sua função de conservação e promoção de uma ordem estatal específica e na garantia da segurança jurídica e, além disso, para a efetivação dos direitos fundamentais, com toda sua carga principiológica, a envolver grande dinamicidade”⁸¹⁹. Objetiva-se, em última análise, extrair do processo os melhores resultados possíveis, em um caminho de humanização do Direito Processual Civil⁸²⁰, sendo o formalismo-valorativo o método de aproximação a ser implementado, conforme restará examinado⁸²¹.

⁸¹⁵ BAUR, Il processo..., 1972, p. 271.

⁸¹⁶ Essa tomada de posição restou estabelecida na segunda metade do século passado, a partir da compreensão de que a codificação, caracterizada como um sistema linear e puro, pecava pela escassa sensibilidade para a concreta adequação do Direito Processual às necessidades e particularidades do direito material, assim como à posição social das partes (TROCKER, *Processo civile e costituzione...*, 1974, p. 698-699).

⁸¹⁷ DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 2005, p. 181 e ss.

⁸¹⁸ DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 2005, p. 310.

⁸¹⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, *Teoria e prática...*, 2008, p. 93.

⁸²⁰ HABSCHEID, Walther J. As bases do direito processual civil. Trad. de José Manoel Arruda Alvim. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 11, p. 117-141, jul./dez. 1978. p. 118.

⁸²¹ Vide ponto 4.5.

Essa circunstância fundamental resta fortalecida com a teoria dos precedentes, porquanto se exigem do processo resultados qualificados em razão da tutela jurisdicional prestada, âmbito no qual os precedentes são constituídos, voltando-se a preocupação aos seus fundamentos constitucionais, especificamente à igualdade, segurança jurídica e boa-fé objetiva na aplicação do direito, os quais estão todos vinculados ao direito material, qualificando-o inevitavelmente.

4.4 Precedente como fonte normativa

O exame do precedente como fonte normativa decorre da abordagem anteriormente realizada quanto à interpretação/aplicação do direito. Verificamos no que consiste o direito e como ele é aplicado nos casos concretos. Agora interessa abordar a natureza do resultado da atividade do julgador na solução dos conflitos, o que diz respeito, em última análise, à constituição do precedente.

Houve um tempo em que muito se discutiu se a sentença é uma atividade de declaração ou constituição do direito, no âmbito das relações entre direito e processo, ou das implicações entre realidade substancial e juízo objeto da sentença de procedência do pedido⁸²². O debate acerca do conteúdo da atividade judicial caracterizou-se pela confrontação entre dois enfoques: atividade criativa (constituição), o caso do *enfoque substantivo*, ou atividade mecânica de aplicação do direito (declaração), o caso do *enfoque funcional*⁸²³. Para o *enfoque substantivo*, a atividade judicial é de criação do direito. Ainda

⁸²² O exame da realidade substancial acertada na sentença de acolhimento do pedido é feito magistralmente por FAZZALARI, Elio. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957. p. 139-142.

⁸²³ Fala-se também na teoria unitária, defendida por Francesco Carnelutti, e na teoria dualista, sustentada por Giuseppe Chiovenda. Para Carnelutti, a sentença cria uma norma individual, particular para o caso concreto, que passa a integrar o ordenamento jurídico (CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958. p. 213-214). A teoria unitária é devida especialmente a Hans Kelsen, que sustenta que a norma individual, fixada na sentença, liga-se necessariamente a uma norma superior. A norma individual faria parte do ordenamento jurídico, ou teria natureza constitutiva, apenas por individualizar a norma superior para as partes (KELSEN, *Teoria pura do direito*, 1987, p. 260-263). Na teoria de Chiovenda, a sentença é externa ao ordenamento jurídico, tendo a função simplesmente de declarar a lei. Aponta o célebre processualista italiano: “a sentença, em geral, é a provisão do juiz que, recebendo ou rejeitando a demanda do autor, afirma a existência ou a inexistência de uma vontade concreta de lei que lhe garanta um bem ou respectivamente a inexistência ou existência de uma vontade de lei que garanta um bem ao réu”. Ainda complementa: “ao afirmar a existência de uma vontade concreta de lei que garante um bem ao autor, a sentença de recebimento nada acresce a essa vontade nas relações entre autor e réu, muito menos as substitui por uma vontade nova: o conceito de que o julgador produza uma novação, simples ou acumulativa, é estranho ao nosso direito”

que aplicar o direito consista em concretizar a norma jurídica, geral e abstrata, os órgãos judiciais formulam suas decisões de maneira tal que podem ser equiparadas a normas jurídicas. Já para o *enfoque funcional*, as decisões judiciais não podem ser equiparadas às normas jurídicas, segundo um critério de distribuição de competências entre os órgãos do Estado, que permite distinguir entre as funções de criação e aplicação judicial do direito⁸²⁴.

Atualmente, a teoria constitutiva é dominante na *Common law*, ao menos no que se refere à pós-modernidade. Os seus dois principais defensores foram Bentham e Austin⁸²⁵. Contudo, a ordem das coisas nem sempre foi essa. Não se pode perder de vista que, por longo período, a aplicação do direito seguiu a teoria declaratória. Os julgadores limitavam-se a declarar o direito com base nos costumes da época, não fazendo as vezes de legislador⁸²⁶. Partia-se do pressuposto de a *Common law* estar nos costumes gerais, que não são criados senão reconhecidos ou declarados pelo juiz. Entendia-se, assim, que o juiz, ao proferir a sua decisão, não cria o direito e tampouco a sua atividade pode ser considerada fonte primária do direito⁸²⁷. O principal defensor dessa teoria foi Blackstone, notório jurista inglês do século XVIII⁸²⁸, cujo entendimento foi seguido por artífices não menos célebres, como Coke, Hale e Bacon⁸²⁹. Não obstante, com o avanço da doutrina do *stare decisis*, houve um progressivo abandono da teoria declaratória, que chegou a ser rotulada como “mito” (*myth*) ou “conto de fada” (*fairy tale*)⁸³⁰, passando a predominar a teoria constitutiva, de modo

(CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. v. 1. p. 1, 198, 214).

⁸²⁴ SORIANO, *El precedente judicial*, 2002, p. 160-161.

⁸²⁵ MARINONI, *Aproximação crítica...*, 2009, p. 178. Sabidamente, Austin, jurista inglês que estudou na Alemanha, foi defensor do positivismo e da codificação e crítico do *case law*. Especificamente ao ponto em questão, Austin definiu a teoria declaratória da *Common law* como “*childish fiction employed by our judges that judiciary of common law is not made by them but is a miraculous something made by nobody, existing, I suppose, from eternity, and merely declared from time to time by the judges*” (AUSTIN, John. *Lectures on Jurisprudence*. New York: Campbell, 1875. p. 321 *apud* MATTEI, *Stare decisis...*, 1988, p. 81, nota 223; BODENHEIMER, *Jurisprudence...*, 1974, p. 343). Por sua vez, Bentham atacou a teoria declaratória de Blackstone em mais de uma obra: BENTHAM, Jeremy. *A fragment on government*, publicada em Londres em 1776; *A comment on the commentaries*, publicada somente em 1928; e *A theory of legislation*, originariamente *Traité de législation civile e pénale*, publicada em 1802, traduzida ao inglês em 1864, sua obra mais abrangente e que se tornou mais conhecida dentre dezenas publicadas. Sustentava Bentham que no raciocínio na *Common law* o arbítrio é insito (*apud* MATTEI, *Stare decisis...*, 1988, p. 81, nota 223).

⁸²⁶ DUXBURY, *The nature...*, 2008, p. 45.

⁸²⁷ MATTEI, *Stare decisis...*, 1988, p. 45.

⁸²⁸ BLACKSTONE, William. *Commentaries on the law of England* (fac-símile da 1.^a ed. de 1765). Chicago: The University of Chicago, 1979. v. 1, p. 69 *apud* MARINONI, *Aproximação crítica...*, 2009, p. 177.

⁸²⁹ BODENHEIMER, *Jurisprudence...*, 1974, p. 439. Para um exame da teoria declaratória, consultem-se CROSS; HARRIS, *Precedent in english law*, 2004, p. 27-34; MacCORMICK, *Rhetoric and the rule...*, 2005, p. 262-267.

⁸³⁰ MacCORMICK, *Rhetoric and the rule...*, 2005, p. 160.

que os juízes, ao julgar o conflito, criam uma norma (*ratio decidendi*) não apenas ao caso concreto mas também aos casos futuros, por sua abstração e generalidade⁸³¹.

Já nos países de Direito civil prevaleceu, tradicionalmente, a teoria declaratória. O juiz limita-se a aplicar a regra preexistente para resolver o caso concreto. Seu poder estaria restrito a afirmar o que já havia sido dito pelo Legislativo. Esse entendimento restou assentado a partir da Revolução Francesa, principalmente em razão do dogma da proibição de o juiz interpretar a lei⁸³². Tanto é que o artigo 5.º do Código Civil napoleônico vedava a possibilidade de os juízes se pronunciarem por via de disposições genéricas e regulamentares nas causas a eles submetidas⁸³³, norma esta que criou uma barreira mental para a aceitação do precedente judicial no continente europeu⁸³⁴. Posteriormente, com o avançar da segunda metade do século XIX, o panorama se altera, admitindo-se o poder criador da jurisprudência⁸³⁵.

No entanto, nenhuma das teorias em questão, isoladamente, explica a contento a atividade jurisdicional, cujo resultado não é meramente declaratório tampouco constitutivo do direito. Nem se trata apenas de exercício de subsunção lógica. “A interpretação do direito envolve não apenas a declaração do sentido veiculado pelo texto normativo, mas a constituição da norma, a partir do texto e dos fatos”⁸³⁶, formando-se algo novo, com um grau de abstração menor do que a norma jurídica que se aplica⁸³⁷. O que não se pode negar que é a

⁸³¹ Eros Roberto Grau resume as razões pelas quais as decisões judiciais têm caráter normativo. Destaca que a criação normativa judicial, segundo a doutrina, ocorre porque “(i) as decisões judiciais, como os órgãos legislativos, possuem uma eficácia geral; (ii) as decisões dos juízes são normas individuais; (iii) a decisão judicial supõe a criação de uma norma geral que serve de justificação à sentença e que é produto da interpretação; (iv) em determinados casos (por exemplo, lacunas ou antinomias) os juízes, no processo de decisão judicial, formulam normas novas, não vinculadas a textos normativos preexistentes” (GRAU, *Ensaio e discurso...*, 2006, p. 64).

⁸³² MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1970, p. 168-182.

⁸³³ “Article 5. Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises”.

⁸³⁴ LAPORTA, *La fuerza vinculante...*, 2009, p. 12.

⁸³⁵ MALAURIE, *Les précédents et le droit*, 2006, p. 323.

⁸³⁶ GRAU, *Ensaio e discurso...*, 2006, p. 66.

⁸³⁷ Nessa senda ressalta Hans Kelsen: “A teoria, nascida no terreno da *common law* anglo-americana, segundo a qual somente os tribunais criam Direito, é tão unilateral como a teoria, nascida no terreno do Direito legislado da Europa Continental, segundo a qual os tribunais não criam de forma alguma Direito mas apenas aplicam Direito já criado. Esta teoria implica a idéia de que só há normas jurídicas gerais, aquela implica a de que só há normas jurídicas individuais. A verdade está no meio. Os tribunais criam Direito, a saber – em regra – Direito individual; mas, dentro de uma ordem jurídica que institui um órgão legislativo ou reconhece o costume como fato produtor de Direito, fazem-no aplicando o Direito geral já de antemão criado pela lei ou pelo costume. A decisão judicial é a continuação, não o começo, do processo de criação” (KELSEN, *Teoria pura do direito*, 1987, p. 272).

atividade dos tribunais é fonte material do direito⁸³⁸, impondo-se tanto aos legisladores que se valem da jurisprudência como *lex ferenda*, quanto aos juízes, advogados e integrantes do Ministério Público, que a ela se submetem e a seguem. O que se poderia questionar é se a jurisprudência seria fonte formal do direito⁸³⁹.

Hoje, pode-se dizer que prevalece o poder reconstrutivo do juiz no exercício da sua função decisória⁸⁴⁰, estando superado o entendimento positivista, de feição meramente formal, de que o juiz é a “boca da lei”⁸⁴¹, como mero autômato aplicador do quanto contido no texto legislativo⁸⁴². Não se cuida, a rigor, de atividade criativa ou construtiva, pois a jurisdição não cria *ex novo*, pois parte de normas já existentes no ordenamento jurídico. Por isso, na decisão judicial há propriamente uma reconstrução da norma a partir elementos já constantes no Direito⁸⁴³. Daí se dizer que “o intérprete não só *constrói*, mas *reconstrói* sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso lingüístico e construídos na comunidade do discurso”⁸⁴⁴.

⁸³⁸ Dogmaticamente, tem-se discutido se existe a distinção entre fonte formal e fonte material. Miguel Reale, por exemplo, admite apenas a categoria da fonte formal para indicar os processos de produção das normas jurídicas (REALE, *Lições preliminares...*, 2002, p. 139-141). No entanto, essa posição não o impede de reconhecer a jurisprudência como fonte do direito: “se uma regra é, no fundo, a sua interpretação, isto é, aquilo que se diz ser o seu significado, não há como negar à Jurisprudência a categoria de *fonte do Direito*, visto como ao juiz é dado armar de obrigatoriedade aquilo que declara ser ‘de direito’ no caso concreto. O magistrado, em suma, interpreta a norma legal situado numa ‘estrutura de poder’, que lhe confere competência para converter em sentença, que é uma *norma particular*, o seu entendimento da lei” (REALE, *Lições preliminares...*, 2002, p. 169).

⁸³⁹ TORNAGHI, *Comentários ao Código...*, 1976, p. 22-23.

⁸⁴⁰ TARUFFO, *Legalità e giustificazione...*, 2001, p. 11.

⁸⁴¹ Eis a famosa passagem da obra de Montesquieu: “*Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n’en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*” (MONTESQUIEU, *De l’esprit des lois*, 1970, Livre XI, chapitre 6, p. 178).

⁸⁴² A sujeição do juiz à lei, no processo Europeu continental, é medida que progressivamente tomou corpo a partir da formação do Estado moderno, tendo como matriz as intervenções realizadas por Luís XIV. A propósito do tema, destaca-se artigo de Nicola Picardi: PICARDI, Nicola. *Introduzione Code Louis (Ordonnance Civile, 1667)*. In: GIULIANI, Alessandro (Coord.). *Testi e documenti per la storia del processo, Code Louis, T.1 Ordonnance Civile, 1667*. Milano: Giuffrè, 1996. p. IX-LII. Cf. *Idem...* A *thèse royale*, assentada nos princípios da separação dos poderes e da sujeição do juiz à lei, procurou rever os equilíbrios constitucionais e estabelecer, em particular, um redimensionamento das competências dos juízes em relação à atividade legislativa e administrativa do rei. Chega-se ao ponto de o *Code Louis*, a *Ordonnance Civile* de 1667, com o art. 7.º, vetar a interpretação da legislação real, tal como já havia pretendido Justiniano. A história confirma que mais essa tentativa restou fracassada, conforme destaca Nicola Picardi: “a verdade é que não é possível proibir ou limitar a interpretação judicial: esta acaba pela natureza das coisas com desbordar de qualquer barreira que se queira impor-lhe, como ficou demonstrado pelas experiências anteriores. A tentativa do *Code Louis* fica, todavia, como um exemplo significativo do projeto de impor *um modelo de legislação sem jurisdição* que representa a ruptura com o modelo do direito comum, solicitado pela oposta tentação de uma *jurisprudência sem legislação*. Estamos já na matriz da concepção do juiz ‘*bouche de la loi*’ e da interpretação ‘mecânica’ da lei” (*ibidem*, p. IX-LII).

⁸⁴³ ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, *Curso de processo civil...*, 2010, p. 127.

⁸⁴⁴ ÁVILA, *Teoria dos princípios...*, 2006, p. 33.

Sustenta-se, portanto, que a decisão judicial é um ato de reconstrução do direito: “a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados *núcleos de sentidos*, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual”⁸⁴⁵. Isso tudo se formaliza num processo de concretização: “obra de acomodação do geral ao concreto, a requerer incessante trabalho de adaptação e até de criação, mesmo porque o legislador não é onipotente na previsão de todas e inumeráveis possibilidades oferecidas pela inesgotável riqueza da vida”⁸⁴⁶.

Nesse procedimento, as decisões judiciais são a síntese da norma jurídica, geral e abstrata, e dos fatos do caso concreto. Sua decisão representa a “norma decisória”, à luz dos textos normativos e dos fatos pertinentes⁸⁴⁷, o que corresponde à concepção de Friedrich Müller acerca da interpretação⁸⁴⁸. O resultado de tal concretização é a reconstrução de uma norma jurídica concreta, cujo valor não decorre do fato de ter sido exteriorizada pelo juiz, mas sim por estar convincentemente fundamentada na forma de uma argumentação racional, que nasce vocacionada à expansão e à aplicação a casos futuros similares. Tem-se, assim, uma norma jurídica recriada, cuja origem remonta ao Poder Legislativo, mas que passa pelo

⁸⁴⁵ ÁVILA, *Teoria dos princípios...*, 2006, p. 33-34.

⁸⁴⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, 2010, p. 251.

⁸⁴⁷ GRAU, *Ensaio e discurso...*, 2006, p. XIII; ALVARO DE OLIVEIRA, *Teoria e prática...*, 2008, p. 133.

⁸⁴⁸ Como sabido, o método de Friedrich Müller, célebre professor da Universidade de Heidelberg, é concretista, tendo sua inspiração maior na tópica, conquanto a tenha modificado em parte. O seu esforço concentra-se em estruturar e racionalizar o processo de concretização da norma, para que a atividade interpretativa, aberta pela tópica, possa ficar vinculada mediante a racionalização metodológica, não se perdendo o teor de obrigatoriedade ou normatividade das disposições constitucionais. Trata-se de um jurista que desenvolveu a chamada “teoria estruturante do direito”, reconhecidamente pós-positivista, com ênfase na análise material do Direito, ao estruturar a geração do direito a partir das exigências do Estado de Direito, afastando-se das correntes formalistas, como a de Kelsen, por exemplo. Apresentadas essas considerações genéricas acerca da teoria de Müller, cumpre destacar a seguinte passagem da sua obra quanto ao transcurso da concretização: “O jurista, que precisa solucionar um caso do direito constitucional, parte, bem como em outras áreas do direito, das circunstâncias de fato, i.e., do tipo legal, que ele formula profissionalmente. Com esses traços distintivos ele constrói a partir do conjunto de textos da constituição hipóteses sobre o texto da norma, que ele pode considerar ‘provavelmente pertinentes’ segundo o seu conhecimento especializado. Dessas hipóteses ele chega aos fatos genéricos empiricamente vinculados a elas (ao lado dos fatos individuais do caso). O conjunto desses fatos genéricos, o *âmbito material* [*Sachbereich*], ele reduz, via de regra, de trabalho ao *âmbito do caso* [*Falbereich*], por razões de economia. Com ajuda de todos os elementos de trabalho que são, num primeiro momento, de natureza lingüística, i.e., com ajuda dos dados lingüísticos, ele elabora o programa da norma. Na medida em que os dados reais do âmbito material ou do âmbito do caso (ainda) são relevantes diante do programa da norma e compatíveis com ele, eles constituem o *âmbito da norma* [*Normbereich*]. O jurista interliga então o programa e o âmbito da norma na norma jurídica formulada genericamente (‘em um caso como este [...]’) – expressa nas frases que formulam os argumentos determinantes (*Leitsätze*) nos considerandos da decisão. Essa norma jurídica ele individualiza num último passo na direção da norma decisória (a parte dispositiva da sentença, o teor; por exemplo ‘A lei é inconstitucional’; ‘A medida não viola o direito fundamental ‘x’; ‘O prazo previsto pela constituição não foi observado’)” (MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 152).

caminho de uma decisão, retornando posteriormente ao complexo social, com as particularidades da sua concretização.

Nesse aspecto, aproxima-se da clássica lição de Rudolf Jhering de que o direito existe para se realizar⁸⁴⁹. Em outras palavras, “não existe norma ou instituto jurídico que não deva sua origem a uma finalidade”⁸⁵⁰. A norma jurídica é produzida para ser aplicada a um caso concreto. Na ocorrência de conflito, cabe ao Poder Judiciário, por excelência, a função de satisfazê-lo, o que expressa a “norma de decisão”, que, no decorrer da sua reutilização constante, é, em parte, condensada (formulada com vistas ao reconhecimento) e, em parte, confirmada (aproveitável também em outros casos)⁸⁵¹.

Logo, ao invés de oscilar entre dois extremos, de um lado, o ideal de conseguir que a realização da justiça consista tão somente na aplicação rígida de normas previstas de antemão, e de outro, a conveniência de solucionar cada caso de uma maneira justa e, para tanto, prescindir de tecnicismos e de soluções predeterminadas, o pensamento jurídico deve buscar o seu centro de gravidade mediante a valorização dos precedentes. Nessa perspectiva, as decisões judiciais equiparam-se às normas jurídicas⁸⁵², sendo a jurisprudência fonte de direito⁸⁵³, fruto não apenas da atividade do juiz senão resultado de uma cooperação com os sujeitos interessados⁸⁵⁴, os quais são admitidos a participar e influir efetivamente no teor dos resultados⁸⁵⁵.

Na atualidade, o caráter normativo dos precedentes torna-se mais evidente nas decisões dos juízes que concretizam normas abertas ou conceitos indeterminados, próprios de

⁸⁴⁹ JHERING, Rudolf. *L'esprit du droit romain*, III, p. 16 *apud* ALVARO DE OLIVEIRA, *Teoria e prática...*, 2008, p. 125.

⁸⁵⁰ GRAU, *Ensaio e discurso...*, 2006, p. XIX.

⁸⁵¹ LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. Trad. de Peter Naumann. *Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 49, p. 149-168, jul. 1990. p. 163.

⁸⁵² CADOPPI, *Il valore del precedente...*, 2007, p. 72.

⁸⁵³ Lenio Luiz Streck refere: “Viu-se que a jurisprudência resulta do Direito estabelecido pelas decisões uniformes dos órgãos judiciários. Atua, por conseguinte, como norma aplicável a todos os casos análogos. Pode-se dizer, então, que a jurisprudência é fonte por duas razões: uma, porque influencia na produção de normas individuais; outra, porque participa da produção do fenômeno normativo, apesar de sua maleabilidade” (STRECK, *Súmulas no direito...*, 1998, p. 84-85).

⁸⁵⁴ Richard A. Posner considera, na sua análise econômica do Direito, que os precedentes formam um produto integrante do “estoque de capital” (*capital stock*), do qual os potenciais litigantes se valem para obter informações sobre suas obrigações. Nessa análise, Posner destaca que os precedentes são fruto do trabalho conjunto desempenhado pelos advogados e juizes na argumentação jurídica e nas decisões (POSNER, *Economic...*, 2007, p. 584).

⁸⁵⁵ DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 2005, p. 237.

um novo perfil normativo⁸⁵⁶. Nessas hipóteses, as decisões judiciais tornam-se normas jurídicas aplicadas, superando valores exclusivamente individuais⁸⁵⁷. As decisões judiciais, ao concretizarem a norma jurídica, criam expectativas normativas que não podem ser simplesmente desconsideradas.

Com efeito, o poder reconstrutivo do juiz no que se refere à lei é realizado comumente nas seguintes hipóteses: a) esclarecimento e complemento do texto normativo; b) supressão de antinomias; c) adaptação do direito à evolução dos fatos. Em todos esses casos, parte-se do reconhecimento de que a jurisprudência, de um modo amplo, e os precedentes em particular, consistem, sim, em fonte do Direito⁸⁵⁸. Corresponde, em última análise, ao que Nelson Nery Jr. intitula de jurisprudência criadora: “os magistrados aplicam o direito exercendo a jurisprudência criadora (*Richterrecht*) de três maneiras possíveis: a) função judicial concretizante (*gesetzeskonkretisierendes Richterrecht*); b) função judicial supletiva da lei (*gesetzesvertretendes Richterrecht*); c) função judicial corretiva ou concorrente com a lei (*gesetzeskorrigierendes* ou *gesetzkonkurrierendes Richterrecht*)”⁸⁵⁹. Para explicar cada uma dessas funções, o autor ressalta: “Na primeira dessas funções o juiz interpreta e aplica ao caso concreto os conceitos legais indeterminados e as cláusulas gerais (função social da propriedade, do contrato, da empresa; boa-fé objetiva etc.), dando-lhes concretude. Na segunda, sua presença tem caráter normativo, como ocorre com as proferidas nos dissídios coletivos trabalhistas. Na terceira forma, a decisão judicial atua de forma a corrigir as imperfeições, incorreções e desconformidade da lei com o sistema, interpretando-a, como acontece, por exemplo, nas decisões sobre controle – concreto e abstrato – de constitucionalidade das leis e atos normativos”⁸⁶⁰.

Cumprido destacar que esse poder reconstrutivo não equipara a prestação jurisdicional à atividade desempenhada pelo legislador. A jurisprudência não tem o condão de criar sozinha a norma, mas é inegável a sua participação na configuração final da norma

⁸⁵⁶ Para uma análise aprofundada acerca dos conceitos jurídicos indeterminados, inclusive a sua diferença frente às cláusulas gerais, indica-se a obra de Karl Engisch (ENGISH, *Introdução ao pensamento jurídico*, 1988, p. 208-255).

⁸⁵⁷ CADOPPI, *Il valore del precedente...*, 2007, p. 49.

⁸⁵⁸ ALPA, Guido. *I precedenti: la formazione giurisprudenziale del diritto civile*. Con la collaborazione di Pietro Maria Putti *et al.* Torino: UTET, 2000. v. 1. p. 10; BRUTAU, *A jurisprudência...*, 1977, p. 236; PAULSEN; ÁVILA; SLIWKA, *Segurança jurídica...*, 2006, p. 80.

⁸⁵⁹ NERY JUNIOR, *Boa-fé objetiva...*, 2008, p. 81.

⁸⁶⁰ *Ibidem*, p. 81.

aplicada⁸⁶¹. Em estudo clássico sobre o tema, Mauro Cappelletti ressalta que há semelhanças entre essas atividades. Ao referir-se aos juízes, o jurista italiano ressalta: “Efetivamente, eles são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar *ex novo* o direito. Isto não significa, porém, que sejam legisladores. Existe realmente, como me proponho a agora demonstrar, essencial diferença entre os processos legislativo e jurisdicional”⁸⁶².

As diferenças residem nos limites a serem observados⁸⁶³. No plano processual, o juiz atua sobretudo com imparcialidade, conforme ressalta o jurista italiano: “o que realmente faz o juiz ser juiz e um tribunal um tribunal, não é a sua falta de criatividade (e assim a sua passividade no plano substancial), mas sim (a sua passividade no plano processual, vale dizer) *a*) a conexão da sua atividade decisória com os ‘*cases and controversies*’ e, por isso, com as partes de tais casos concretos, e *b*) a atitude de *imparcialidade* do juiz, que não deve ser chamado para decidir *in re sua*, deve assegurar o direito das partes a serem ouvidas (*‘fair hearing’*), [...] e deve ter, de sua vez, grau suficiente de *independência* em relação às pressões externas e especialmente àquelas provenientes dos ‘poderes políticos’ ”⁸⁶⁴. Além disso, no plano processual, o juiz está obrigado a fundamentar a sua decisão, com vistas a possibilitar o controle do pronunciamento judicial pelas partes e pela sociedade, dever ao qual o legislador não está sujeito.

⁸⁶¹ KEMMERICH, Clóvis Juarez. *Alteração jurisprudencial para o futuro no direito brasileiro*. Porto Alegre, 17 jan. 2008. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/00alteracao_CJ.php>. Acesso em: 23 abr. 2010.

⁸⁶² Mauro Cappelletti complementa: “Certamente, do ponto de vista *substancial*, tanto o processo judiciário quanto o legislativo resultam em criação do direito, ambos são ‘*law-making processes*’. Mas diverso é o *modo*, ou se se prefere o *procedimento* ou *estrutura*, desses dois procedimentos de formação do direito, e cuida-se de diferença que merece ser sublinhada para se evitar confusões e equívocos perigosos” (CAPPELLETTI, *Juízes legisladores*, 1993, p. 74).

⁸⁶³ René David ressalta: “Entre regras de direito jurisprudencial e regras de direito formuladas pelo legislador existem, em todo o caso, duas importantes diferenças. A primeira diz respeito à importância relativa, num dado sistema, de umas e outras. A jurisprudência move-se dentro de quadros estabelecidos para o direito pelo legislador, enquanto a atividade do legislador visa precipuamente estabelecer estes quadros. O alcance do direito jurisprudencial é, por isto, limitado, sendo a situação nos países da família romano-germânica, neste aspecto, exatamente o inverso da que é admitida nos países de *common law*. As “regras de direito” estabelecidas pela jurisprudência, em segundo lugar, não têm a mesma autoridade que as formuladas pelo legislador. São regras frágeis, suscetíveis de serem rejeitadas ou modificadas a todo o tempo, no momento do exame duma nova espécie. A jurisprudência não está vinculada pelas regras que ela estabeleceu; ela não pode mesmo invocá-las, de modo geral, para justificar a decisão que vai proferir” (DAVID, *Os grandes sistemas...*, 2002, p. 150-151). Para um exame da distinção entre legislação e jurisprudência, ver ainda LUHMANN, *A posição dos tribunais...*, 1990, p. 149-168.

⁸⁶⁴ CAPPELLETTI, *Juízes legisladores*, 1993, p. 74-75.

Desse modo, é ilusório pensar que o Poder Legislativo é o único artífice da norma, pois o juiz inevitavelmente determina o seu alcance ao aplicá-la, o que não deixa de representar uma mudança de conteúdo e sentido. Na verdade, as atividades do legislador e do juiz se complementam e se harmonizam, pois a norma, ao partir da sua generalidade contida no texto, assume a individualidade do precedente ao tornar-se concreta no caso individual, a ponto de uma não poder prescindir da outra⁸⁶⁵. Desse modo, não há que se falar em ausência de legitimidade democrática por parte dos juízes para “criar” direito nos limites do exercício da função jurisdicional⁸⁶⁶.

Portanto, o Direito é fruto de um razoável processo de ajuste interpretativo, que se mantém constante, independentemente de modificações legislativas. Essa função de formação e aperfeiçoamento do Direito é própria da jurisprudência, como a concebe a doutrina clássica⁸⁶⁷. Logo, não se pode perder de vista que as atividades legislativas e jurisdicionais convivem desde muito tempo, não sendo possível dividir, de modo preciso, o trabalho do legislador e o do juiz: ambos devem cooperar e criar a regra mais adequada à solução dos problemas⁸⁶⁸. No entanto, é inevitável reconhecer, com o passar do tempo, o aumento de poderes do Judiciário frente ao Legislativo, o que levou Nicola Picardi a destacar a vocação do sec. XXI à jurisdição⁸⁶⁹.

Daí por que se pode dizer que cada decisão judicial é o resultado da concretização da norma vinculante no caso concreto, um juízo composto de uma hipótese e de

⁸⁶⁵ BENETI, Doutrina de precedentes..., 2006, p. 473.

⁸⁶⁶ FERRERES COMELLA; XIOL RÍOS, *El carácter vinculante...*, 2009, p. 67.

⁸⁶⁷ Senão vejamos a lição de Carlos Maximiliano: “Perante a própria corrente *histórico-evolutiva*, em maioria absoluta no campo da Hermenêutica, aparece a jurisprudência como elemento de formação e aperfeiçoamento do Direito. Preenche as lacunas, com o auxílio da analogia e dos princípios gerais. É um verdadeiro suplemento da legislação, enquanto serve para a integrar nos limites estabelecidos; instrumento importantíssimo e autorizado de Hermenêutica, traduz o modo de entender e aplicar os textos em determinada época e lugar; constitui assim uma espécie de *uso* legislativo, base do Direito Consuetudinário, portanto. O sistema jurídico desenvolve-se externamente por meio da lei, e internamente pela secreção de novas regras, produto da exegese judicial das disposições em vigor. [...] O estudo dos arestos serva [*sic*] também ao progresso, de outro modo: prepara as reformas legislativas. Não raro, o tribunal, embora se conforme com a norma escrita, lhe aponta os defeitos, deplora ter de julgar a favor do texto e contra o Direito ou a equidade. A jurisprudência demonstra porque a letra antiga não pode mais adaptar-se às exigências sociais do presente” (MAXIMILIANO, *Hermenêutica...*, 1951, p. 219-220).

⁸⁶⁸ ALPA, *I precedenti...*, 2000, p. 12.

⁸⁶⁹ Nicola Picardi ressalta, com propriedade, a vocação do nosso tempo à jurisdição. Destaca o processualista italiano que, enquanto no séc. XIX Savigny ressaltava a vocação do seu tempo à legislação e à ciência jurídica, no séc. XX passamos ao tempo da vocação à codificação, num primeiro momento, e, ao final do período, já para o caminho inverso, da descodificação, na conhecida expressão de Natalino Irti (PICARDI, *La vocazione...*, 2004, p. 41-42).

uma consequência. Cada decisão contém, assim, uma máxima ou critério interpretativo que pode servir de modelo aos juízes na decisão de casos similares. Caso venham a sê-lo, as decisões tornam-se precedentes e são utilizadas pelos órgãos judiciais como recurso para o correto conhecimento jurídico⁸⁷⁰. Mediante a sua aplicação, busca-se garantir os seus fundamentos. Ademais, os precedentes, consolidados em jurisprudência, acabam impondo ao legislador uma nova visão dos institutos jurídicos, forçando o processo de criação das leis na direção da orientação construída pelos tribunais⁸⁷¹. Desse modo, reconhece-se que a jurisprudência desempenha um importante papel de antecipar a intervenção legislativa, inovando o direito⁸⁷². Essa inovação, contudo, precisa estar adstrita aos limites do sistema jurídico, sob pena de estar sujeita ao controle exercido pelos tribunais superiores, quer por meio de recursos (especialmente extraordinários), quer por meio de ações autônomas⁸⁷³. Nesse sentido, a “decisão judicial pode revestir características *praeter legem* e eventualmente até *contra legem*. Nunca porém contrária ao Direito”⁸⁷⁴.

Por consequência, os precedentes são frutos dessa atividade judicial de concretização, sendo constituídos a partir da aplicação do direito ao caso concreto, permitindo-se a extração de uma regra a ser aplicada em casos similares futuros⁸⁷⁵. A constituição do precedente – cumpre destacar – pode ser consciente ou inconscientemente, pois é sempre o juiz do caso sucessivo que terá a missão de aplicá-lo ao caso presente, conforme examinado no capítulo terceiro. No entanto, o que não se discute é o caráter normativo dos precedentes, independentemente de se tratar de um sistema de *Common law* ou *Civil law*. Isso porque a existência do *stare decisis* não é condição necessária para o seu reconhecimento normativo, tanto que somente no final do século XIX o *stare decisis* passou a ser observado⁸⁷⁶, conforme restou destacado.

⁸⁷⁰ LARENZ, *Metodologia...*, 1989, p. 524.

⁸⁷¹ STRECK, *Súmulas no direito...*, 1998, p. 86.

⁸⁷² ALPA, *I precedenti...*, 2000, p. 12. Na realidade brasileira, Maria Helena Diniz fornece alguns exemplos de como a jurisprudência chega até mesmo a antecipar a tarefa legislativa, como ocorreu, por exemplo, “no que atina à retomada do imóvel pelo compromissário comprador, que começou a ser uniformemente admitida por juízes e por tribunais e, afinal, foi consagrada pela Lei 1.300/50; no que concerne ao *habeas corpus*, pois o Supremo Tribunal Federal impediu, por meio dele, durante o estado de sítio, o degredo para lugares desertos ou insalubres, decisão esta que recebeu acolhida no art. 175, § 1.º, da Constituição de 1934” (DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 270).

⁸⁷³ WAMBIER, *Recurso especial...*, 2008, p. 133.

⁸⁷⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, 2010, p. 283.

⁸⁷⁵ Note-se que essa vinculação ao caso concreto faz com que a generalidade e a abstração da *ratio decidendi* sejam inferiores ao que se verifica com a lei (MATTEI, *Precedente...*, 1996, p. 148).

⁸⁷⁶ SHAHABUDEEN, *Precedent in the World Court*, 2007, p. 106.

Ora, se o Poder Judiciário altera a sua decisão, escolhendo alternativa diversa em razão do leque de significados dos signos que compõem o ordenamento jurídico, reconstrói a norma, específica e determinada⁸⁷⁷. Parece evidente que, se a atividade jurisdicional é, de alguma forma, constitutiva do direito, deve haver alguns limites, sob pena de a decisão restar arbitrária⁸⁷⁸. Resta evidente, desse modo, que o importante não é o poder em si, senão o controle do exercício desse poder⁸⁷⁹. Portanto, o problema real e concreto, em vez de ser a criatividade judicial, é a medida de tal criatividade, devendo ser estabelecidas certas restrições, à medida que haja uma tendência de revalorizar o momento jurisprudencial do direito. Esse é o verdadeiro problema, ou seja, “o do *grau de criatividade* e dos *modos, limites e aceitabilidade* da criação do direito por obra dos tribunais judiciários”⁸⁸⁰.

Como se sabe, com o declínio do positivismo clássico no final do século XIX⁸⁸¹, a fonte normativa sofreu mudança significativa, em função do dinamismo social até então não ocorrente. Com a finalidade de tornar a legislação adaptável às situações concretas, ou para mantê-la atual frente ao passar do tempo e às mudanças sociais, foram previstas margens de abertura. As regras estritas previstas na lei passaram a conviver com outras normas e fórmulas, tais como os princípios, conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais⁸⁸². A aplicação do

⁸⁷⁷ DERZI, *Modificações...*, 2009, p. 189.

⁸⁷⁸ TARUFFO, *Legalità e giustificazione...*, 2001, p. 15.

⁸⁷⁹ Nicola Picardi destaca: “À metade do século passado, Karl R. Popper já asseverava que o dilema de fundo não é ‘quem deve comandar’, mas ‘como se controla quem comanda’. Não é tão importante o poder, e as suas formas de legitimação, quanto o controle do exercício do poder” (PICARDI, *La vocazione...*, 2004, p. 42).

⁸⁸⁰ CAPPELLETTI, *Juízes legisladores*, 1993, p. 21, 103.

⁸⁸¹ Uma das razões do fracasso do projeto positivista foi a tentativa de propor um conceito unidimensional do direito, tentando reduzi-lo à esfera normativa. “Já se tornou um patrimônio do pensamento jurídico universal a idéia de que o direito é um fenômeno complexo, que envolve não somente normas, mas fatos e valores e, portanto, não somente a validade, mas também a justiça e a eficácia ‘concorrem à formação da noção de direito’ e ‘quem quer compreender a experiência jurídica nos seus vários aspectos deve levar em conta que essa é aquela parte da experiência humana cujos elementos constitutivos são ideais de justiça a realizar, instituições normativas para realizá-los, ações e reações dos homens face àqueles ideais e a essas instituições’” (BARZOTTO, *O positivismo jurídico...*, 1999, p. 146).

⁸⁸² O Código Civil brasileiro recorre constantemente a normas dessa natureza (v. g., arts. 317, 413, 421, 422, 478 e 944). Para uma ampla verificação de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, indica-se o compêndio apresentado por Judith Martins-Costa, (MARTINS-COSTA, *A boa-fé...*, 1999, p. 314-315). Em suma, os conceitos são vagos ou indeterminados quando o seu conteúdo não expressa linguisticamente comunicações claras, por polissemia, vaguidade, ambiguidade, porosidade ou esvaziamento, circunstância que acaba por comportar mais de uma interpretação, cuja correção deve ser resolvida à luz de critérios jurídicos (MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, 1984, p. 1176-1181). São exemplos de conceitos indeterminados: *fumus boni iuris*, *periculum in mora*, verossimilhança etc. Por sua vez, as cláusulas gerais são expressas em normas que também possuem abertura e apresentam mobilidade. Têm, entretanto, as cláusulas gerais vocação mais ampla dos que os conceitos indeterminados, incorporando princípios, diretrizes e máximas de conduta, os quais, no seu conjunto, definem valores e parâmetros hermenêuticos. As funções das cláusulas gerais, por conseguinte, podem ser definidas como regra de intergração hermenêutica, fonte criativa de direitos e deveres jurídicos e limite ao exercício de direitos subjetivos. Por isso, considera-se que as cláusulas gerais sejam mais importantes do que os conceitos jurídicos indeterminados, não no sentido formal, mas no semântico, na medida em que desempenham papel de vetores interpretativos para as demais normas postas que versam sobre a

direito passou a ser eminentemente tópica, sendo juízo uma atividade do ofício da prudência no caso concreto⁸⁸³.

Essa nova concepção do direito “acarretou uma diminuição do valor da segurança, contribuindo para reduzir a previsibilidade quanto ao desenvolvimento do processo e ao julgamento da lide”⁸⁸⁴. Isso porque a própria fixação do conteúdo normativo dependerá, em grande medida, da função do intérprete. Conseqüentemente, houve um aumento de insegurança da sociedade e dos juristas, expondo uma “fragilização não virtuosa” do direito positivo⁸⁸⁵.

Assim, descortina-se um campo de imprevisível extensão para o surgimento de distintas posições interpretativas, considerando-se a mobilidade e a flexibilização da norma jurídica inerentes aos conceitos indeterminados e às cláusulas gerais. Na tópica, o problema já é um limite a ser respeitado pelo intérprete. A interpretação não se volta mais à vontade do legislador ou da lei, como ocorria outrora na hermenêutica formalista, mas sim à vontade do intérprete ou do juiz. É uma realidade, no mínimo, preocupante, pois pode representar um retorno puro e simples a uma interpretação subjetivista, proferida pelos sistemas autoritários⁸⁸⁶.

Não se pode ignorar, outrossim, que essa explosão subjetivista de interpretação também é fruto do caráter pluralista da sociedade contemporânea e da chamada sociedade parcial, formada por juristas e operadores do Direito. Estes assumem “pontos de vista” distintos que inevitavelmente se refletem na sua atuação. O problema acentua-se diante da contínua novidade provocada pela evolução da ciência, da técnica e da economia. A falta de certeza na aplicação do direito não é propriamente um resultado da má disposição mental dos juristas, mas sim fruto da carência de um único e seguro “horizonte de expectativa” frente aos princípios e valores, o que compromete a compreensão da generalidade. Por isso, os caminhos da jurisprudência acabam bifurcando-se, prejudicando a identificação da orientação principal e das orientações dissidentes⁸⁸⁷.

mesma matéria. São exemplos de cláusula geral: função social da propriedade, função social do contrato, a boa-fé objetiva etc. (MARTINS-COSTA, *A boa-fé...*, 1999, p. 324-328).

⁸⁸³ OLLERO, *Igualdad...*, 2005, p. 94.

⁸⁸⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, *Os direitos fundamentais...*, 2008, p. 15.

⁸⁸⁵ KNIJNIK, *O recurso especial...*, 2005, p. 49; ZANETI JÚNIOR, *Processo constitucional...*, 2007, p. 251.

⁸⁸⁶ BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, 2009, p. 477.

⁸⁸⁷ ZAGREBELSKY, *Il diritto míte...*, 1992, p. 201.

Nesse contexto, os precedentes desempenham um papel indispensável, pois ajudam a neutralizar a indeterminação das normas, mediante o preenchimento de questões afetas ao caso concreto. Juntamente com a doutrina jurídica e os cânones de interpretação, os precedentes oriundos da concretização dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais permitem superar a indeterminação das normas em seu sentido hermenêutico. Servem para aclarar o seu significado vago ou confuso e estabelecer critérios ou princípios que guiam a difícil tarefa de decidir, facilitando a aplicação do direito⁸⁸⁸. Com isso, os precedentes permitem diminuir a imprevisibilidade do modo e dos limites de preenchimento das normas de previsão genérica. Ademais, os precedentes surgem como instrumentos uniformizadores, para que os entendimentos adotados por diferentes órgãos judiciais sejam coordenados e aplicados com base em parâmetros que propiciem isonomia e coerência⁸⁸⁹.

Portanto, é chegado o momento de admitir-se que a lei, com a sua estrita aplicação pelos juízes, não basta para garantir a segurança de que o cidadão precisa para viver em liberdade e igualdade. É preciso assegurar precedentes que definam as interpretações possíveis. Uma vez assentados os precedentes, é preciso estabelecer critérios orientadores da sua interpretação. Somente assim o cidadão terá segurança e previsibilidade no trato das relações sociais⁸⁹⁰.

⁸⁸⁸ GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. Trad. John Farrell. Albany: State University of New York Press, 1993. p. 275.

⁸⁸⁹ A indeterminação das normas, nos dias atuais, exige otimização da doutrina dos precedentes, conforme pondera Luís Roberto Barroso: “Existe, ainda, uma outra razão de grande relevância a inspirar a idéia de um respeito mais amplo e profundo aos precedentes judiciais. É que a interpretação jurídica, nos dias atuais, está longe de ser compreendida como uma atividade mecânica de revelação de conteúdos integralmente contidos nos textos legislativos. Especialmente quando eles se utilizam de termos polissêmicos, de conceitos jurídicos indeterminados ou de princípios gerais. Nessas situações, o intérprete desempenha o papel de co-participante do processo de criação do Direito, dando sentido a atos normativos de textura aberta ou fazendo escolhas fundamentadas diante das possibilidades de solução oferecidas pelo ordenamento. Por esse motivo, boa parte da doutrina contemporânea tem sustentado a distinção entre *enunciado normativo* – isto é, o texto, o relato abstrato contido no dispositivo – e *norma*, entendida como o produto da decisão do enunciado a uma situação concreta” (BARROSO, *O controle...*, 2009, p. 80-81).

⁸⁹⁰ Luiz Guilherme Marinoni faz o devido registro: “Quando se ‘descobriu’ que a lei é interpretada de diversas formas, e, mais visivelmente, que os juízes de *civil law* rotineiramente decidem de diferentes modos os “casos iguais”, curiosamente não se abandonou a suposição de que a lei é suficiente para garantir a segurança jurídica. Ora, ao se tornar incontestável que a lei é interpretada de diversas formas, fazendo surgir distintas decisões para casos iguais, deveria ter surgido, ao menos em sede doutrinária, a lógica e inafastável conclusão de que a segurança jurídica apenas pode ser garantida frisando-se a igualdade perante as decisões judiciais, e, assim, estabelecendo-se o dever judicial de respeito aos precedentes” (MARINONI, *Aproximação crítica...*, 2009, p. 231).

De fato, o reconhecimento de que é intrínseco, em todo ato de interpretação, certo grau de criatividade não pode ser confundido com a liberdade do intérprete ou algo que se pareça com as ideias da escola do Direito livre. O fato de o juiz ter a possibilidade de escolher uma entre as decisões possíveis representa apenas relativa liberdade⁸⁹¹, e não arbitrariedade, bastando ter presente que o direito é preexistente ou, no mínimo, complementado à constituição em que o juiz vem a operar. Por isso, os sistemas jurídicos contemporâneos procuraram estabelecer e aplicar certos limites e controles à liberdade judicial, tanto processuais como materiais⁸⁹².

Disso tudo, conclui-se que o precedente judicial tem caráter normativo-aplicativo, pois ocupa um lugar destacado entre os argumentos à disposição do juiz para justificar as suas decisões, inclusive nos sistemas continentais. Ainda que não seja formalmente vinculante, o precedente tem força e efeito, o que se torna evidente no sistema de recursos, principalmente perante os tribunais superiores, em razão da sua autoridade frente aos demais órgãos jurisdicionais⁸⁹³.

4.5 Precedente como técnica processual na perspectiva do formalismo-valorativo

É consenso atualmente que o processo civil deve viabilizar a proteção do direito material, assegurando a efetiva tutela dos direitos⁸⁹⁴. Portanto, processo não é considerado somente forma ou mera técnica, resultado de uma concepção metodológica

⁸⁹¹ Evita-se utilizar a palavra *discricionariade*, originada do Direito Administrativo, pois dá ideia de impossibilidade de controle da decisão do juiz, tal como ocorre em face do administrador, que, dentro dos limites legais, pode escolher a decisão a ser tomada. Conforme destaca Teresa Arruda Alvim Wambier, “a liberdade do juiz em decidir não se confunde, em hipótese alguma, com aquela que existe quando se exerce o poder que se convencionou chamar de discricionário na esfera da Administração Pública. Para o magistrado há, nesses casos, em que habitualmente a doutrina assevera que estaria exercendo poder discricionário, *liberdade para chegar à decisão correta, que é uma só, em face de certo caso concreto*” (WAMBIER, *Recurso especial...*, 2008, p. 193).

⁸⁹² CAPPELLETTI, *Juizes legisladores*, 1993, p. 23-24; CHIARLONI, *Ruolo della giurisprudenza...*, 2002, p. 3.

⁸⁹³ Desse modo, “a própria jurisprudência vai assumir, assim, um papel diferenciado, elevando as Cortes Superiores no plano das fontes do direito. Assim, já não se poderá dizer, efetivamente, que o Superior Tribunal de Justiça simplesmente ‘declare’ a solução mais adequada para determinados casos ou assuntos submetidos à sua jurisdição. Em realidade, ele também estará criando ou adicionando algo de novo do ponto de vista da formulação das regras jurídicas. Assim, o *precedente judiciário*, à vista da legislação moderna, assume um papel decisivo” (KNIJNIK, *O recurso especial...*, 2005, p. 54).

⁸⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 145.

conhecida por “conceitualista” ou “autonomista”, correspondente ao período do “processualismo”. É exercício de poder, baseado nos valores e princípios constitucionais por ele incorporados. Desse modo, justifica-se pela ideologia que o orienta e direciona-se aos fins almejados: justiça do caso concreto e pacificação social⁸⁹⁵.

Genericamente, técnica significa “a predisposição ordenada de meios destinados a obter resultados. Toda técnica, por isso, é eminentemente instrumental, no sentido de que só se justifica em razão da existência de alguma finalidade a cumprir e de que deve ser instituída e praticada com vistas à plena consecução da finalidade”⁸⁹⁶. Já a técnica jurídica “visa ao conjunto dos meios e procedimentos para garantir a realização das finalidades gerais ou particulares do direito”⁸⁹⁷. Em última análise, são os instrumentos concretos destinados a realizar as necessidades do direito material.

Especificamente, a técnica processual representa “a predisposição ordenada de meios destinados à realização dos escopos processuais”⁸⁹⁸. Trata-se, como se percebe, de conceituação teleológica da técnica voltada à compreensão e ao correto emprego dos meios que compõem o seu mecanismo⁸⁹⁹.

Quanto aos seus fins, José Roberto dos Santos Bedaque destaca: “A técnica processual tem dois grandes objetivos: a) conferir segurança ao instrumento, no sentido de proporcionar absoluta igualdade de tratamento aos sujeitos parciais do processo, possibilitando-lhes influir substancialmente no resultado; b) garantir seja a tutela jurisdicional, na medida do possível, resposta idêntica à atuação espontânea da regra de direito material, quer do ponto de vista da justiça da decisão, quer pelo ângulo da tempestividade”⁹⁰⁰.

⁸⁹⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, *Teoria e prática...*, 2008, p. 95-96. Busca-se, assim, atender tanto ao interesse particular das partes como ao interesse público na eliminação de conflitos. Trata-se de duas faces da justiça, as quais, dependendo da ideologia predominante, podem sobrepor-se uma a outra. O ideal, no entanto, é encontrar uma posição intermédia, na qual os dois objetivos são alcançados harmonicamente. Ilustrativamente, Mirjan R. Damaška propõe um equilíbrio entre duas concepções ideológicas de Estado, isto é, entre o “Estado reativo”, cujo escopo do processo está orientado à resolução de conflitos, com uma interferência mínima por parte do juiz, e o “Estado ativo”, cujo escopo, diferentemente, está na atuação de escolhas políticas expressas no ordenamento jurídico, outorgando-se ao juiz amplos poderes (DAMAŠKA, *I volti della giustizia...*, 2005, p. 133-161).

⁸⁹⁶ DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 2005, p. 273-274.

⁸⁹⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, 2010, p. 170-171; ALVARO DE OLIVEIRA, *Teoria e prática...*, 2008, p. 78.

⁸⁹⁸ DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 2005, p. 275.

⁸⁹⁹ *Op. cit.*, p. 275.

⁹⁰⁰ BEDAQUE, *Efetividade do processo...*, 2007, p. 77-78.

À ciência processual fica reservado o papel de sistematizar as técnicas processuais, não como mero ordenamento de atividades, senão como “ferramenta de natureza pública indispensável para a realização de justiça e pacificação social”⁹⁰¹. O objetivo é “assegurar o justo processo, ou seja, aquele desejado pelo legislador ao estabelecer o modelo constitucional ou devido processo constitucional”⁹⁰². “Toda técnica será cega e até perigosa se não houver a consciência dos objetivos a realizar, mas também seria estéril e de nada valeria a definição de objetivos sem a predisposição de meios técnicos capazes de promover sua realização”⁹⁰³.

Portanto, sabe-se “o que” fazer, isto é, buscar a justiça do caso concreto e a pacificação social. Agora é necessário definir “como” fazê-lo. É justamente aqui que se inserem as teses da instrumentalidade do processo e do formalismo-valorativo, dois marcos doutrinários contemporâneos que não podem ser olvidados⁹⁰⁴.

Cândido Rangel Dinamarco é o mentor daquilo que foi chamado de “instrumentalidade do processo”, ou seja, a concepção de que o direito processual civil como um todo e o processo civil em particular só podem ser concebidos e entendidos como instrumentos do exercício do poder pelo próprio Estado. Consagra-se, assim, a constatação de que o processo não constitui fim em si mesmo, na ideia de seu caráter essencialmente instrumental. Cuida-se da afirmação do processo como *instrumento ético* e não meramente técnico, tendo escopos a alcançar, tais como sociais (pacificação com justiça, educação do povo), políticos (liberdade dos cidadãos, participação dos atores sociais, afirmação da autoridade do Estado e do seu ordenamento) e jurídico (atuação da vontade concreta do direito)⁹⁰⁵.

⁹⁰¹ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, 2010, p. 96.

⁹⁰² BEDAQUE, *Efetividade do processo...*, 2007, p. 26.

⁹⁰³ DINAMARCO, *Instituições...*, 2009, v. 1, p. 61.

⁹⁰⁴ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 27.

⁹⁰⁵ A propósito, Cândido Rangel Dinamarco ressalta: “Dos escopos do processo, o jurídico é que, justamente por ser *prima facie* técnico, mais se presta a considerações de ordem técnica e mais influências projeta sobre a técnica processual. Isso não significa reconhecer ou pressupor a natureza exclusivamente técnica do processo, como instrumento sem conotações éticas ou deontológicas e desligado da escala axiológica da nação e do Estado. Ele é instrumento e é técnico, mas pelo canal da sua instrumentalidade jurídica social e política recebe os influxos do clima cultural que o envolve, tanto como o direito substancial” (DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 2005, p. 267).

A visão instrumentalista do processo civil, entendido como a expressão resumida do próprio sistema processual, é de inegável valor e contribuição para sua humanização, especialmente por reconhecer a pacificação com justiça, como o objetivo a ser alcançado e, a partir daí, permitir a criatividade judicial e a quebra da rigidez formal do processo. O lado negativo da instrumentalidade do processo corresponde “à negação do processo como valor em si mesmo e repúdio aos exageros processualísticos a que o aprimoramento da técnica pode insensivelmente conduzir”. Já o endereçamento positivo “conduz à idéia de *efetividade do processo*, entendida como capacidade de exaurir os objetivos que o legitimam no contexto jurídico-social e político”⁹⁰⁶.

No raciocínio instrumental, o ideal é colocar a técnica processual a serviço do direito material e dos fins últimos do processo⁹⁰⁷, exigindo-se do processo um instrumento mais efetivo⁹⁰⁸. Por isso, Cândido Rangel Dinamarco “considera pobre e insuficiente a indicação do processo como mera técnica instrumentalmente conexa ao direito material. Ele é uma técnica, sim, mas técnica que deve ser informada pelos objetivos e ideologias revelados na ciência processual e levada a efeito com vista à efetivação do valor do justo. Conjuntamente com o próprio direito substancial, o processo é instrumentalmente conexo ao supremo objetivo de pacificar com justiça”⁹⁰⁹.

O formalismo-valorativo, como proposta metodológica que modifica o pensamento jurídico processual na atualidade, foi concebido por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, na sua obra *Do formalismo no processo civil*. Parte da perspectiva de que o processo é produto do homem, da sua cultura⁹¹⁰ formada por valores decorrentes da experiência

⁹⁰⁶ DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 2005, p. 325, 326, 391.

⁹⁰⁷ BEDAQUE, *Efetividade do processo...*, 2007, p. 59.

⁹⁰⁸ É elucidativa a seguinte passagem da obra de Kazuo Watanabe quanto a essa mudança de perspectiva: “Do conceptualismo e das abstrações dogmáticas que caracterizam a ciência processual e que lhe deram foros de ciência autônoma, partem hoje os processualistas para a busca de um instrumento mais efetivo do processo, dentro de uma ótica mais abrangente e mais penetrante de toda a problemática sócio-jurídica. Não se trata de negar os resultados alcançados pela ciência processual até esta data. O que se pretende é fazer dessas conquistas doutrinárias e de seus melhores resultados um sólido patamar para, com uma visão crítica e mais ampla da utilidade do processo, proceder ao melhor estudo dos institutos processuais – prestigiando ou adaptando ou reformulando os institutos tradicionais, ou concebendo institutos novos -, sempre com a preocupação de fazer com que o processo tenha plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos. É a tendência ao *instrumentalismo* que se denominaria de *substancial* em contraposição ao instrumento meramente nominal ou formal” (WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 20-21).

⁹⁰⁹ DINAMARCO, *Instituições...*, 2009, v. 1, p. 63.

⁹¹⁰ “Segundo a original elaboração de Rickert, além de constituir elemento de ligação entre os mundos do ser e do dever-ser, a cultura ‘é o complexo rico e multifacetado reino da *criação* humana, de tudo aquilo que o

humana⁹¹¹, “base axiológica a partir da qual ressaem *princípios, regras e postulados* para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação”⁹¹². Trata-se, por conseguinte, de método de pensamento destinado a concretizar valores constitucionais na estrutura interna do processo civil em face do caráter nitidamente instrumental do processo, a fim de alcançar os objetivos da jurisdição⁹¹³. Esses valores são determinantes não apenas da sua conformação interna, limitando as atividades dos sujeitos processuais, mas também orientadores dos objetivos a serem alcançados. O formalismo-valorativo constitui, portanto, a forma, em sentido amplo, ou seja, a própria estruturação e organização interna do processo por coordenar a atividade dos sujeitos processuais, atuando, de um lado, como garantia de liberdade do cidadão em face do eventual arbítrio dos órgãos jurisdicionais e, de outro, como anteparo aos excessos de uma parte em relação à outra⁹¹⁴.

Na realidade brasileira, o formalismo-valorativo surge com a Constituição de 1988, seguindo a orientação de um modelo constitucional de processo que fortalece o entendimento de processo cooperativo, com preocupações éticas e sociais: “O processo é visto, para além da técnica, como fenômeno cultural, produto do homem e não da natureza. Nele os valores constitucionais, principalmente o da efetividade e o da segurança, dão lugar a direitos fundamentais, como características de normas principais. A técnica passa ao segundo plano, como mero meio para atingir o valor. O fim último do processo já não é mais apenas a realização do direito material mas a concretização da justiça material, segundo as particularidades do caso. A lógica é argumentativa, problemática, da racionalidade prática. O juiz, mais do que ativo, deve ser cooperativo, como exigido por um modelo de democracia participativa e a nova lógica que informa a discussão judicial, idéias essas inseridas num novo conceito, o de cidadania processual”⁹¹⁵. Forma-se, assim, um “modelo cooperativo de processo, calcado na participação e no diálogo que devem pautar os vínculos entre as partes e

homem consegue arrancar à fria seriação do natural e do mecânico, animando as coisas com um sentido e um significado, e realizando através da História a missão de dar valor aos fatos e de humanizar, por assim dizer, a Natureza” (ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, 2010, p. 93).

⁹¹¹ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, 2010, p. 92.

⁹¹² ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, *Curso de processo civil...*, 2010, p. 16.

⁹¹³ A existência de valores a ponderar, na própria configuração interna do processo, é contribuição do formalismo-valorativo, porquanto o instrumentalismo concebe que os valores pertencem ao mundo do político e do social. É o que aponta Cândido Rangel Dinamarco: “É indispensável colher do mundo político e do social a essência dos valores ali vigorantes, seja para a interpretação das leis que temos postas, seja para com suficiente sensibilidade e espírito crítico chegar a novas soluções a propor” (DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 2005, p. 332).

⁹¹⁴ *Op. cit.*, p. 258.

⁹¹⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, 2010, p. 23.

o juiz”, o qual é pautado pela colaboração, próprio do Estado Constitucional de caráter democrático⁹¹⁶.

Desse modo, parte-se da premissa de que “o atual estágio do pensamento jurídico é *conscientemente valorativo*; é, *conscientemente*, aberto à captação e à compreensão dos valores dispersos da sociedade; é, conscientemente, *problemático*”⁹¹⁷. É, pois, afirmação de que a norma jurídica é o texto da lei interpretado e aplicado à luz dos fatos concretos. Da mesma forma, acentuam-se os poderes do juiz no processo, com a implementação de técnicas capazes de proporcionar ao jurisdicionado o efetivo acesso à ordem jurídica justa. Logo, o caráter instrumental do processo “não pode ser compreendido como mera técnica, mas, sim, como instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais”, de modo a “considerá-lo como direito constitucional aplicado”⁹¹⁸.

⁹¹⁶ MITIDIERO, *Colaboração no processo civil*, 2009, p. 77. Na sua tese de doutoramento, Mitidiero aponta três modelos de organização do processo, tendo por base determinados pressupostos sociais, lógicos e éticos: processos isonômico, assimétrico e cooperativo. Cada um desses modelos articula de modo diferente o problema da divisão do trabalho entre as pessoas em juízo, respondendo às condicionantes culturais. “O processo isonômico é concebido a partir de certa indistinção entre o indivíduo, a sociedade civil e o Estado, quadro social que acaba propiciando uma relação de paridade entre o indivíduo e o poder político. Os conflitos são resolvidos, nessa quadra, alcançando-se mão de uma racionalidade prática, assumindo a dialética papel central na busca da resolução dos problemas jurídicos. Ao contraditório é deferida a função de tornar possível o diálogo judicial. A conduta das partes é apreciada tendo em conta esquemas de boa-fé subjetiva. A busca pela verdade no processo é uma constante, entendida, todavia, como tarefa exclusivamente das partes. O processo assimétrico conta para sua configuração com uma radical separação entre o indivíduo, a sociedade civil e o Estado, o que reflete diretamente na relação entretida entre o indivíduo e o poder político, que passa a ser absolutamente assimétrica (o Estado vai compreendido como um sujeito que se encontra acima de seu povo). O Estado apropria-se do direito, sendo seu o direito a aplicar no processo, tarefa de que se desincumbe utilizando-se de uma racionalidade teórica, visando tornar segura e certa, tanto quanto possível, a realização do direito posto. O contraditório passa a ser encarado como mera bilateralidade da instância. A conduta dos sujeitos processuais também vai apreciada, no plano ético, a partir da idéia de boa-fé subjetiva, sendo algo atinente, todavia, tão-somente às partes, porquanto ao Estado chega-se mesmo a reconhecer o direito de mentir para a obtenção da verdade. A procura pela verdade acaba sendo idealmente uma tarefa a ser deslindada principalmente pelo Estado na condução ativa do processo. O processo cooperativo parte da idéia de que o Estado tem como dever primordial propiciar condições para a organização de uma sociedade livre, justa e solidária, fundada que está na dignidade da pessoa humana. Indivíduo, sociedade civil e Estado acabam por ocupar, assim, posições coordenadas. O direito a ser concretizado é um direito que conta com a *juris prudentia*, nada obstante concebido, abstratamente, como *scientia juris*. Por essa vereda, o contraditório acaba assumindo novamente um local de destaque na construção do formalismo processual, sendo instrumento ótimo para a viabilização do diálogo e da cooperação no processo, que implica, de seu turno, necessariamente, a previsão de deveres de conduta tanto para as partes como para o órgão jurisdicional (deveres de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio). O juiz tem o seu papel redimensionado, assumindo uma dupla posição: mostrar-se paritário na condução do processo, no diálogo processual, sendo, contudo, assimétrico no quando da decisão da causa. A boa-fé a ser observada no processo, por todos os seus participantes (entre as partes, entre as partes e o juiz e entre o juiz e as partes), é a boa-fé objetiva, que se ajunta à subjetiva para a realização de um processo leal. A verdade, ainda que processual, é um objetivo cujo alcance interessa inequivocamente ao processo, sendo, portanto, tarefa do juiz e das partes, na medida de seus interesses, persegui-la” (*Op. cit.*, p. 101-102).

⁹¹⁷ BUENO, *Curso sistematizado...*, 2008, p. 65.

⁹¹⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: _____ et al. (Org.). *Processo e constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 1-15. p. 2-3.

Os valores constitucionais são basicamente o da efetividade e da segurança, que se somam aos valores da justiça, igualdade e participação⁹¹⁹, os quais são instrumentais aos fins últimos do processo, ou seja, a realização da justiça no caso concreto e a pacificação social. Cuida-se de *complexos valorativos*, “pois abrigam elementos que também podem ser designados de valores em suas esferas de atuação”⁹²⁰.

O valor efetividade surge da influência dos direitos fundamentais, com a sua conseqüente necessidade de realização. Os direitos fundamentais são emblemáticos do modelo constitucional contemporâneo, constituindo o elemento central de quase todas as constituições do século XX, especialmente em razão dos abusos perpetrados pelos regimes ditatoriais que conduziram à Segunda Guerra Mundial⁹²¹. O valor segurança jurídica surge como garantia contra o arbítrio estatal (previsibilidade). O valor da efetividade tem sua matriz lógica no direito material. Já o valor da segurança jurídica repousa no paradigma legalista⁹²².

Cumprir destacar que ambos os valores se encontram em constante conflito na conformação do processo⁹²³. Na batalha entre efetividade e segurança, a efetividade vem, cada vez mais, ganhando espaço no processo civil, influenciado por uma sociedade com pressa, o que se percebe a partir das reformas processuais de 1994⁹²⁴, especialmente a partir da introdução da sistemática da antecipação de tutela no art. 273 do Código de Processo Civil, o que implica “certo amortecimento quanto à vontade de que haja *segurança*, em troca de *efetividade*”⁹²⁵. Não se pode olvidar que “a aceleração do processo (uma das variáveis do valor efetividade) implica sempre risco ao resultado qualitativo que se pretende alcançar. Portanto, incrementar segurança pode comprometer a efetividade, e em contrapartida incrementar a efetividade pode comprometer a segurança. De tal sorte, o grande desafio do legislador ou do aplicador do direito processual é compor de maneira adequada esses dois valores em permanente conflito, e nada obstante complementares”⁹²⁶.

⁹¹⁹ ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, *Curso de processo civil...*, 2010, p. 16.

⁹²⁰ AMARAL, *Cumprimento e execução da sentença...*, 2008, p. 48.

⁹²¹ CAPPELLETTI, *Juízes legisladores*, 1993, p. 61-62.

⁹²² ZANETI JÚNIOR, *Processo constitucional...*, 2007, p. 183-184, 193.

⁹²³ ALVARO DE OLIVEIRA, *Teoria e prática...*, 2008, p. 125, 135.

⁹²⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, 2010, p. 117.

⁹²⁵ WAMBIER, *Recurso especial...*, 2008, p. 36.

⁹²⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, *Os direitos fundamentais...*, 2008, p. 23.

No entanto, a segurança não pode ser abandonada. O que se deve buscar é *efetividade na segurança* ou *segurança na efetividade* a partir do novo modelo constitucional⁹²⁷. A construção de técnicas processuais efetivas, rápidas e adequadas precisa ser compatibilizada com o respeito aos direitos e garantias fundamentais do demandado⁹²⁸.

Justamente por isso, a grande questão do formalismo-valorativo imposto pela constitucionalização das garantias processuais fundamentais, ao trazer o processo como o polo metodológico central da teoria do processo civil contemporâneo, é conciliar o valor da efetividade (instrumentalidade do processo)⁹²⁹ com a segurança jurídica (garantismo)⁹³⁰, cuja ponderação visa a alcançar um processo tendencialmente justo⁹³¹. Afirma-se que “os valores ideológicos subjacentes ao direito processual são principalmente a efetividade e a segurança jurídica, que não se contradizem, mas antes se completam e se aplicam por ponderação nos casos concretos [...]”⁹³². Aqui o trabalho do hermenêuta baseia-se na prudência, própria da concepção de Aristóteles, como virtude que permite identificar o que é bom ou mau para um ser humano. Funciona como razão intuitiva que permite discernir o correto⁹³³. E o correto, no exame em questão, é identificar, entre as várias possibilidades, aquela que se mostra mais justificável.

O processo deixa de ser mero instrumento ou técnica, passando a exibir também um conteúdo axiológico que não se pode ignorar na aplicação das normas processuais ao caso concreto⁹³⁴. Os valores da efetividade e da segurança sobressaem-se como

⁹²⁷ BUENO, *Curso sistematizado...*, 2008, p. 78.

⁹²⁸ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. p. 662-683. p. 680.

⁹²⁹ “A efetividade está consagrada na Constituição Federal, art. 5º, XXXV, pois não é suficiente tão somente abrir a porta de entrada do Poder Judiciário, mas prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilações temporais ou formalismos excessivos, que conceda ao vencedor no plano jurídico e social tudo a que faça jus” (ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, 2010, p. 111).

⁹³⁰ É o entendimento que começa a consolidar-se na doutrina: “A propósito da verdadeira cruzada em prol da celeridade do processo – nova obsessão de alguns – é preciso ser cauteloso, pois há risco de que outro valor extremamente importante acabe relegado a segundo plano. Tão importante quanto acabar com a morosidade excessiva é preservar a *segurança* proporcionada pelo devido processo legal. Temos de – e esta é a nossa principal missão – encontrar o ponto de equilíbrio entre ambos” (BEDAQUE, *Efetividade do processo...*, 2007, p. 48).

⁹³¹ ALVARO DE OLIVEIRA, *O processo civil na perspectiva...*, 2004, p. 15.

⁹³² ZANETI JÚNIOR, *Processo constitucional...*, 2007, p. 183.

⁹³³ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, 2006, Livro VI, 5 1.140 b, 20, p. 133.

⁹³⁴ Na esteira do entendimento de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, destaca José Roberto dos Santos Bedaque: “O processo, em síntese, deve ser instrumento seguro e efetivo de justiça e pacificação social. Todos esses valores – *segurança, efetividade, justiça e paz social* – não podem ser olvidados no exame da técnica, pois

conformadores do processo, servindo também para orientar o juiz na aplicação das regras e dos princípios⁹³⁵. Ademais, o processo assume decisivo instrumento de desenvolvimento do direito material⁹³⁶, o que é expresso mediante os precedentes oriundos da atividade jurisdicional.

Portanto, os precedentes judiciais assumem a feição de técnica processual, pois funcionam como meios para serem atingidos certos fins perseguidos, estando a serviço da efetividade como da segurança jurídica prestada no processo. Efetividade, porque os precedentes permitem que o processo possa cumprir toda a sua função “sociopolítico-jurídica”, a fim de atingir todos os seus escopos institucionais⁹³⁷. Desse modo, os precedentes se constituem em técnica para se atingir a uniformidade na aplicação do direito, matéria que concerne aos escopos políticos do processo. “Considera-se aqui não o resultado do exercício da jurisdição em cada caso concreto, mas a soma de todos os casos submetidos ao poder jurisdicional de determinado Estado”⁹³⁸. Nesse aspecto, a teoria dos precedentes contribuiu para que os resultados colhidos no processo sejam qualificados, seguindo a tendência universal de valorização da jurisprudência⁹³⁹. Ademais, os precedentes conferem segurança jurídica, porque funcionam como técnica de estabilidade, confiabilidade, previsibilidade e mensurabilidade na prestação jurisdicional. Significa uma tutela que tem a função orientadora e uniformizadora da jurisprudência dos tribunais superiores, não podendo surpreender os indivíduos e tampouco frustrar expectativas legítimas, conforme restará examinado⁹⁴⁰.

esta é simples meio para se chegar àqueles, os reais fins do processo” (BEDAQUE, *Efetividade do processo...*, 2007, p. 40).

⁹³⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, 2010, p. 98.

⁹³⁶ BRUTAU, *A jurisprudência...*, 1977, p. 82.

⁹³⁷ DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 2005, p. 330.

⁹³⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, 2010, p. 102.

⁹³⁹ José Eduardo Faria apresenta nove tendências às formas e funções do direito no futuro, destacando-se a terceira delas voltada ao Direito Processual: “A terceira tendência é de reformulação paradigmática do direito processual civil e penal, com a simplificação dos procedimentos de citação e das provas periciais, a abolição de parte das formalidades nos procedimentos especiais, o enxugamento do procedimento ordinário, a redução drástica do número de recursos judiciais, a desburocratização dos agravos, a ênfase ao princípio da oralidade, a conversão dos tribunais inferiores em instâncias terminativas para determinados tipos de conflitos, a valorização da jurisprudência por meio da adoção das súmulas vinculantes, a conversão da última instância judicial em corte exclusivamente constitucional, etc. Essa tendência decorre, acima de tudo, da incompatibilidade entre a concepção de tempo adotada pela legislação processual civil e pela legislação processual penal, que é deliberadamente lenta em face da necessidade de se institucionalizar o princípio do contraditório, garantir o direito de defesa e salvaguardar valores, interesses e procedimentos vitais ao funcionamento do próprio Estado de Direito, e a concepção de tempo prevalente no processo decisório no âmbito dos mercados transnacionalizados – especialmente os financeiros” (FARIA; KUNTZ, *Qual o futuro...*, 2002, p. 93).

⁹⁴⁰ Vide capítulo 4.8.

4.6 Tutela jurisdicional qualificada em razão dos precedentes

A tutela jurisdicional é um daqueles temas que enseja muita divergência na doutrina. Em estudo aprofundado sobre a questão, após terem sido passadas em revista as principais teorias dos processualistas pátrios⁹⁴¹, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira define “tutela jurisdicional como o resultado da atividade desenvolvida pelos órgãos do Estado que exercem a jurisdição ou a tanto autorizados, visando à proteção do patrimônio jurídico”. Esse patrimônio jurídico “pode ser o direito material como o direito processual (*e.g.*, ações rescisórias de sentença, por causas puramente processuais), e ainda a declaração da própria inexistência do direito, tanto do ponto de vista individual quanto coletivo, repressivo ou preventivo”⁹⁴². Portanto, o elemento essencial da tutela jurisdicional é a defesa ou proteção do patrimônio jurídico, o que é proporcionado mediante o processo⁹⁴³.

⁹⁴¹ ALVARO DE OLIVEIRA, *Teoria e prática...*, 2008, p. 103-107. Entre as posições correntes sobre a tutela jurisdicional, destaca-se o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco, que entende que a tutela jurisdicional está mais ligada a um processo civil de resultados. Tem direito à tutela jurisdicional quem tem razão, não o tendo quem ostenta um direito inexistente. “Tutela jurisdicional é o amparo que, por obra dos juízes, o Estado ministra a quem tem razão num litígio deduzido em processo. Ela consiste na melhoria da situação de uma pessoa, pessoas ou grupo de pessoas, em relação ao bem pretendido ou à situação imaterial desejada ou indesejada. Receber tutela jurisdicional significa obter sensações felizes e favoráveis, propiciadas pelo Estado mediante o exercício da jurisdição. [...] Assim conceituada, a tutela jurisdicional não é propriamente *tutela de direitos*, mas tutela *a pessoas* ou *a grupos de pessoas*” (DINAMARCO, *Instituições...*, 2009, v. 1, p. 107 e 108). Já José Roberto dos Santos Bedaque entende que a tutela jurisdicional deve ser concebida como tutela efetiva de direitos ou de situações jurídicas pelo processo. “Tutela jurisdicional, portanto, é o conjunto de medidas estabelecidas pelo legislador processual a fim de conferir efetividade a uma situação da vida amparada pelo direito material” (BEDAQUE, *Direito e processo...*, 2001, p. 31). Por seu turno, Flávio Luiz Yarshell entende que a “*tutela jurisdicional* se presta a designar o *resultado* da atividade jurisdicional – assim considerados os efeitos substanciais (jurídicos e práticos) que o pronunciamento final projeta ou produz sobre dada relação material - em favor do *vencedor*. Nessa medida, é inegável que a locução *tutela jurisdicional* designa o resultado final do exercício da jurisdição estabelecido em favor de *quem tem razão* (e assim exclusivamente), isto é, em favor de quem está respaldado no plano material do ordenamento” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 28). Por fim, Luiz Guilherme Marinoni entende que as formas de tutela situam-se no plano do direito material, cabendo ao plano processual a determinação de técnicas de realização. “A tutela jurisdicional, quando pensada na perspectiva do direito material, e dessa forma como tutela jurisdicional dos direitos, exige a resposta a respeito *do resultado que é proporcionado pelo processo no plano do direito material*. A tutela jurisdicional do direito pode ser vista como a proteção da norma que o instituiu. *Trata-se da atuação concreta da norma por meio da efetivação da utilidade inerente ao direito material nela consagrado*. Como o direito à efetividade da tutela jurisdicional deve atender ao direito material, é natural concluir que o direito à efetividade engloba o direito à pré-ordenação de técnicas processuais capazes de dar respostas adequadas às necessidades que dele decorrem” (MARINONI, *Técnica processual...*, 2004, p. 147).

⁹⁴² ALVARO DE OLIVEIRA, *Teoria e prática...*, 2008, p. 108.

⁹⁴³ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira procura ainda ser mais explícito: “Precisando mais o conceito, esclareço: a) tutela não se confunde com exercício de jurisdição, nem com qualquer resultado do processo: a extinção do processo sem julgamento do mérito não confere proteção nem tutela ao patrimônio jurídico; b) falo em órgãos do Estado que exercem a jurisdição ou a tanto autorizados para abranger tanto o Poder Judiciário como o Juízo arbitral; c) é fundamental a proteção ou a satisfação do patrimônio jurídico, que pode ocorrer pelo

É no Direito Constitucional, entretanto, que se situa o direito fundamental à tutela jurisdicional ou ao acesso à jurisdição e ao processo justo⁹⁴⁴. Sabidamente, acesso à ordem jurídica justa abrange: a) ingresso em juízo (admissão em juízo); b) observância dos direitos fundamentais processuais informativos do direito fundamental ao devido processo legal (modo de ser do processo); c) participação dialética na formação do convencimento do juiz (efetividade do contraditório)⁹⁴⁵; d) adequada e tempestiva análise, pelo juiz, natural e imparcial, das questões discutidas no processo (decisão justa e motivada); e) construção de técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos materiais (instrumentalidade do processo e efetividade dos direitos)⁹⁴⁶.

Da mesma forma, justo será o processo que assegure resultados justos aos litigantes. Para que isso ocorra, é indispensável que o processo seja “justo em si mesmo”, mediante um conjunto de garantias processuais, como tratamento isonômico das partes, liberdade de atuar na legítima defesa de seus interesses, participação efetiva do juiz, imparcialidade etc. Além disso, o resultado justo exige que a decisão judicial seja fundada sobre asserções verdadeiras acerca dos fatos da causa. Por fim, a decisão deve ser fruto de uma correta interpretação das normas relevantes aos fatos da causa⁹⁴⁷. Logo, processo justo é aquele que assegura equilíbrio entre os valores segurança e efetividade, proporcionando às partes o resultado desejado pelo direito material⁹⁴⁸. Em síntese, é o que a Constituição e a

reconhecimento do direito ou pela declaração da inexistência do direito; d) há tutela mesmo quando julgado improcedente o pedido, visto que, nesse caso, restará protegida a posição substancial do demandado; e) há tutelas auto-satisfativas, como as declaratórias e constitutivas; outras dependem de providências posteriores que interfiram no mundo sensível, como as condenatórias, mandamentais e executivas” (ALVARO DE OLIVEIRA, *Teoria e prática...*, 2008, p. 108).

⁹⁴⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, *Os direitos fundamentais...*, 2008, p. 17.

⁹⁴⁵ No direito processual constitucionalizado, o princípio do contraditório assume a feição de direito fundamental, representando um novo paradigma racional e político no Estado Democrático de Direito. “O contraditório deve ser entendido na sua feição ‘dever de debate’ (do juiz em relação às partes) e ‘direito de influência’ (das partes na decisão do julgador), para além da mera oportunidade de falar nos autos” (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, *Curso...*, 2009, p. 71). Com efeito, o princípio do contraditório, na sua feição pós-moderna, deixou de ser meramente formal, limitado ao momento inicial de contraposição à demanda, assegurando às partes a ciência bilateral, a possibilidade de contraditar os atos processuais e a sua efetiva participação no curso do inteiro procedimento, “no intuito de atender aos *standards* necessários para o estabelecimento de um processo justo, para além de simples requisito técnico de caráter não-essencial” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. *Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre*, v. 74, p. 103-120, nov. 1998. p. 107).

⁹⁴⁶ CAMBI, *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*, 2006, p. 674.

⁹⁴⁷ TARUFFO, *Legalità e giustificazione...*, 2001, p. 20.

⁹⁴⁸ BEDAQUE, *Efetividade do processo...*, 2007, p. 49.

doutrina qualificam de devido processo legal (art. 5.º, LIV, CF/88)⁹⁴⁹. Se assim não for, a justiça da decisão judicial restará comprometida⁹⁵⁰.

Restou examinado, entretanto, que o processo civil contemporâneo não é simplesmente técnica, senão “método estatal de solução das crises verificadas no plano do direito material”⁹⁵¹. Essa mudança de perspectiva aproxima o Direito Processual Civil do Direito Constitucional, movimento que se desenvolve em duas etapas. Na primeira, tem-se o chamado “direito processual constitucional”, decorrente da constitucionalização dos direitos e garantias processuais, o que se consolida com a promulgação da Constituição brasileira de 1988⁹⁵². Trata-se “da primeira constitucionalização do processo”, cujas normas processuais passam a ser vistas principalmente como limites ao arbítrio do Estado. Posteriormente, as relações entre processo e Constituição são equacionadas em outros termos, de modo que o processo civil passa a ser compreendido na perspectiva dos direitos fundamentais. Cuida-se da “segunda constitucionalização do processo”, que “representa um momento em que a *nova teoria das normas e a metodologia dos direitos fundamentais* são incorporadas ao discurso do direito processual civil. Vale dizer: o processo civil passa a emprestar relevo à autoaplicabilidade dos direitos fundamentais (CRFB, art. 5.º, § 1.º), à proibição de proteção insuficiente, de proteção excessiva e de retrocesso na proteção dos direitos fundamentais, cuja eficácia irradiante impõe o dever de interpretação da legislação infraconstitucional em conformidade com os direitos fundamentais. De tal sorte, o *modo de pensar* constitucional encontra o seu lugar no direito processual civil: essa é a visão do formalismo-valorativo”⁹⁵³.

⁹⁴⁹ Sérgio Luís Wetzel de Mattos, ao realizar minucioso estudo do tema, fruto da sua tese de doutorado, sintetiza: “Segundo a denominada teoria substantiva, o direito fundamental do devido processo legal não compreende apenas o direito fundamental ao procedimento legal, ordenado ou regular, mas, além disso, o direito fundamental a um processo justo ou adequado, sem a observância do qual, logicamente, ninguém deve ser privado da liberdade ou de seus bens. Como processo justo ou adequado, o devido processo legal é, em primeiro lugar, um processo materialmente informado por direitos fundamentais, expressos ou implícitos na Constituição. O direito fundamental a um processo justo compreende, portanto, o direito a um processo legal, porém, informado por direitos fundamentais, especialmente direitos fundamentais processuais, como, por exemplo, o contraditório e ampla defesa, o juiz natural, a igualdade das partes, o direito à prova, etc.” Mais adiante conclui o autor: “Em síntese: o direito fundamental ao devido processo legal deve ser concebido como direito fundamental a um processo justo, vale dizer, como direito a um processo legal e informado por direitos fundamentais, realizado em clima de boa-fé e lealdade de todos aqueles que dele participam, adequado ao direito material e às exigências do caso concreto, e, enfim, voltado para a obtenção de uma proteção judicial efetiva” (MATTOS, *Devido processo legal...*, 2009, p. 194, 201).

⁹⁵⁰ DINAMARCO, *Instituições...*, 2009, v. 1, p. 64.

⁹⁵¹ BEDAQUE, *Efetividade do processo...*, 2007, p. 72.

⁹⁵² No direito comparado, a obra de referência obrigatória é a de Nicolò Trocker (TROCKER, *Processo civile e costituzione...*, 1974, *passim*).

⁹⁵³ ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, *Curso de processo civil...*, 2010, p. 17-18. No Direito brasileiro, são seguidores do modelo constitucional de direito processual na perspectiva dos direitos fundamentais: ALVARO DE OLIVEIRA, *O processo civil na perspectiva...*, 2004; AMARAL, *Cumprimento e execução da*

Em suma, representa a tomada de consciência de que a força normativa da Constituição, segundo a lição de Konrad Hesse⁹⁵⁴, deve alcançar todo o Direito Processual Civil, obrigando a revisitação dos institutos clássicos, que passaram a sofrer o influxo valorativo, não sendo admitida a “neutralidade” científica de outrora⁹⁵⁵. Nessa nova aproximação dos institutos, é indispensável ter em vista os escopos do processo, para que a técnica processual esteja adequada aos fins da justiça do caso concreto e da pacificação social. Desse modo, cabe à ciência processual encontrar, através de suas normas jurídicas e fundamentos teóricos, meios aptos a permitir que o processo se desenvolva da forma mais adequada possível, a fim de que o resultado seja obtido de forma rápida, segura e efetiva.

Com esse viés, o processo se consolida como ferramenta de natureza pública⁹⁵⁶, indispensável para a realização da justiça do caso concreto e da pacificação social mediante a prática reiterada, dois fins clássicos da jurisdição que devem ser detectados nas necessidades de direito material, ou seja, nos resultados materiais que o processo deve gerar para atendê-las⁹⁵⁷. Da mesma forma, a tutela jurisdicional é sempre um ato de jurisdição constitucional, pois decorre de um poder que é conferido e moldado por uma ordem constitucional. Resta superada, assim, a concepção da jurisdição como função meramente declaratória, passiva e mecânica. O caráter criativo, dinâmico e ativo do processo jurisdicional assume grande proeminência⁹⁵⁸.

sentença..., 2008; CAMBI, *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos...*, 2009; MARINONI, *Teoria geral do processo...*, 2008, *passim*; MATTOS, *Devido processo legal...*, 2009, p. 131-176; MITIDIERO, *Colaboração no processo civil*, 2009, p. 23-47; ZANETI JÚNIOR, *Processo constitucional...*, 2007, *passim*.

⁹⁵⁴ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. *passim*. Trata-se da aula inaugural proferida pelo Prof. Konrad Hesse na Universidade de Freiburg-RFA, em 1959. Especialmente, destaca-se o seguinte excerto dessa obra: “Em síntese, pode-se afirmar: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*)” (HESSE, *A força normativa...*, 1991, p. 24).

⁹⁵⁵ BUENO, *Curso sistematizado...*, 2008, p. 72.

⁹⁵⁶ Credita-se ao italiano Lodovico Mortara a afirmação, pela primeira vez, da natureza pública do processo civil, na sua obra *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, 1923 *apud* MARINONI, *Teoria geral do processo...*, 2008, p. 34-35. Conforme reconheceu posteriormente Giuseppe Chiovenda, célebre defensor do processo civil como instituto de direito público, Mortara foi o ponto de partida dos progressos sucessivamente obtidos nessa seara (“Lodovico Mortara”. *Rivista di diritto processuale civile*, 1937, p. 101).

⁹⁵⁷ MARINONI, *Técnica processual...*, 2004, p. 149.

⁹⁵⁸ CAPPELLETTI, *Juízes legisladores*, 1993, p. 61.

Com efeito, o Direito Processual Civil, tal como o Direito, tende à publicização na atualidade, com uma tendência de superar o rígido dualismo entre Estado e indivíduo, relativizando a oposição entre o interesse individual privado e o interesse público. Em uma sociedade de massa em que os conflitos se tornam massificados, a dicotomia “público-privado” perde força diante da universalização verificada em todas as áreas, pois o Estado passa a interferir na regulação das relações entre os indivíduos, privilegiando soluções além das meramente privatistas, o que expressa a preocupação social⁹⁵⁹. Desse modo, os efeitos do processo jurisdicional ultrapassam as partes fisicamente presentes em conflito⁹⁶⁰.

Isso não significa que o interesse público está sobrepondo-se ao interesse particular. Na atualidade, essa contraposição perde sentido, pois os interesses em jogo confundem-se reciprocamente, na medida em que interesse público acaba representando mais um interesse particular. Ora, o interesse das partes nunca deixará de ser a causa eficiente e final da jurisdição civil. A justiça civil existe para atender à necessidade de tutela dos seus diretos destinatários. No entanto, para cumprir essa função, o processo justo, que atende aos direitos fundamentais do homem, necessita da jurisdição como uma atividade estatal, preocupada com os seus objetivos políticos, a paz social e a submissão dos cidadãos à sua ordem e à sua autoridade, sem a qual não conseguirá atender aos anseios das partes e tampouco da coletividade⁹⁶¹.

A teoria dos precedentes judiciais aproxima-se justamente dessa doutrina institucional do processo⁹⁶², ao permitir conciliar esses dois objetivos que contrapõem o interesse privado, na justa solução do conflito, e o interesse público, na extração de uma orientação a ser seguida em casos similares. Em regra, o primeiro objetivo do julgador é resolver o conflito objeto do caso concreto posto em julgamento, não estando preocupado em estabelecer uma diretriz para julgamentos futuros. No entanto, há determinadas hipóteses em

⁹⁵⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A ação coletiva de responsabilidade civil e seu alcance. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *Responsabilidade civil por danos a consumidores*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 87-116. p. 88.

⁹⁶⁰ CAPPELLETTI, *Juízes legisladores*, 1993, p. 61.

⁹⁶¹ GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 164, out. 2008. p. 42-43.

⁹⁶² A natureza institucional do processo é ressaltada por José Roberto dos Santos Bedaque: “Ressalta a doutrina a natureza institucional do processo, por resultar da reunião de pessoas com objetivos individual e geral, quais sejam, a solução do litígio e a paz social. Atingem-se esses fins mediante um *modus faciendi*, um método de atuação influenciado pelos valores éticos e sociais predominantes. Desenvolve-se segundo procedimentos e formas preestabelecidas, supostamente adequadas à obtenção dos escopos a ele inerentes” (BEDAQUE, *Efetividade do processo...*, 2007, p. 39).

que, além de resolver o conflito, o julgador estabelece paradigmas para casos futuros, principalmente perante os tribunais superiores, em que o caráter público da tutela jurisdicional se intensifica. Nesses casos, pode-se dizer, inclusive, que o interesse público da uniformização de entendimento sobrepõe-se ao interesse particular decorrente da solução do conflito de interesses sob julgamento⁹⁶³. Supera-se, de vez, o entendimento do processo como coisa das partes, na medida em que as soluções judiciais se transformam em paradigmas de conduta, determinantes das relações jurídicas.

Nesse contexto do processo civil renovado pelo influxo constitucional, a tutela jurisdicional assume novos compromissos, devendo o processo valer-se de técnicas processuais capazes de atender ao direito material das partes, mas também servir de instrumento à pacificação social. Como se sabe, o art. 5.º, XXXV, da CF/88 consagrou não apenas a garantia de inafastabilidade da jurisdição (acesso à justiça), mas um verdadeiro direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada (acesso à ordem jurídica justa)⁹⁶⁴. Entendida como resposta qualificada da jurisdição ao direito de participação das partes⁹⁶⁵, a tutela jurisdicional passa a assumir compromissos mais amplos, pois não está apenas em jogo o conflito entre as partes, mas sim um possível paradigma para futuras decisões, principalmente perante os tribunais superiores. Ademais, o Estado tem o dever de buscar expedientes de racionalização da atividade jurisdicional, o que a teoria dos precedentes também permite alcançar.

Na perspectiva do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, o respeito aos precedentes judiciais, especialmente dos tribunais superiores, permite alcançar uma tutela jurisdicional qualificada, pois os efeitos das decisões paradigmáticas transcendem o interesse individual para proteger o interesse transindividual, numa perspectiva de que o processo é um meio de formação do direito, seja material, seja processual⁹⁶⁶. Desse modo, o sistema deve promover o respeito aos precedentes, evitando decisões contrastantes, a fim de evitar a

⁹⁶³ BUZUID, A crise do Supremo Tribunal Federal, 1972, p. 130.

⁹⁶⁴ O constituinte de 1988 assegurou o acesso à jurisdição a qualquer demanda que envolva lesão ou ameaça a direito, dispensando qualquer adjetivação. “Basta a comparação com o texto revogado, contido no art. 5º, § 4º, da Carta de 1967 (redação da EC n. 1/69), que admitia a tutela jurisdicional tão-somente para a proteção dos direitos individuais, para de pronto perceber-se o exato alcance da alteração” (ALVARO DE OLIVEIRA, A ação coletiva..., 1992, p. 90).

⁹⁶⁵ A tutela jurisdicional “consiste na predisposição a todos de um processo justo, adequado e efetivo, com todos os meios necessários à obtenção do melhor resultado possível para a situação levada a juízo” (MARINONI; MITIDIERO, *Código de Processo Civil...*, 2008, p. 96).

⁹⁶⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, O processo civil na perspectiva..., 2004, p. 11.

litigiosidade e a propositura de ações. Com o respeito à previsibilidade em razão da vinculação aos precedentes, privilegia-se a racionalidade da distribuição da justiça, com o objetivo de eliminar conflitos de modo rápido e sem muito custo, o que atende ao direito fundamental à duração razoável do processo (CF, art. 5.º, LXXVIII). Além disso, assegura-se a legitimidade do processo perante a sociedade, tanto civil como jurídica, como instrumento de eliminação da crise do direito material, respeitando-se a segurança e a efetividade. Busca-se, ao fim e ao cabo, uma tutela jurisdicional fruto de um procedimento legítimo, marcado por exigências constitucionais, em que os afetados pelas decisões possam participar da sua construção e interpretação, bem como fiscalizá-las⁹⁶⁷.

4.7 Incremento da tutela coletiva e prospectiva

O perfil do processo civil contemporâneo tende a suplantar, mesmo que lenta e gradualmente, o modelo liberal, que, na sua gênese, está ligado ao Direito Civil e a uma visão positivista clássica. Por isso, os institutos do processo civil, classicamente, estão muito mais voltados à tutela do patrimônio do que qualquer outro bem jurídico. O Código de Processo Civil brasileiro, ainda vigente⁹⁶⁸, fruto do projeto de Alfredo Buzaid, tido como o “último herdeiro brasileiro da tradição codificadora”⁹⁶⁹, é exemplo dessa realidade: foi pensado e estruturado para a tutela dos interesses individuais (direitos subjetivos), especialmente de caráter patrimonial e individualista, em disputas interindividuais⁹⁷⁰, com o propósito de “ressaltar a autoridade do juiz, ordenar e sistematizar o sistema recursal, *estabelecer enfim as regras do jogo*”⁹⁷¹, em clara reminiscência da perspectiva reinante no século XIX⁹⁷².

No entanto, as mudanças econômicas, políticas e sociais têm sido determinantes. Com o avanço do urbanismo, da industrialização e da democratização, surgem

⁹⁶⁷ CORDEIRO LEAL, André. *A instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/ FUMEC, 2008. p. 148.

⁹⁶⁸ Como sabido, tramita, no Congresso Nacional, anteprojeto de um novo Código de Processo Civil, que aspira ser um instrumento efetivo, célere e adequado à solução dos mais diversos conflitos, tanto de natureza individual como coletiva, tal como tem sido propagado pela comissão responsável, presidida pelo Min. Luiz Fux.

⁹⁶⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, *Processo civil brasileiro...*, 2010, p. 262.

⁹⁷⁰ ZAVASCKI, *Processo coletivo...*, 2006, p. 17-18.

⁹⁷¹ ALVARO DE OLIVEIRA, *Processo civil brasileiro...*, 2010, p. 263.

⁹⁷² CAPPELLETTI, Mauro. Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 30, n. 3, p. 362-402, 1975. p. 364.

novas relações jurídicas. De uma sociedade de indivíduos passamos para uma sociedade de organizações⁹⁷³. Necessidades e interesses, até então ignorados, passaram a exigir tutela do Estado. O consumidor passou a requerer proteção diante da sua vulnerabilidade. Os cidadãos passaram a exigir direitos individuais, coletivos e sociais, que adquiriram proteção constitucional. Diante desse quadro, o Estado viu-se obrigado a instituir instrumentos jurídicos hábeis a atender a nova demanda, tornando-se impositiva a transmigração do individual ao coletivo, sob pena de restarem frustradas as proteções pretendidas.

Com isso, o Direito Processual Civil viu-se obrigado a promover uma mudança na sua tradicional “ótica individualista”⁹⁷⁴, fruto da concepção moderna de processo⁹⁷⁵. Não havia mais espaço para imaginar a satisfação jurisdicional apenas em cada caso concreto, em clima de direito de massa, inerente à sociedade de massa⁹⁷⁶. Logo, não se admite mais “a tradicional postura românica consistente em referir todo o direito ao indivíduo (*persona*) e pensar no homem como sujeito de direitos e não como integrante da sociedade política e merecedor de condições para a felicidade pessoal”⁹⁷⁷, formando-se “consciência da inadequação de uma insistência pela tutela individual, fragmentária e contraditória”⁹⁷⁸. Daí decorre a importância do incremento da tutela coletiva (transindividual), capaz de enfrentar essa nova massa litigiosa, própria do novo modelo advindo do Estado Democrático de Direito, devendo o processo civil estruturar-se com mecanismos adequados para a solução desses conflitos. Ressalta-se, assim, a natureza pública do processo, voltado conscientemente à organização social e não à mera distribuição de bens de nítida inspiração individual.

O ponto de partida do Direito Processual Civil brasileiro foi inegavelmente o Direito anglo-americano, que desenvolveu a ideia solidarista de que o processo não está estritamente preso à regra da legitimação individual, tampouco à da eficácia subjetivamente limitada da sentença⁹⁷⁹. Exemplo emblemático da tutela coletiva é o proporcionado pelo modelo norte-americano das *class actions* (ações de classe), “o mais bem sucedido e

⁹⁷³ FISS, *Um novo processo civil...*, 2004, p. 202.

⁹⁷⁴ DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, *Curso...*, 2009, p. 33-34.

⁹⁷⁵ Para um exame a respeito da noção moderna de processo, consulte-se: PICARDI, Nicola. *Processo civile (diritto moderno)*. In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giuffrè, 1987. v. 36, p. 101-117.

⁹⁷⁶ CAPPELLETTI, *Formazioni sociali...*, 1975, p. 365.

⁹⁷⁷ DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 2005, p. 205.

⁹⁷⁸ DINAMARCO, *Decisões vinculantes*, 2000, p. 171.

⁹⁷⁹ DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 2005, p. 342.

difundido entre os ordenamentos jurídicos do *common law* e do *civil law*”⁹⁸⁰. Cuida-se de um remédio jurídico inspirado no Direito inglês, do chamado *bill of peace*, oriundo do séc. XVIII. Iniciava, portanto, “um modelo de demanda que rompia com o princípio segundo o qual todos os sujeitos interessados devem, necessariamente, participar do processo, com o que se passou a permitir, já então, que representantes de determinados grupos de indivíduos atuassem, em nome próprio, demandando por interesses dos representados ou, também, sendo demandados por conta dos mesmos interesses”⁹⁸¹. Esse novo instrumento passa a difundir a legitimidade extraordinária, mediante substituição processual. Desse modo, o Direito Processo Civil, entre outros aspectos, volta-se aos interesses difusos e coletivos, caminhando a passos largos em direção à ampla tutela aos sujeitos ou grupos titulares de direitos supraindividuais.

Discute-se, entre outras questões, acerca do incremento na ampliação das hipóteses de legitimização extraordinária para a propositura de ações na condição de substituto processual. Essas exceções previstas em lei permitem que a parte, em nome próprio, defenda interesses alheios (art. 6.º, CPC), tendo sido criados instrumentos como a ação popular (Lei n.º 4.717/65 e art. 5.º, LXXIII, CF/88), a ação civil pública (Lei n.º 7.347/85, reconhecida constitucionalmente no art. 129, III, da CF/88), as ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos (arts. 91 a 100 do CDC), o mandado de segurança coletivo (art. 5.º, LXX, da CF/88), a ação de improbidade administrativa (Lei n.º 8.429/92) etc.⁹⁸².

Da mesma forma, busca-se a ampliação subjetiva dos julgados, a fim de ampliar os efeitos da coisa julgada. Almeja-se, em outras palavras, através de uma decisão, solução abrangente de situações jurídicas similares. É o que ocorre em causas tributárias, com pretensões fiscais que se repetem de modo sempre igual, relativamente a fatos geradores

⁹⁸⁰ DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, *Curso...*, 2009, p. 58. A propósito, Antonio Gidi resalta que a doutrina brasileira foi despertada ao estudo da tutela coletiva a partir de trabalhos de juristas italianos nos anos 70 do século passado, principalmente em razão de obras de Mauro Cappelletti (CAPPELLETTI, *Formazioni sociali...*, 1975, p. 361), Michele Taruffo (TARUFFO, Michele. *I limiti soggettivi del giudicato e le class actions. Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 24, p. 609-636, 1969, p. 618) e Vincenzo Vigoriti (*Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire. In: Mauro Cappelletti et al. The Florence Access-to-Justice Project, 1978-1979*). A particularidade é que a Itália acabou rechaçando a tutela coletiva, ao passo que, no Brasil, encontrou a tutela coletiva solo fértil ao seu desenvolvimento, não obstante encontrar certa resistência por parte de juristas conservadores e ortodoxos (GIDI, *Las acciones colectivas...*, 2004, p. 17-23).

⁹⁸¹ ZAVASCKI, *Processo coletivo...*, 2006, p. 29.

⁹⁸² A tutela coletiva não se exaure nos exemplos apresentados, sendo encontrada nas mais diversas áreas do direito. Há quem considere que as ações de controle de constitucionalidade podem ser vistas como modalidades de tutela coletiva. No âmbito eleitoral, há tutela coletiva na ação de impugnação de mandato eletivo. Parte da doutrina também considera os dissídios coletivos trabalhistas como exemplos de ação coletiva. Na seara penal, há o *habeas corpus* coletivo e ainda a possibilidade de considerar a ação penal condenatória como eminentemente coletiva (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, *Curso...*, 2009, p. 43-44).

homogêneos, ou ainda em causas atinentes aos consumidores, frequentemente sujeitos a violações de mesma natureza.

A propósito, o Código de Defesa do Consumidor contribuiu significativamente para o avanço da tutela coletiva. É desse diploma que decorrem não somente as ações coletivas, como também a própria definição dos direitos a serem tutelados. Com efeito, o artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor classifica os direitos coletivos em direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos⁹⁸³. O “direito difuso” é um direito “transindividual”, “indivisível” e “insuscetível de apropriação individual, de transmissão individual ou de renúncia ou transação”, que pertence a um grupo indeterminado de pessoas que previamente não estão vinculadas, mas que passam a estar vinculadas unicamente por circunstâncias de fato em uma situação específica. São exemplos os direitos ao meio ambiente sadio (CF, art. 225) ou de proteção aos consumidores (CF, art. 5.º, XXXII). O “direito coletivo” é também “transindividual”, “indivisível” e “insuscetível de apropriação individual, de transmissão individual ou de renúncia ou transação”, porém pertence a um grupo mais específico de pessoas relacionadas entre si ou com a contraparte em razão de uma relação jurídica. Ilustrativamente, direitos coletivos são ostentados pelos clientes de uma determinada empresa de cartão de crédito, telefonia, seguro de saúde etc., ou por grupo, categoria ou classe de pessoas, com os advogados, médicos etc. A particularidade é haver uma relação jurídica prévia que une uma coletividade frente a uma parte contraposta. Por fim, o “direito individual homogêneo” é direito individual “divisível”, “transmissível” e “suscetível de renúncia ou transação”, que tem uma origem comum, circunstância que permite a criação de um instrumento processual para o tratamento unitário. A “origem comum” pode representar tanto um acontecimento ocorrido em um tempo determinado, gerando lesões comuns (acidente aéreo, destruição de prédio, venda de mercadoria viciada etc.), como algo disperso no tempo, como a poluição prolongada de uma determinada baía, por exemplo. A finalidade da proteção do “direito individual homogêneo” é declarar a responsabilidade de um demandado frente a uma lesão massiva⁹⁸⁴.

⁹⁸³ “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

⁹⁸⁴ GIDI, *Las acciones colectivas...*, 2004, p. 52-64; ZAVASCKI, *Processo coletivo...*, 2006, p. 41-46.

De um modo geral, os direitos coletivos *lato sensu* representam interesse público, na medida em que expressam a faceta coletiva dos interesses individuais. Nesse aspecto, o interesse público, o interesse do todo é a “dimensão pública dos interesses individuais”, isto é, “dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade”. Portanto, não se trata de um interesse constituído autonomamente, dissociado por completo dos interesses individuais⁹⁸⁵. A particularidade é que ações para defesa de interesses coletivos ou difusos têm a possibilidade de estabelecer coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* da sentença nas demandas de natureza social ou política⁹⁸⁶.

Ao bem da verdade, o incremento da tutela coletiva não para por aí. Atualmente, no Direito brasileiro, existem quatro projetos de Código de Processos Coletivos, todos considerados de alta qualidade técnica, no compromisso com a melhoria dos instrumentos do direito positivo à efetivação da tutela coletiva. São eles: a) Código de Processo Coletivo Modelo para Países de Direito Escrito – Projeto Antonio Gidi⁹⁸⁷; b) Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América⁹⁸⁸; c) Anteprojeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual⁹⁸⁹; e d) Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos^{990, 991}.

Não se olvide também que o anteprojeto do novo Código de Processo Civil, em tramitação no Congresso Nacional, prevê a institucionalização do chamado “incidente de

⁹⁸⁵ Sob esse enfoque de análise, Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua: “Donde, o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos **pessoalmente** têm quando considerados **em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem**” (BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito...*, 2010, p. 61).

⁹⁸⁶ Ilustrativamente: art. 18 da Lei n.º 4.717/65 (eficácia *erga omnes* da coisa julgada da sentença proferida na ação popular, salvo se julgada improcedente a ação por deficiência de prova); art. 16 da Lei n.º 7.347/85 (eficácia *erga omnes* da sentença em ação civil pública nas mesmas condições da coisa julgada da sentença proferida na ação popular); e art. 103 do Código de Defesa do Consumidor.

⁹⁸⁷ O projeto foi elaborado em 2002 e publicado na *Revista de Processo* (GIDI, Antonio. Código de Processo Civil coletivo: um modelo para países de direito escrito. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 111, p. 192-208, jul./set. 2003.).

⁹⁸⁸ É de autoria do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, tendo sido elaborado por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi, posteriormente revisado por comissão composta por diversos juristas.

⁹⁸⁹ Foi elaborado pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), sob a coordenação da Professora Ada Pellegrini Grinover.

⁹⁹⁰ Foi elaborado conjuntamente pelos Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA), sob a coordenação do Professor Aluísio Gonçalves de Castro Mendes.

⁹⁹¹ Para uma resenha dos projetos, com a exposição de quadro analítico, vide a obra (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, *Curso...*, 2009, p. 62-65).

resolução de ações repetitivas”, que permitirá que uma única decisão da Justiça seja adotada nas ações de massa relativas a um mesmo assunto. Trata-se de uma técnica que tem por objetivo debelar o grave problema das ações repetitivas, representativas de direitos individuais homogêneos, que têm inviabilizado a prestação jurisdicional brasileira⁹⁹². Na prática, o instrumento consistirá na adaptação do atual recurso repetitivo, utilizado pelo STJ, para os demais tribunais. Nitidamente, o Brasil pretende seguir o compasso de outros países, mesmo os de tradição romano-germânica, que têm procurado otimizar a tutela coletiva. Exemplo representativo é a adoção, na Alemanha, em 16 de agosto de 2005, do Procedimento-Modelo ou Procedimento-Padrão (*Musterverfahren*), para os investidores em mercados de capitais⁹⁹³.

Por conseguinte, o cenário apresenta uma nova “matéria litigiosa”, decorrente de um número expressivo de situações “padrão”, que geram lesões “padrão”⁹⁹⁴, reclamando um tipo de regulação jurídica diferenciada⁹⁹⁵. As decisões adotadas nos processos, muitas vezes, afetam não apenas as partes, como os grupos sociais a que pertencem, considerando-se a massificação existente⁹⁹⁶. Cada vez mais, os conflitos são de massas ou grupos em situação uniforme, tal como ocorre em diversos microsistemas (consumidor, locador, contribuinte, empregado etc.). A solução judicial acaba sendo fruto de um contencioso de massas, dando

⁹⁹² Tal é a relevância do fenômeno que Ruy Zoch Rodrigues chega a sustentar que existem duas classes de jurisdição, a “convencional” e a “massificada”: “Existem, portanto, do ponto de vista operacional, duas categorias que podem ser destacadas na jurisdição contemporânea: a que se produz observando o diálogo crítico do julgador com as partes, o contato pessoal com os fatos da causa, a ponderação e o próprio sentimento do juiz, e que se pode denominar de ‘jurisdição convencional’, atenta aos princípios basilares do processo (contraditório, ampla defesa e devido processo legal), e a ‘jurisdição massificada’, em que se produz, mediante a repetição burocratizada e em série, uma decisão-padrão. O modelo de jurisdição ‘convencional’ é adequado para os litígios não repetitivos e para resolver os primeiros casos das demandas repetitivas que irão definir as decisões-padrão” (RODRIGUES, *Ações repetitivas...*, 2010, p. 40-41). A grande dificuldade é não perceber a necessidade de segregar os dois tipos de ações, as repetitivas e as convencionais, reservando às primeiras um ferramental próprio e às segundas o procedimento padrão (*op. cit.*, p. 46-47).

⁹⁹³ CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 147, p. 123-146, maio 2007. p. 131.

⁹⁹⁴ Note-se que a ação coletiva não representa o exercício conjunto da ação por diversas pessoas. O cúmulo de diversos sujeitos em um dos polos do processo apenas dá lugar ao litisconsórcio. O que caracteriza a tutela coletiva não é a “estrutura subjetiva”, senão a “matéria litigiosa”. Essa nova matéria litigiosa refere-se a uma coletividade, ou seja, a novos direitos e a novas formas de lesão. A particularidade marcante é que apenas um sujeito possa vir a buscar a devida proteção, embora exista uma série de sujeitos interessados e distintos, identificáveis ou não (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Mandado de segurança coletivo: aspectos processuais controversos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 46-47).

⁹⁹⁵ RODRIGUES, *Ações repetitivas...*, 2010, p. 77.

⁹⁹⁶ Sustenta também Mauro Cappelletti, referindo-se a “uma sociedade, ou civilização, de produção em massa”, onde se encontram igualmente “conflitos ou conflituosidade de massa”, “as situações da vida, que o direito deve regular, tornam-se cada vez mais complexas”, e, nesse cenário, a justiça “será invocada não mais somente contra violação de caráter individual, mas cada vez mais frequentemente também de caráter essencialmente coletivo, envolvendo grupos, classes, coletividades. Trata-se, em outras palavras, de *violações de massa*” (CAPPELLETTI, *Formazioni sociali...*, 1975, p. 365).

lugar a um “polissistema” em detrimento do “monossistema”⁹⁹⁷. Nesse contexto, já não existem sentenças e recursos, senão série de sentenças e recursos⁹⁹⁸.

Nesse contexto, a teoria dos precedentes contribui para o enfrentamento de litígios em alta escala, objetivando uniformidade aos microssistemas. Ao ser assegurada a igualdade de tratamento, colhe-se, de um lado, a certeza quanto ao amparo das pretensões deduzidas em juízo e, de outro, incentivo para que as condutas sejam ajustadas para evitar novos conflitos, na medida em que a orientação dos tribunais superiores está assentada, devendo, portanto, ser respeitada. A mudança de entendimento somente passa a ser admitida quando forem demonstradas razões suficientes que a justifiquem. Busca-se, desse modo, assegurar efetivo aprimoramento do direito, e não mera mudança de orientação. Ademais, a teoria dos precedentes contribui para alcançar a tempestividade da tutela nas demandas repetitivas, permitindo-se abreviar os procedimentos mediante a aplicação da orientação estabelecida, principalmente perante os tribunais superiores.

Da mesma forma, o processo civil assume, na atualidade, papel prospectivo, tendo preocupação em conferir resultados não apenas a situações pretéritas, mas também ao futuro, com influências decisivas para os recursos extraordinários *lato sensu*, conforme restará examinado quanto à função nomofilática dos tribunais superiores. Note-se que, ao decidir o caso concreto, o juiz não tem a preocupação precípua de constituir o precedente e tampouco conferir eficácia prospectiva à sua decisão. O seu objetivo é resolver o conflito com justiça. Mas ao fazê-lo, indiretamente a sua decisão pode servir de paradigma a futuros casos análogos, o que dependerá da qualidade da respectiva fundamentação, na qual estará expressa a *ratio decidendi*.

Em última análise, corresponde à transmigração do individual ao coletivo e à transcendência das decisões do juiz para além do interesse subjetivo das partes na causa, quer na solução de grandes questões nacionais, quer na própria definição do conteúdo normativo da legislação. “Tudo isso potencializa a função criadora do Juiz, sendo que os conflitos tendem a ser decididos não apenas para o pretérito, mas, também, para o futuro, considerando-se, ainda, a cada vez maior cognoscibilidade do provimento jurisdicional por parte de terceiros. Assim, cada vez mais, o definir um conflito individual também se insere na

⁹⁹⁷ KNIJNIK, *O recurso especial...*, 2005, p. 33.

⁹⁹⁸ XIOL RÍOS, *El precedente judicial...*, 2005, p. 84-85.

conformação de comportamentos vindouros, ou seja, o processo regulativo toma o lugar do processo resolutivo”⁹⁹⁹.

Nesse aspecto, os precedentes judiciais assumem significativa importância, pois funcionam como autênticos modelos paradigmáticos para futuras resoluções, na medida em que a sua fundamentação transcende o caso concreto a ser resolvido, servindo de instrumento útil à uniformidade, à continuidade da jurisprudência e, sobretudo, à segurança jurídica¹⁰⁰⁰. Além disso, alcança-se maior eficiência no tratamento da conflituosidade em geral, atendendo, portanto, aos escopos sociais e políticos da jurisdição.

Destaca-se que a perspectiva prospectiva tende a forçar os julgadores a refletirem, com maior intensidade, quanto às consequências do estabelecimento de uma nova orientação para os futuros casos¹⁰⁰¹. Os olhos do julgador não estão voltados somente para a solução justa do caso concreto, senão a uma orientação a ser observada. Embora não seja uma garantia de qualidade, ao menos se procura assegurar maior reflexão e, por consequência, maior relevância aos precedentes adotados. Desse modo, pretende-se estabelecer uma prática adequada, não devendo o precedente ser uma redução simplificativa da realidade sobre a qual foi elaborado, senão um paradigma cuja concreção precisa estar amoldada à realidade do caso concreto.

Note-se que a tutela coletiva e a função prospectiva do processo civil são manifestações do interesse coletivo, que acaba sobrepondo-se ao interesse individual¹⁰⁰². Nesse contexto, os precedentes assumem importância significativa, do ponto de vista das fontes do direito, na medida em que se forma uma ordem que se expressa pelo princípio da maioria, cuja proteção não pode ser olvidada¹⁰⁰³, o que vem ao encontro de conhecida

⁹⁹⁹ KNIJNIK, *O recurso especial...*, 2005, p. 67-68.

¹⁰⁰⁰ LARENZ, *Metodologia...*, 1989, p. 521.

¹⁰⁰¹ BRENNER; SPAETH. *Stare indecisis...*, 1995, p. 3.

¹⁰⁰² XIOL RÍOS, *El precedente judicial...*, 2005, p. 87. A propósito, ao analisar o caráter prospectivo, Danilo Knijnik sustenta a existência de um “quarto momento metodológico”: “A respeito desse caráter prospectivo do direito processual civil – que poderia ser qualificado, como se verá, como um ‘quarto momento metodológico’ – faz necessário partir do fenômeno conhecido por ‘publicização do direito privado’, que também atingiria o processo, no momento em que este último deixou de ser visto como ‘coisa das partes’. Acenou-se, paulatinamente, para a natureza pública da atividade jurisdicional, com todas as consequências aí derivadas no campo das nulidades, dos poderes do juiz, da prova, da própria definição do conceito de jurisdição etc., a ponto de ser lícito aludir a um ‘processo civil contemporâneo que, mais do que nunca, apelou para a ‘efetividade dos direitos’ como seu endereço fundamental” (KNIJNIK, *O recurso especial...*, 2005, p. 65).

¹⁰⁰³ Gustavo Zagrebelsky afirma que as normas de justiça das Constituições atuais estabelecem uma contraposição entre interesses individuais e interesses gerais qualitativamente distintos da pura e simples

proposição: “*the greatest happiness of the greatest number is the measure of right and wrong*”¹⁰⁰⁴. Resta assentado, assim, o aspecto social do processo, vinculado à ideia de pacificação¹⁰⁰⁵. Até porque o processo civil, ao atuar por meio do interesse das partes, permite que o Estado, representado pelo juiz, “intervenha e conceda razão a quem efetivamente a tem, concomitantemente satisfazendo o interesse público na atuação da lei para a justa composição dos conflitos”¹⁰⁰⁶.

Portanto, a visão tradicional do processo, individualista e patrimonialista, tornou-se insuficiente e deficitária, obrigando à fixação de novas regras para a tutela dos direitos coletivos, com a nítida preocupação com o acesso efetivo à prestação jurisdicional. Importa examinar não o resultado do exercício da jurisdição em cada caso concreto, mas da soma de todos os casos trazidos a exame, permitindo ao Estado afirmar o seu próprio poder e a autoridade de que são investidos os seus agentes instrumentalmente na busca dos fins predeterminados¹⁰⁰⁷.

4.8 Otimização da função nomofilática dos tribunais superiores

O sistema de recursos judiciais é uma realidade que não se questiona. Sua justificação é bem conhecida: a falibilidade humana, a necessidade de corrigir erros judiciais,

soma dos individuais, razão pela qual sustenta haver exigências de justiça geral (ZAGREBELSKY, *Il diritto mite...*, 1992, p. 125).

¹⁰⁰⁴ Severa e clássica advertência de Jeremy Bentham *apud* DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 2005, p. 243-244.

¹⁰⁰⁵ É o que ressalta Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “Esse aspecto social do processo, ligado ainda ao objetivo de pacificação, conquista outra dimensão pela necessidade de estabelecer-se um modelo condizente com as novas exigências da atual sociedade de massa, de modo a colocar a problemática das pretensões *coletivas* no centro de suas cogitações. Abandonada a antiga ótica da ideologia liberal, de caráter nitidamente individualista, o processo deixa de ser focado como assunto de interesse direto e pessoal das partes, constituído somente por direitos individuais, passando a igualmente abranger matérias de importância política e de interesse social, com envolvimento de grande número de pessoas” (ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, 2010, p. 109-110).

¹⁰⁰⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, 2010, p. 209.

¹⁰⁰⁷ É o que sustenta Cândido Rangel Dinamarco: “Hoje, importa menos *dar a cada um o que é seu*, do que promover o bem de cada um através do bem comum da sociedade, tratando o indivíduo como membro desta e procurando a integração de todos no contexto social. Aquela linha de legitimação individual, válida para a maioria dos casos, corresponde ao tratamento *atômico* tradicionalmente dado aos conflitos, sem cogitar da dimensão supraindividual que estes podem muitas vezes apresentar; sucede-lhe agora o impulso doutrinário no sentido da *molecularização* do direito e do processo, ou seja, do tratamento dos conflitos a partir de uma ótica solidarista e mediante soluções destinadas também a grupo de indivíduos e não somente a indivíduos enquanto tais” (DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 2005, p. 340-341).

o aperfeiçoamento das decisões judiciais e o natural desejo do vencido em ver suas pretensões objeto de uma segunda e possivelmente mais acurada apreciação aconselham instituir um duplo juízo sobre uma mesma questão¹⁰⁰⁸. É a garantia da revisibilidade das decisões judiciais, o que corresponde à exigência do princípio do duplo grau de jurisdição¹⁰⁰⁹.

Ademais, existem tribunais que desfrutam de maior autoridade, por se encontrarem no ápice da organização judiciária. Por conseguinte, têm uma função que os diferencia dos demais, a ponto de serem considerados “guardiões do ordenamento jurídico”¹⁰¹⁰. Trata-se da função de garantir a uniformidade dos critérios de aplicação do direito, a qual é desempenhada pelos chamados tribunais superiores, cujas funções nem sempre são bem compreendidas. Geralmente, os profissionais do Direito se comportam como se as decisões dos tribunais superiores caracterizassem meros atos de revisão ou de cassação de decisões proferidas por órgãos inferiores na organização judiciária. Não é este, entretanto, o caminho a ser percorrido nesta tese. É de suma relevância reconhecer a função nomofilática das cortes superiores, atribuindo-lhe a devida importância¹⁰¹¹.

Como se sabe, a concepção das cortes superiores decorre da experiência europeia, principalmente em decorrência da influência francesa¹⁰¹². Historicamente, os tribunais tidos por superiores, na Europa, dividem-se em dois tipos preponderantes: o Tribunal de Cassação e o Tribunal de Revisão. Daí porque falar-se de questões cassacionais/revisionais. O primeiro tribunal foi adotado por França, Itália, Bélgica, Holanda,

¹⁰⁰⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 1-2; GUASCH FERNÁNDEZ, *El hecho y el derecho...*, 1998, p. 382.

¹⁰⁰⁹ A Constituição Federal brasileira não se refere ao princípio do duplo grau de jurisdição expressamente, pois os “recursos” previstos no art. 5.º, LV, da CF não são em sentido técnico, de Direito Processual, mas variadas técnicas de os litigantes defenderem-se em juízo. Trata-se, portanto, de princípio implícito. Duplo grau de jurisdição significa o modelo no qual se garante a revisibilidade ampla das decisões judiciais, quaisquer decisões, por magistrados frequentemente diversos e localizados em nível hierárquico diverso. O fundamento desse princípio está na previsão de variados Tribunais na Constituição brasileira. No plano infraconstitucional, as disposições que apontam que toda decisão é recorrível denota a existência do princípio, tais como os arts. 504, 513 e 522, *caput*, do CPC.

¹⁰¹⁰ GUASCH FERNÁNDEZ, *El hecho y el derecho...*, 1998, p. 391.

¹⁰¹¹ A função nomofilática foi cunhada por Calamandrei. A palavra “nomofilaquia” deriva dos vocábulos gregos “nomos” e “filachia”, que significam, respectivamente, no vernáculo, direito e guarda (PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. Milano: Giuffrè, 2006. p. 400). Nos dias atuais, a expressão revela a guarda da uniformidade da aplicação do direito, a fim de evitar a formação de diferentes interpretações por parte dos tribunais.

¹⁰¹² SILVA, A função dos tribunais superiores, 2003, p. 285.

Luxemburgo, Espanha e Grécia, enquanto o segundo, por Alemanha, Áustria, Suíça e Portugal¹⁰¹³.

Dada a impossibilidade de estudar cada tipo particular, entendemos acertado indicar as suas características básicas, segundo o seu modelo referencial histórico. De acordo com Calamandrei, considerado o autor clássico da matéria em questão¹⁰¹⁴, a Corte de Cassação apenas anula a decisão (função negativa), procedendo ao reenvio da causa para outra Corte (juízo *a quo*), à qual compete o julgamento de fundo da matéria, tendo a preocupação de assegurar a unidade do direito contra os “devaneios” oriundos de decisões locais. Desse modo, o controle do juízo fático pelo Tribunal de Cassação busca desconstituir a decisão de juízes inferiores, sem substituir diretamente a decisão anulada por uma nova decisão positiva¹⁰¹⁵.

Quanto à sua origem, o processualista italiano destaca que o Tribunal de Cassação é produto de fatores históricos e doutrinários. Entre os fatores históricos, aponta que a ideia fundamental do instituto deriva do *Conseil des Parties* francês, surgido em 1790, após a Revolução Francesa. Visava a impedir as invasões no campo legislativo, cometidas sob o *Ancien Régime* pelos Parlamentos, e a limitar o poder de interpretação dos juízes. A função da Corte era unicamente cassar a interpretação incorreta contida na sentença, em busca da defesa da lei em abstrato¹⁰¹⁶, não tendo o objetivo de estabelecer a interpretação correta ou decidir em substituição à decisão prolatada pelo juízo ordinário, razão pela qual não era considerado órgão jurisdicional na sua origem, e sim alocação constitucional acessória do Legislativo (*Corps Legislatif*)¹⁰¹⁷. Quanto aos fatores doutrinários que a influenciaram, Calamandrei refere a doutrina do contrato social de Rousseau e a teoria de divisão dos poderes de

¹⁰¹³ BUZAID, A crise do Supremo Tribunal Federal, 1972, p. 127. Na atualidade, na França e na Itália, por exemplo, existem ao menos duas cortes superiores, uma para causas cíveis e criminais e outra para causas administrativas. Na Alemanha, a estrutura judiciária é ainda mais fragmentada, havendo cinco cortes federais, cada uma para causas cíveis e criminais (BGH – *Bundesgerichtshof*), administrativas (BVerwG – *Bundesverwaltungsgericht*), tributárias (BFH – *Bundesfinanzhof*), trabalhistas (BAG – *Bundesarbeitsgericht*) e sociais (BSG – *Bundessozialgericht*) (CAPPELLETTI, Mauro. The doctrine of stare decisis and the civil law: a fundamental difference – or on difference at all? In: DROBNIG, Ulrich; KÖTZ, Hein; BERNSTEIN, Herbert. *Festschrift für Konrad Zweigert*. Tübingen: Mohr, 1981. p. 381-393. p. 383).

¹⁰¹⁴ TARUFFO, *Il vertice ambiguo...*, 1991, p. 49.

¹⁰¹⁵ CALAMANDREI, Piero. *La casación civil*. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945. v.1-2, t. 1-2. p. 17-34, 369-370; BUZAID, A crise do Supremo Tribunal Federal, 1972, p. 125.

¹⁰¹⁶ O art. 19 da Constituição francesa de 1791 apontava expressamente que o controle do Tribunal de Cassação dirigia-se exclusivamente à “*contravention expresse au texte de la loi*” (*apud* CASTANHEIRA NEVES, *O instituto dos assentos...*, 1983, p. 80).

¹⁰¹⁷ CASTANHEIRA NEVES, *O instituto dos assentos...*, 1983, p. 80; WAMBIER, *Recurso especial...*, 2008, p. 25.

Montesquieu. Com o passar do tempo, esse controle foi orientado para a uniformidade da aplicação do direito, assumindo a natureza jurisdicional¹⁰¹⁸ de órgão situado no vértice do Poder Judiciário, incumbido de participar do processo de produção de decisões judiciais¹⁰¹⁹, dado que a atividade jurisdicional envolve uma necessária interpretação da legislação¹⁰²⁰.

Por sua vez, o Tribunal de Revisão, embora tenha origem no modelo de cassação, foi desenvolvido pelos alemães. Nesse caso, o Tribunal, situado no ápice da organização judiciária, pode julgar novamente a causa, atuando positivamente, como faria qualquer outro Tribunal, conquanto não seja considerado terceira instância. Desse modo, o juízo de revisão não se limita a anular a decisão recorrida, sendo permitido analisar o mérito e julgar a controvérsia¹⁰²¹.

Por essas razões, a doutrina é unânime ao afirmar que os recursos extraordinários *lato sensu*¹⁰²² ou excepcionais, tanto no juízo de cassação como no de revisão, não configuram uma terceira instância ou um terceiro grau de jurisdição¹⁰²³, porque não há, segundo a concepção tradicional, rediscussão dos fatos e reexame da prova¹⁰²⁴. Cuida-se, tão

¹⁰¹⁸ PICARDI, *Manuale del processo civile*, 2006, p. 398.

¹⁰¹⁹ *Ibidem*, p. 17-34, 369-370.

¹⁰²⁰ BUZOID, A crise do Supremo Tribunal Federal, 1972, p. 125-126; MARINONI; MITIDIERO, *Repercussão geral...*, 2007, p. 13.

¹⁰²¹ CALAMANDREI, *La casación civil*, 1945, p. 375; BUZOID, A crise do Supremo Tribunal Federal, 1972, p. 130-131 ; e PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967-1968. v. 4, v. 5. v. 4, p. 89.

¹⁰²² Como sabido, os recursos podem ser classificados em recursos comuns e recursos extraordinários. Conforme esclarece Athos Gusmão Carneiro, “os *recursos comuns* respondem imediatamente ao interesse do litigante vencido em ver reformada a decisão que o desfavoreceu [...]. O recurso extraordinário, no direito ‘brasileiro’, sempre foi manifestado como *recurso propriamente dito* (interposto, portanto, no *mesmo* processo) e fundado *imediatamente* no interesse de ordem pública em ver prevalecer a autoridade e a exata aplicação da Constituição e da lei federal; apenas visa a tutela do interesse do litigante” (CARNEIRO, *Recurso especial...*, 2001, p. 2).

¹⁰²³ GUASCH FERNÁNDEZ, *El hecho y el derecho...*, 1998, p. 391; BUZOID, Alfredo. Nova conceituação do recurso extraordinário na Constituição do Brasil. In : _____. *Estudos de direito*. Saraiva, 1972. p. 183; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O recurso especial e o Superior Tribunal de Justiça. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 653, p. 7-15, mar. 1990. p. 8; KNIJNIK, *O recurso especial...*, 2005, p. 2; WAMBIER, *Recurso especial...*, 2008, p. 245.

¹⁰²⁴ Cumpre destacar que nem sempre as cortes superiores foram consideradas um juízo de superposição que não se enquadra num terceiro grau de jurisdição na organização judiciária. Essa discussão foi travada pelo confronto entre duas posições célebres, a de Lodovico Mortara e a de Piero Calamandrei. O primeiro considerava que o juízo de cassação funcionava como autêntico terceiro grau de jurisdição (*Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, n.º 16 ss., p. 18 ss.). Já o segundo sustentava que o recurso de cassação era propriamente um meio de impugnação que não ensejava uma terceira instância, posição que acabou sendo acolhida pela doutrina (*La cassazione...*, II, n.º 97, p. 236 ss., n.º 85, p. 186 ss) *apud* PANZAROLA, Andrea. *La cassazione civile giudice del merito*. Torino: G. Giappichelli, 2005. v. 1, v. 2. v. 1, p. 289-306.

somente, da reapreciação de questões de direito, próprias dos recursos em sentido estrito¹⁰²⁵, no âmbito das decisões enunciadas pelos juízos ordinários¹⁰²⁶. No entanto, a experiência revela que essa limitação, diga-se de passagem, contém aparente simplicidade¹⁰²⁷, visto que a atividade forense releva invariavelmente que a determinação das questões cassacionais/revisionais e não cassacionais/revisionais é tarefa das mais tormentosas¹⁰²⁸.

Atualmente pode-se dizer que existe “nivelamento progressivo” entre a “cassação” e a “revisão”, na medida em que enfrentam problemas decorrentes de um fenômeno universal: “legislação diversa, complexa, suscetível de variada interpretação”. Somado a isso, ambos os sistemas situam-se entre os meios recursais e vivem a mesma ambiguidade entre o “interesse da parte à justa decisão do caso concreto e o interesse objetivo de uniformização jurisprudencial”¹⁰²⁹.

¹⁰²⁵ Pontes de Miranda destaca que desde o sistema francês de cassação veda-se a cognição do fundo dos litígios, de modo que o exame dos fatos volta aos tribunais, que dele devem conhecer (PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967, 1967-1968*, v. 4, p. 89).

¹⁰²⁶ TARUFFO, *Il vertice ambiguo...*, 1991, p. 120.

¹⁰²⁷ Teresa Arruda Alvim Wambier aborda a distinção entre questão de fato e de direito na obra *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória* (WAMBIER, *Recurso especial...*, 2008, p. 363-375). Outrossim, Andrea Panzarola realiza minudente exame acerca da distinção em questão no âmbito da Corte de Cassação italiana (PANZAROLA, *La cassazione civile...*, 2005, v. 1, p. 152-173). Na mesma linha, Taruffo examina o controle do direito e do fato no âmbito da Cassação (TARUFFO, *Il vertice ambiguo...*, 1991, p. 117-133), assim como o faz Sergi Guasch Fernández (GUASCH FERNÁNDEZ, *El hecho y el derecho...*, 1998, p. 193-203).

¹⁰²⁸ Na sua tese de doutoramento perante a Universidade de São Paulo, Danilo Knijnik passa em revista os modelos doutrinários em que a distinção foi construída, a saber: lógico-conceitual, teleológico, do rendimento e mistos (KNIJNIK, *O recurso especial...*, 2005, p. 116-149). Diante das incoerências, dificuldades e ambiguidades desses sistemas, ante causas de ordem “hermenêutica” (fato e direito estão entrelaçados pela ideia de “espiral hermenêutica” e de “pré-compreensão”), “dogmática” (é incerta e duvidosa a possibilidade de separação fato-direito) e “processual” (novo modelo metodológico orientado à instrumentalidade e transcendência), o autor rejeita a “dicotomia jurídica” entre questão de fato – questão de direito, utilizando-se, em seu lugar, uma “tricotomia jurídica”, porque: “1) há matérias que, com razoável certeza, encontram-se no terreno de fato, ao passo que: 2) há matérias que, com razoável certeza, encontram-se no terreno jurídico, e 3) há matérias que são duvidosas, seja porque a definição da regra jurídica dependerá da construção de seu próprio sentido normativo, aberto e pluralístico, de modo que, nesse caso, será necessário buscar um conteúdo jurídico-processual auxiliar, a fim de avaliar, cientificamente, a possibilidade de revisão da matéria em sede de Recurso Especial” (*ibidem*, p. 160). Essa terceira categoria é representada pelas “questões mistas”. “Seu campo de incidência radica nos conceitos jurídicos indeterminados, nas cláusulas gerais e nos conceitos elásticos de uma forma ampla, mas não apenas em casos tais, visto que não há, como examinado, normas que aprioristicamente afastem a necessidade de interpretar, podendo-se falar em maior ou menor grau de indeterminação” (*ibidem*, p. 186). Nessas hipóteses, compete aos tribunais superiores, especialmente ao Superior Tribunal de Justiça na realidade brasileira, exercer o “controle das margens de decisão”, sempre que possível um desenvolvimento posterior do direito (*ibidem*, p. 230).

¹⁰²⁹ KNIJNIK, *O recurso especial...*, 2005, p. 89.

No contexto brasileiro, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, oriundos de inspiração norte-americana, têm caráter híbrido ou misto¹⁰³⁰. Podem atuar no plano da revisão – *errores in iudicando* –, mas também atuar como corte de cassação – *errores in procedendo*/nulidades insanáveis. Nesse caso, os tribunais superiores anulam a decisão e a reenviam ao tribunal *a quo*. Desse modo, há forte influência europeia, mas também se verifica uma importante inspiração norte-americana, principalmente no que se refere ao controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal¹⁰³¹.

A questão principal a respeito do tema, entretanto, reside na função de uniformização do direito que é atribuída aos tribunais superiores e que é tida como o verdadeiro escopo¹⁰³². O grande artífice desse reconhecimento foi inegavelmente Calamandrei, que reconheceu a importância da uniformidade da jurisprudência, através da emanção de decisões capazes não somente de assegurar a “exata” interpretação do direito, mas também impor essa interpretação como cânone de decisão dos casos sucessivos. Com uma fórmula sintética, o processualista italiano aponta a nomofilaquia para indicar que a função típica de uma corte suprema é proteger e guardar as leis, bem como assegurar o respeito uniforme da lei, através de decisões universalizáveis e projetadas ao futuro¹⁰³³.

Na atualidade, com o avanço das mais recentes teorias da interpretação, coloca-se em evidência que quase nunca uma lei tem sentido unívoco ou exato, existindo, na verdade, múltiplos significados normativos que não se confundem com o texto, entre os quais se precisa escolher racionalmente¹⁰³⁴. Nesse contexto, a nomofilaquia assume outra feição:

¹⁰³⁰ BUZAID, Nova conceituação do recurso extraordinário na Constituição do Brasil, 1972, p. 184. Esposando entendimento diverso, Teresa Arruda Alvim Wambier descarta a função de cassação exercida pelas cortes superiores brasileiras: “A atividade desenvolvida pelo STJ e STF ao julgar um recurso especial e o recurso extraordinário, respectivamente, é a de admitir os recursos, flagrar a ilegalidade ou a inconstitucionalidade (qualificada pela repercussão geral) e corrigi-la. Ou seja, não se trata de Cortes de Cassação” (WAMBIER, *Recurso especial...*, 2008, p. 350). Esse entendimento baseia-se na compreensão da Súmula 456 do STF, a qual dispõe que, conhecido o recurso extraordinário (ou especial), deve o tribunal rejulgar a causa. No entanto, o fato de poder rejulgar a causa não afasta o juízo de cassação da decisão que desconstitui o acórdão para que outra venha a ser proferida pelo tribunal recorrido.

¹⁰³¹ BUZAID, Nova conceituação do recurso extraordinário na Constituição do Brasil, 1972, p. 181-185.

¹⁰³² MAZZARELLA, Ferdinando. *Analisi del giudizio civile di cassazione*. Padova: CEDAM, 1983. p. 14; GUASCH FERNÁNDEZ, *El hecho y el derecho...*, 1998, p. 403.

¹⁰³³ CALAMANDREI, *La casación civil*, 1945, v. 2 (*Disegno generale dell'istituto*, in ID., *Opere giuridiche*, v. 2, Napoli, 1976. p. 34, 92, 105).

¹⁰³⁴ Por conseguinte, a proposição originária de Calamandrei, de cunho tradicional ou formalista, acabou sendo objeto de críticas, conforme ressalta Danilo Knijnik: “Ora, em seu sentido originário, a ‘nomofilaquia’ foi identificada com a definição da interpretação exata, única e verdadeira. Realmente, Calamandrei utilizou, reiteradamente, essa terminologia, o que gerou uma forte crítica, liderada por Taruffo, compartilhada por boa parte da doutrina, a respeito do possível comprometimento político dessa orientação – a instauração de um modelo de justiça autoritário, centralista. Na verdade, a doutrina associou aos critérios de exatidão e verdade a

objetiva orientar as decisões sucessivas, conferindo segurança, na medida do possível, na interpretação das normas substanciais e processuais, reduzindo-se, inclusive, os conceitos vagos¹⁰³⁵. Isso se dá mediante a criação de decisões idealmente destinadas a constituir precedentes idôneos para a solução de futuras e análogas controvérsias¹⁰³⁶. Cuida-se de decisões que não têm apenas efeito pretérito, mas sim futuro e definitivo, assim como a própria legislação que os juízes são instados a interpretar/aplicar¹⁰³⁷. É o que se chama atualmente de nomofilaquia “tendencial”, “dialética” e “coletiva”¹⁰³⁸, aberta e construtiva, que substitui o valor jus-unitário (absoluto), inerente à concepção formal, por um sentido tendencial (relativo) entre as múltiplas e possíveis interpretações, mediante um diálogo para melhor atingir, persuasivamente, a interpretação acertada, enquanto mais racional e afinada com os princípios constitucionais¹⁰³⁹. Objetiva-se, dessa forma, a constituição de precedentes orientadores da correta interpretação das normas¹⁰⁴⁰.

Desse modo, a função nomofilática pode ser compreendida em sentido duplo: controle posto à defesa do direito objetivo e unificação da jurisprudência, a fim de assegurar a unidade e a igualdade do direito objetivo, duas funções que se coordenam e coincidem¹⁰⁴¹. No exercício dessas funções, prevalece o entendimento de que o interesse público prepondera sobre o particular, isto é, entre satisfazer o interesse do recorrente na correta solução do conflito de seu caso (*ius litigatoris*) ou o interesse geral em uma jurisprudência uniforme (*ius constitutionis*), a doutrina opta majoritariamente por dar preferência ao último¹⁰⁴². Não significa, todavia, excluir outros interesses ou funções, ligados ao interesse das partes. “Parece-nos, realmente, que a matéria deve ser articulada, ou seja, a função nomofilática dá a

suposição de que a ‘nomofilaquia’, então deduzida, era eminentemente formalista e anti-democrática” (KNIJNIK, *O recurso especial...*, 2005, p. 99-100).

¹⁰³⁵ KNIJNIK, *O recurso especial...*, 2005, p. 53.

¹⁰³⁶ CADOPPI, *Il valore del precedente...*, 2007, p. XXV.

¹⁰³⁷ KNIJNIK, *O recurso especial...*, 2005, p. 62; SILVA, A função dos tribunais superiores, 2003, p. 299; TARUFFO, *Il vertice ambiguo...*, 1991, p. 163.

¹⁰³⁸ DENTI, Vittorio. A proposito de Corte di cassazione e di nomofilachia. *Il Foro Italiano*, Roma, v. 109, pt. 5, p. 418-420, 1986. p. 420; CROCE, *Precedente giudiziale...*, 2006, p. 1134.

¹⁰³⁹ CAPPELLETTI, *Dimensioni...*, 1994, p. 61; MAZZARELLA, *Analisi del giudizio civile...*, 1983, p. 13-15.

¹⁰⁴⁰ TARUFFO, *Il vertice ambiguo...*, 1991, p. 163.

¹⁰⁴¹ BONSIGNORI, Angelo. L'art.65 dell'ordinamento giudiziario e l'efficacia persuasiva del precedente. *Contratto e Impresa: Dialoghi con la Giurisprudenza Civile e Commerciale*, Padova, v. 4, n. 2, p. 510-515, 1988. p. 513.

¹⁰⁴² KNIJNIK, *O recurso especial...*, 2005, p. 90-91. A propósito, destaca o autor que existem três teorias formuladas a respeito: a “teoria da preponderância do interesse da parte” (defendida por Salvatore Satta, *in Diritto processuale civile*, Padova, CEDAM, 1950, p. 324), a “teoria da equivalência dos fins da cassação” (sustentada por Henke e Kuchinke) e a “teoria da preponderância da uniformização jurisprudencial” ou da “função jus-unitária” (adotada pela maioria da doutrina), as quais são expostas na obra apontada (*Ibidem*, p. 90-98).

medida da recorribilidade. Mesmo que haja um elevado interesse individual, esse, por si só, não justificará a ascensão ao juízo de revisão. Da mesma forma, exceto nos sistemas que instituem um recurso no interesse da lei, que não é o caso brasileiro, o só interesse uniformizador não legitima a atuação do Tribunal incumbido dessas funções”¹⁰⁴³. Tudo somado, deve-se buscar a adequada articulação das duas perspectivas, a fim de garantir tanto a função uniformizadora da interpretação do direito, como a resolutive do caso concreto¹⁰⁴⁴.

Assentadas essas premissas, pode-se concluir que os tribunais superiores visam a manter inviolada a norma legal, quer constitucional, quer infraconstitucional, para que a interpretação jurídica seja uniforme e estável e justa, o que é feito em dupla perspectiva: “a uma, no plano da unidade retrospectiva, alcançada pela compatibilização das decisões; a duas, no plano da unidade prospectiva, buscada pelo desenvolvimento de novas soluções aos problemas sociais”¹⁰⁴⁵. Desse modo, os magistrados das cortes superiores, ao examinarem os recursos extraordinários *lato sensu*, estão limitados às chamadas questões de direito decorrentes de interpretação incorreta da norma, porquanto o controle das questões de fato tende a ser excluído completamente da sua cognição¹⁰⁴⁶, independentemente da discussão doutrinária quanto à adequação dessa dicotomia¹⁰⁴⁷. Entende-se que aos tribunais de 2.º grau

¹⁰⁴³ KNIJNIK, *O recurso especial...*, 2005, p. 94.

¹⁰⁴⁴ GUASCH FERNÁNDEZ, *El hecho y el derecho...*, 1998, p. 176. A propósito, esses objetivos representam uma das ambiguidades da cassação apontadas por Michele Taruffo, ambiguidade esta que deve ser resolvida em favor da função de garantir a justa interpretação da norma e da tutela da legalidade como valor geral (TARUFFO, *Il vertice ambiguo...*, 1991, p. 91-92).

¹⁰⁴⁵ MARINONI; MITIDIERO, *Repercussão geral...*, 2007, p. 16-17.

¹⁰⁴⁶ Teresa Arruda Alvim Wambier aponta que, pelo exame de direito comparado, Itália, França, Alemanha, Espanha e Estados Unidos, incluindo o Brasil, consagram o postulado: não se reexaminam os fatos na “instância especial”, o que é compreensível, porque se procura atender à segurança e à igualdade jurídica. A processualista ressalta ainda, citando Arruda Alvim, que “a função dos mais altos tribunais da maioria dos países deve ser eminentemente exemplar, e os casos que julgam devem ser paradigmáticos. Devem ser capazes de significar orientação para os demais tribunais e refungir da grande rotina da judicatura. Assim, rigorosamente, não se pode dizer que esses tribunais tenham a função de controlar todo o tipo e toda a espécie de ilegalidade. É necessário que a questão tenha outras qualidades ou atributos” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial. *Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 74, p. 253-278, nov. 1998. p. 277).

¹⁰⁴⁷ Questiona-se, com acerto, a possibilidade de valorar o juízo de fato como se fosse algo divorciado do juízo de direito, pois, na essência, são realidades que se interpenetram. Acerca do tema, ver as seguintes obras: ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, 2010, p. 202-212; KNIJNIK, *O recurso especial...*, 2005, p. 14-82. É emblemática, entretanto, a lição de Miguel Reale: “Como se vê, a Teoria Tridimensional do Direito e do Estado, tal como a venho desenvolvendo desde 1940, muito embora não empregasse então aquele termo, distingue-se das demais de caráter genérico ou específico, por ser concreta e dinâmica, isto é, por afirmar que: a) *Fato, valor e norma* estão sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica, seja ela estudada pelo filósofo ou o sociólogo do direito, ou pelo jurista como tal, ao passo que, na tridimensionalidade genérica e abstrata, caberia ao filósofo apenas o estudo do valor, ao sociólogo o do fato e ao jurista o da norma (*tridimensionalidade como requisito essencial ao direito*). b) A correlação entre aqueles três elementos é de natureza funcional e dialética, dada a ‘implicação-polaridade’ existente entre *fato e valor*, de cuja tensão resulta o momento *normativo*, como

cabe a função de examinar fatos e descrevê-los no acórdão, estando soberana e definitivamente examinados. Parte-se da premissa de que erros relativos à questão de direito são mais relevantes, pois contagiam os demais juízes, sendo por isso mais perniciosos, ao passo que os erros de fato têm os seus efeitos indesejáveis circunscritos às causas em que se produziram¹⁰⁴⁸. Em tais hipóteses, conquanto possa estar em jogo o direito da parte, subjaz no fundo o interesse público em razão da coordenação do conteúdo dos julgamentos, com vistas a diminuir as possibilidades de erros e contradições, incrementando, desse modo, ante o aperfeiçoamento da distribuição da justiça, a confiança do cidadão na autoridade do Estado¹⁰⁴⁹. O interesse privado do litigante, assim, funciona mais como móvel e estímulo para a interposição do recurso extremo¹⁰⁵⁰.

Note-se que certa força normativa dos precedentes é condição necessária para o desenvolvimento da função nomofilática¹⁰⁵¹. Não sendo assim, os tribunais superiores inevitavelmente estão fadados a fazer as vezes de um juízo de terceira instância¹⁰⁵². Por isso, atribui-se valor diferenciado às decisões emanadas das cortes superiores, sob pena de restar frustrada a função de uniformizar o entendimento acerca do direito constitucional ou da lei federal¹⁰⁵³. Nesse caso, toda decisão tomada pelos tribunais superiores em casos individuais projeta o entendimento do tribunal, atuando como paradigma para casos futuros. As decisões proferidas, por conseguinte, não constituem apenas normas individuais, vinculantes para o caso concreto, mas também normas gerais que passam a constituir verdadeiros

solução superadora e integrante nos limites circunstanciais de lugar e de tempo (*concreção histórica do processo jurídico, numa dialética de complementaridade*)” (REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 57).

¹⁰⁴⁸ PÁDUA RIBEIRO, Antônio de. Do recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça. *Revista Informação Legislativa*, Brasília, DF, n. 105, p. 73-86, jan./mar. 1990. p. 75; BUZAID, A crise do Supremo Tribunal Federal, 1972, p. 137; BUZAID, Uniformização de jurisprudência, 1985, p. 191.

¹⁰⁴⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, 2010, p. 104; BAUR, *Il processo...*, 1972, p. 270.

¹⁰⁵⁰ CARNEIRO, *Recurso especial...*, 2001, p. 2.

¹⁰⁵¹ CADOPPI, *Il valore del precedente...*, 2007, p. 271.

¹⁰⁵² BONSIGNORI, *L'art.65 dell'ordinamento giudiziario...*, 1988, p. 514.

¹⁰⁵³ Calmon de Passos entende que a decisão tomada pelo tribunal superior em sua composição plenária (não necessariamente unânime) fixa entendimento que deve basilar seus próprios julgamentos. Nesse caso, destaca: “O tribunal, ao fixar diretrizes para seus julgamentos, necessariamente os coloca, também, para os julgadores de instâncias inferiores. Aqui, a força vinculante dessa decisão é essencial e indescartável, sob pena de retirar-se dos tribunais superiores precisamente a função que os justifica. Pouco importa o nome de que ela se revista – súmula, súmula vinculante, jurisprudência dominante, uniformização de jurisprudência ou o que for - obriga” (CALMON DE PASSOS, *Súmula vinculante*, 1997, p. 27).

precedentes¹⁰⁵⁴, geradores de expectativas normativas legítimas¹⁰⁵⁵. Dessa forma, “o juízo cassacional cumpre uma espécie de *função educadora ou pedagógica*, pois gera expectativas em relação à base das decisões tomadas no passado, mas também na medida em que estas se combinarão com outras futuras”¹⁰⁵⁶.

Um dos objetivos deste trabalho é, justamente, otimizar a função nomofilática dos tribunais superiores, mediante a valorização dos precedentes, para que sejam alcançadas, na maior medida possível, a uniforme interpretação do direito e a unidade do direito objetivo nacional¹⁰⁵⁷, concebidas como um progresso da administração da Justiça em todas as sociedades civilizadas¹⁰⁵⁸, em prol da racionalidade do sistema jurisdicional¹⁰⁵⁹. Em última análise, esse é o propósito da instituição das cortes superiores nos ordenamentos de tradição romana¹⁰⁶⁰. Sem estabelecer uma determinada vinculação, a tarefa de obter uma uniformidade da jurisprudência não se realizará na prática. Portanto, é chegado o momento de prestigiar o julgamento dos tribunais superiores, pois a sua importância, no sistema jurídico, sobrepõe-se às decisões de primeiro e segundo grau de jurisdição, o que não passou despercebido pelo legislador brasileiro¹⁰⁶¹. Não se sustenta, entretanto, que as decisões de primeira e segunda instância não sejam importantes. Tampouco se pretende estabelecer a ditadura das cortes superiores, o que levou parte da doutrina a criticar a nomofilaquia tendencial ou dialética¹⁰⁶².

¹⁰⁵⁴ Conforme destaca Hans Kelsen, “a decisão judicial de um caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos pelo fato de a norma individual que ela representa ser generalizada. Esta generalização, quer dizer, a formulação da norma geral, pode ser realizada pelo próprio tribunal que cria o precedente, mas também pode ser deixada aos outros tribunais que se encontram vinculados pelo dito precedente” (KELSEN, *Teoria pura do direito*, 1987, p. 267).

¹⁰⁵⁵ DERZI, *Modificações...*, 2009, p. 248.

¹⁰⁵⁶ GUASCH FERNÁNDEZ, *El hecho y el derecho...*, 1998, p. 159.

¹⁰⁵⁷ Uma escassa consciência da função nomofilática dos tribunais inferiores traduz uma escassa difusão da cultura do precedente (MELONI, *Il ruolo del precedente...*, 2005, p. 163). É através do exercício dessa função que será possível concretizar os fundamentos constitucionais dos precedentes, tanto da igualdade como da segurança jurídica na aplicação do direito (BONSIGNORI, *L'art.65 dell'ordinamento giudiziario...*, 1988, p. 514). Segue-se, portanto, uma tendência universal de valorização da função nomofilática dos tribunais superiores (CROCE, *Precedente giudiziale...*, 2006, p. 1138).

¹⁰⁵⁸ ZENATI, *La notion de divergence...*, 2003, p. 56.

¹⁰⁵⁹ GUASCH FERNÁNDEZ, *El hecho y el derecho...*, 1998, p. 161.

¹⁰⁶⁰ VICENTI, Umberto. *I precedenti giudiziari: prospettive romanistiche*. In: _____ et al. *Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea*. Padova: CEDAM, 1998. p. 1-27. p. 27.

¹⁰⁶¹ O anteprojeto do novo Código de Processo Civil brasileiro, em tramitação no Congresso Nacional, contempla regra expressa para acentuar a importância dos precedentes oriundos dos tribunais superiores: “Art. 847. Os tribunais velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte: “[...] IV - a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia; [...]”.

¹⁰⁶² Sergio Chiarloni, por exemplo, é um crítico nesse sentido, temendo que as cortes superiores impeçam o desenvolvimento do direito ao impor-se um regime rígido de observância de seus precedentes (CHIARLONI, *Ruolo della giurisprudenza...*, 2002, p. 14)

O que se quer dizer é que as decisões das cortes superiores têm importância redobrada porque transcendem o caso individual¹⁰⁶³, assumindo a jurisdição uma feição objetiva, tendo por missão “controlar a criação ‘normativa’ do poder judiciário, uniformizando-a”, a fim de se alcançar a necessária estabilidade¹⁰⁶⁴.

Com efeito, a História e a atualidade demonstram que a função nomofilática dos tribunais superiores é fundamental no Estado Democrático de Direito. São eles que possuem aptidão para produzir potencialmente precedentes com força vinculante a todos. Tanto é que exercem jurisdição em todo o território nacional. Não significa que, dessa forma, se pretende cristalizar o desenvolvimento do direito, alheio ao avanço social, econômico e político. O objetivo é conferir a devida força aos precedentes oriundos das cortes de cassação/revisão, sem, no entanto, atribuir-lhes força absoluta. Isso porque sabidamente os tribunais superiores, em que pese busquem igualdade e coerência na aplicação do direito, exercem importante papel de atualização do ordenamento jurídico, tarefa à qual é fundamental ter-se certa flexibilidade, para que se mantenha o chamado “direito vivente”¹⁰⁶⁵, adequado à evolução racional e prudente.

Na realidade brasileira, a função nomofilática dos tribunais superiores é ainda mais necessária. Não é difícil imaginar que o Brasil, com a sua dimensão continental, possa apresentar, como de fato apresenta, num mesmo momento histórico, sem variação das condições culturais, políticas, sociais, econômicas, entendimentos diversos quanto à mesma regra de direito¹⁰⁶⁶. Ademais, há um outro fator que se agrega à realidade brasileira. A área de

¹⁰⁶³ Na linha do entendimento sustentado, Sidnei Agostinho Beneti adota entendimento semelhante: “Fala-se por vezes em necessidade de prestigiar o julgamento de primeiro grau como etapa para a melhoria judiciária, o que sem dúvida é necessário, mas é parte menor do problema, pois nunca se terá definitividade no julgamento de primeiro grau se não houver firme doutrina de precedentes formada rapidamente nos tribunais superiores e, também, embora em parte menor, nos tribunais de apelação (Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais). A dispersão jurisprudencial dos tribunais, permita-se o termo, ‘tonteia’ os juízes de primeiro grau, as partes e seus advogados” (BENETI, Doutrina de precedentes..., 2006, p. 482).

¹⁰⁶⁴ KNIJNIK, *O recurso especial...*, 2005, p. 104.

¹⁰⁶⁵ Nicola Picardi ressalta: “Não menos importante foi, todavia, a função paranormativa assumida pelas Cortes por meio do instrumento assim chamado direito vivente. Utilizado livremente (e conscientemente?) a afortunada expressão ‘direito vivente (*lebendes Recht*)’ de Eugen Eherlich, a nossa jurisprudência costuma designar com tal expressão um direito jurisprudencial, constantemente aplicado e consolidado por obra do órgão de nomofilaquia ou, de qualquer modo, por uma Corte suprema. A verdade é que a sentença do juiz não exaure em si mesma os seus efeitos; ela se insere no contexto geral do ordenamento, realizando valores de igualdade, coerência e continuidade do ordenamento. O direito ‘vivente’ resulta, portanto, não tanto das normas em si mesmas consideradas, mas das argumentações jurídicas contidas nos pronunciamentos das Cortes. Tais argumentações tornam-se as verdadeiras e próprias normas, ou, como quer que seja, são assim consideradas” (PICARDI, *La vocazione...*, 2004, p. 61).

¹⁰⁶⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 476 a 565. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. (Comentários ao Código de Processo Civil, v. 5). p. 14.

atuação do juiz brasileiro é mais extensa em relação aos seus colegas da Europa continental. Como se sabe, o processo civil brasileiro não se limita à realização da ordem jurídica privada, como ocorre no Direito italiano e alemão, estendendo-se também à tutela do direito público¹⁰⁶⁷, sendo admitida, inclusive, a possibilidade de controle dos atos da administração pública pela Justiça comum, tendo em vista que a ordem político-constitucional brasileira teve sabida inspiração no modelo norte-americano, e não no europeu-continental¹⁰⁶⁸. Logo, é cada vez mais indispensável ter órgãos jurisdicionais incumbidos de uniformização de jurisprudência¹⁰⁶⁹.

É intuitivo que quanto maior a difusão da organização judiciária, com diversos órgãos superiores, maior será a difusão da autoridade das decisões proferidas. Significa que o Brasil, concentrando o exame das questões constitucionais no Supremo Tribunal Federal e no

¹⁰⁶⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, 2010, p. 116.

¹⁰⁶⁸ As particularidades do ordenamento jurídico brasileiro, frente ao direito comparado, são expostas por LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v. 8, t. 1, p. 94-5; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Jurisdição e administração: notas de direito brasileiro e comparado. *Revista Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 30, n. 119, p. 217-232, jul./set. 1993. p. 217-232. Ambos juristas ressaltam que o Direito romano tinha uma reconhecida inaptidão para o direito público, o que explica o fato de que, durante séculos, o direito privado tenha sido o único direito do continente europeu. Particularmente, o sistema alemão compreende o processo civil como aquele perante o Tribunal da jurisdição ordinária das lides civis, cabendo aos Tribunais administrativos os litígios de direitos públicos, entre cidadão e administração. Da mesma forma, o sistema italiano estabelece essa divisão de jurisdição, mas com a particularidade de estabelecer o critério com base na distinção entre a tutela dos direitos subjetivos e a tutela dos interesses legítimos, a primeira atribuída aos órgãos da jurisdição civil e a segunda à jurisdição dos órgãos da justiça administrativa. Embora haja particularidades, ambos sistemas (alemão e italiano) impedem que os órgãos da jurisdição civil exerçam algum poder cautelar de suspensão do ato administrativo e de anulação do ato administrativo, mesmo se declarado lesivo a um direito fundamental, devendo limitar-se a condenação da administração ao ressarcimento dos danos. Por derradeiro, cumpre destacar, à análise da atuação do sistema brasileiro em face dos demais sistemas, a obra de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, 2010, p. 146-147.

¹⁰⁶⁹ Essa realidade pode ser ilustrada pelo Projeto de Lei n.º 16, de 2007, de autoria do ex-Ministro da Justiça Marcio Thomaz Bastos, que prevê a criação de uma turma nacional de uniformização para os juizados especiais estaduais. Como se sabe, ao contrário dos Juizados Especiais Federais, que contam com uma turma nacional de uniformização, não existia previsão legal de um órgão que fosse responsável por uniformizar a interpretação dada pelos Juizados Especiais Estaduais. Por isso, em recente julgamento de recurso que tratava da cobrança de pulsos – além da franquia – pelas companhias telefônicas, realizado no final de agosto de 2009 perante o Supremo Tribunal Federal, os Ministros constataram que havia um vácuo no Judiciário que só poderia ser resolvido com a aprovação do texto. Enquanto não houvesse um órgão para uniformizar as decisões, a Ministra Ellen Gracie, relatora do caso (EDcl no RE 571.572), decidiu delegar a competência ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), mediante o instrumento da reclamação prevista no art. 105, I, f, da Constituição Federal, para fazer prevalecer, até a criação da turma de uniformização dos juizados especiais estaduais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na interpretação da legislação infraconstitucional (*Valor Econômico*, edição de 2 setembro 2009). Posteriormente, o projeto foi convertido na Lei n.º 12.153, de 22 de dezembro de 2009, que dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, destacando-se que o procedimento de uniformização de interpretação está disciplinado no art. 18 e seguintes desse diploma legal. Inclusive, a Corte Especial editou a Resolução 12, de 14.12.2009, dispondo sobre “o processamento, no Superior Tribunal de Justiça, das reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por uma turma recursal estadual e a jurisprudência desta Corte”.

Superior Tribunal de Justiça, as questões infraconstitucionais, tem boas condições estruturais de exercer a função nomofilática. O problema acaba sendo o número significativo de recursos a serem julgados, razão pela qual se confirma, cada vez mais, inclusive no direito comparado¹⁰⁷⁰, a necessidade de restringir o exame de recursos por essas cortes para as questões essenciais, sob pena de as decisões importantes submergirem frente a outras tantas irrelevantes¹⁰⁷¹.

Por outro lado, é preciso ter cautela. As decisões dos tribunais superiores não representam o “monopólio da verdade”, na expressão de Michele Taruffo¹⁰⁷². O valor atribuído às decisões dos tribunais superiores não significa que sejam, por definição, as únicas decisões possíveis, as únicas que contenham uma interpretação exata e autêntica do direito¹⁰⁷³, própria da lógica formalista que reinou ao tempo do positivismo clássico¹⁰⁷⁴. Tampouco se pretendem construir órgãos centralizadores que ditam regras aos juízes, cerceando-lhes a liberdade. O que se busca, na verdade, é consolidar a função nomofilática de forma ascendente, e não descendente, sem desprestigiar os juízos inferiores, iniciando-se com certos consensos que se formam ao longo do tempo e que terminam fruto da obra das cortes de cassação/revisão¹⁰⁷⁵.

Em síntese, é inegável que as decisões proferidas pelos tribunais superiores, nos países de *Civil law*, são relevantes precedentes, principalmente se estiverem acompanhados de boas razões na sua fundamentação, os quais devem ser seguidos pelos juízos inferiores, muito embora não exista formalmente o princípio do *stare decisis*¹⁰⁷⁶. Esses precedentes acabam sendo os chamados *leading cases*, que revelam os casos realmente

¹⁰⁷⁰ Ilustrativamente, destaca-se a seguinte passagem da obra de Taruffo: “*Diventa allora ragionevole l’idea di filtri o criteri di selezione che riducano in misura radicale il numero dei ricorsi, onde far sì che le funzioni di nomofilachia e di uniformità della giurisprudenza vengano svolte solo quando ne vale la pena in prospettiva generale*” (TARUFFO, *Il vertice ambiguo...*, 1991, p. 126).

¹⁰⁷¹ Para um exame do alarmante e progressivo número de recursos julgados pelo STF e STJ em comparação com outros tribunais de cassação e revisão, consulte-se: SILVA, A função dos tribunais superiores, 2003, p. 285-288.

¹⁰⁷² TARUFFO, *Il vertice ambiguo...*, 1991, p. 85.

¹⁰⁷³ SORIANO, *El precedente judicial*, 2002, p. 134.

¹⁰⁷⁴ TARUFFO, *Il vertice ambiguo...*, 1991, p. 73-86.

¹⁰⁷⁵ KNIJNIK, *O recurso especial...*, 2005, p. 105.

¹⁰⁷⁶ CAPPELLETTI, *The doctrine of stare...*, 1981, p. 392.

importantes, servindo de paradigma para futuros casos análogos, o que ressalta, assim, a importância da jurisprudência dos tribunais superiores¹⁰⁷⁷.

A técnica do recurso, na nova dimensão da valorização dos precedentes judiciais, permite articular uma relação dialética entre as decisões dos órgãos inferiores e dos órgãos superiores, a qual transcende o caso concreto. Essa relação dialética serve para unificar e conferir segurança à aplicação do direito pelos órgãos inferiores, que, cientes da orientação superior, podem argumentar, nas hipóteses necessárias, a necessidade de evolução ou superação do precedente, com a esperança de que o tribunal superior aceite a sua tese. Assim, sobressai-se a finalidade unificadora do sistema de recursos, antes secundária, hoje convertida em finalidade primordial no modelo constitucional¹⁰⁷⁸.

O resultado almejado com a otimização da função nomofilática dos tribunais superiores é a unificação do direito, visando à razoabilidade na sua aplicação. O caráter razoável do direito evidencia-se tanto na categorização dos casos à luz dos princípios, como na busca da regra aplicável ao caso. É razoável a categorização dos fatos, que toma em conta todos os princípios implicados. É razoável, por seu turno, a regra que, dentro dos limites do ordenamento, atende às exigências do caso. A tarefa dos cortes de cassação/revisão é, mediante a unificação do direito, alcançar a razoabilidade do conjunto, conferindo a almejada racionalidade¹⁰⁷⁹. Assim, assegura-se o desenvolvimento racional da jurisprudência e, por conseguinte, do Direito¹⁰⁸⁰, quer na aplicação, quer na superação dos precedentes.

4.9 Defesa de uma teoria normativa dos precedentes

A importância dos precedentes judiciais é hoje uma realidade cuja base teórica precisa restar assentada para que possa transladar-se à prática em estrada segura. Normalmente discute-se a valoração teórica dos precedentes, se meramente fática

¹⁰⁷⁷ MONATERI, Pier Giuseppe. L'occhio del comparatista sul ruolo del precedente giudiziario in Italia. *Contratto e Impresa: Dialoghi con la Giurisprudenza Civile e Commerciale*, Padova, v. 4, n. 1, p. 192-203, 1988, p. 202.

¹⁰⁷⁸ XIOL RÍOS, *El precedente judicial...*, 2005, p. 48-49.

¹⁰⁷⁹ ZAGREBELSKY, *Il diritto mite...*, 1992, p. 204.

¹⁰⁸⁰ HABERMAS, *Direito e democracia...*, 2003, p. 295.

(persuasiva), ou jurídica (vinculante). Ninguém duvida, no entanto, que o precedente expressa uma norma aplicada na decisão e que, portanto, pela sua fundamentação, deve ser observado no trato de futuros casos análogos, a menos que existam fundadas razões para desatendê-lo. Logo, o sistema de precedentes apresenta-se indispensável na jurisdição contemporânea, pois é fundamental para outorgar segurança à parte e permitir ao advogado ter consciência de como os juízes estão aplicando o direito, na medida em que a atividade jurisdicional não se limita apenas à aplicação da lei¹⁰⁸¹. O que resta controverso, em síntese, são as questões atinentes ao fundamento do vínculo e aos cânones orientadores da sua aplicação ou superação¹⁰⁸².

Para enfrentar a questão, é preciso ter presente que este estudo objetiva a possibilidade de os cidadãos conhecerem antecipadamente as consequências de suas condutas em razão do ordenamento jurídico, a fim de que possam orientar as suas decisões. Busca-se, de forma sintética, segurança jurídica na aplicação do direito, o que remete à coerência, consistência e previsibilidade, ideais básicos à teoria dos precedentes. Da mesma forma, a análise pretende assegurar a justiça formal, mediante um tratamento uniforme na solução dos conflitos. Caso seja impositiva a mudança de orientação, os indivíduos não podem ser penalizados, sob pena de restar comprometida a boa-fé objetiva e a confiança legítima, inerentes à prestação jurisdicional. Procura-se, desse modo, concretizar a máxima eficácia e efetividade das normas definidoras e protetoras de direitos fundamentais (CF, art. 5.º, § 1.º)

¹⁰⁸³

O meio idôneo para alcançar esses objetivos é estabelecer um modelo normativo de precedentes judiciais, com a capacidade de produzir efeitos jurídicos, superando-se a lógica rigidamente esquemática que contrapõe a força vinculante do precedente àquela meramente persuasiva¹⁰⁸⁴. Igualmente, na teoria proposta, a importância da dicotomia *ratio decidendi* e *obiter dictum*, própria da formulação doutrinária clássica, perde relevância, na medida em que a fundamentação dos precedentes é composta de diferentes elementos, cuja essencialidade deve ser auferida no seu conjunto e não apenas no seu núcleo

¹⁰⁸¹ MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, 2010, p. 88.

¹⁰⁸² ANZON, *Il valore del precedente...*, 1995, p. 82.

¹⁰⁸³ SARLET, *A eficácia...*, 2009, p. 114.

¹⁰⁸⁴ Nesse aspecto, a teoria normativa defendida nesta tese diferencia-se da proposta apresentada por Luiz Guilherme Marinoni, que, de forma rígida, defende a obrigatoriedade dos precedentes judiciais (MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, 2010, *passim*).

essencial. Tampouco objetiva-se adotar simplesmente a doutrina de *stare decisis*, que, sem um regime de operacionalidade, pode ocultar aos seus propugnadores a livre criação do direito pelos juízes e transmitir a falsa impressão de que estes apenas aplicam o direito existente.

Defende-se, desse modo, a adoção de uma teoria normativa dos precedentes, moldada no ordenamento jurídico brasileiro, embora tenha traços de universalidade para outros ordenamentos, cujos resultados são valiosos aos jurisdicionados. O caráter normativo da teoria decorre de três fatores principais. Primeiro, a teoria tem fundamento em normas jurídicas, especificamente princípios constitucionais. Segundo, os precedentes judiciais contêm normas jurídicas aplicadas na resolução dos casos concretos. Terceiro, os precedentes exercem funções normativas, ao servirem de fundamento à resolução de casos futuros.

Sob essa orientação, os precedentes têm um valor interpretativo do direito e argumentativo ou justificativo das decisões, para tornar o discurso jurídico razoável e racional¹⁰⁸⁵, no âmbito da sua concretização¹⁰⁸⁶. Nessa ótica, os precedentes são razões para decidir¹⁰⁸⁷. A base teórica desse modelo está centrada na argumentação jurídica, portanto na Filosofia do Direito, como elemento de debates¹⁰⁸⁸. A implicação prática encontra-se no âmbito processual, regado pelas considerações pragmáticas da dogmática jurídica, que se propõe a aplicar o direito na solução de problemas concretos. Nesse viés, o foco recai principalmente na prestação jurisdicional exercida pelas cortes superiores. Conforme adverte Peczenik, não é a decisão judicial ou o conjunto delas que aporta ao sistema jurídico elementos de unidade e de previsibilidade, senão a sua instrumentalização¹⁰⁸⁹. E a instrumentalização, nesse caso, fica a cargo do Direito Processual.

¹⁰⁸⁵ MacCORMICK, *Rhetoric and the rule...*, 2005, p. 144; GERHARDT, *The power of precedent*, 2008, p. 147-149.

¹⁰⁸⁶ Nesse sentido, a presente tese alinha-se ao entendimento de Friedrich Müller: “A racionalização da aplicação do direito visa portanto, não em último lugar, a inserção metodicamente controlada dos teores materiais envolvidos na concretização de prescrições jurídicas. A capacidade específica de rendimento da ciência jurídica é reconhecida na objetividade e validade geral especificamente limitada, alimentada pelo teor da norma, bem como pelo teor material. A desmaterialização da decisão jurídica, na qual se tocam o normologismo e o decisionismo, evidencia-se como inadequada ao direcionamento normativamente prático do direito, assim como à tarefa da ciência jurídica. A objetividade jurídica se dá a conhecer mais no detalhe do que no projeto de caráter geral. É no detalhe que se deve descobrir o que significa que também a ciência jurídica dogmática é uma ciência da norma nem autárquica nem autônoma, mas referida à realidade, quando se afirma que o limite imanente ‘a norma de todo e qualquer direito constitucional está fundamentado no ‘nexo de normatividade e normalidade, em última instância indissolúvel’ ” (MÜLLER, *O novo paradigma...*, 2009, p. 111-112).

¹⁰⁸⁷ LAPORTA, *La fuerza vinculante...*, 2009, p. 36-37.

¹⁰⁸⁸ A filosofia aqui empregada não é teoria, e sim método, e “este método é análise lógica. A filosofia é a lógica da ciência e o seu objeto é a linguagem da ciência” (ROSS, *Direito e justiça*, 2000, p. 49).

¹⁰⁸⁹ PECZENIK, *On law and reason*, 2009, p. 24-27.

O modelo normativo assenta-se em cinco argumentos correlatos ao discurso jurídico: a) o argumento *ab exemplo*; b) o argumento de autoridade; c) o argumento de correção material; d) o argumento da igualdade; e) o argumento da segurança jurídica da prestação jurisdicional. Esses argumentos justificam o uso interpretativo e argumentativo dos precedentes judiciais, pois são elementos de justificação racional da interpretação jurídica¹⁰⁹⁰.

Os argumentos propostos são todos institucionais, porque têm como ponto de referência o ordenamento jurídico. Além disso, são argumentos imanentes ao ordenamento jurídico, porquanto são construídos a partir do ordenamento jurídico vigente, assim da sua linguagem textual e contextual como dos seus valores e da sua estrutura¹⁰⁹¹.

O resultado final será o modelo de vinculação relativa dos precedentes, cuja aplicação racionaliza tanto o seguimento como a divergência, isto é, capacidade de justificar a correção de sua aplicação e, por outro lado, a correção da sua superação, sendo aplicado tanto em países de *Common law* como nos de *Civil law*.

Com efeito, a aproximação das tradições jurídicas permite conceber um modelo uniforme de precedentes, com o fim de respeitar formas coerentes, justas e transparentes de determinar a correta aplicação das normas jurídicas ao caso concreto. Significa que a força normativa do precedente não é incompatível com o sistema da *Civil law*, em que o juiz está submetido ao princípio da legalidade. Não há problema algum em o precedente judicial conviver com lei escrita, como ocorre na *Common law*. Sustenta-se mais: diante da realidade em que convivem interpretações divergentes das mesmas normas jurídicas, impõe-se a vinculação normativa aos precedentes, não se tratando de mera faculdade, sob pena de a prestação jurisdicional comprometer os ideais da segurança jurídica e da igualdade na aplicação do direito, cujo amparo é de ordem constitucional.

Apresentadas essas considerações, cumpre examinar as bases do modelo normativo proposto. Inicialmente, o argumento *ab exemplo*, ou pelo exemplo, fundamenta o

¹⁰⁹⁰ ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 21, p. 1-31, jan./mar. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-21-JANEIRO-2010-HUMBERTO-AVILA.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2010. p. 2.

¹⁰⁹¹ *Ibidem*, p. 6.

valor interpretativo dos precedentes¹⁰⁹². Parte-se do pressuposto elementar de que o aprendizado humano baseia-se na repetição de comportamentos passados¹⁰⁹³. Os juízes recorrem às decisões anteriores para aclarar o significado das normas, saber como interpretá-las e que significado a elas atribuir aproveitando a experiência de outros e do passado¹⁰⁹⁴. Assim tem sido feito ao longo dos séculos, inclusive em relação aos precedentes judiciais, que, na península ibérica ao tempo do medievo, eram chamados de “façanhas” e “fazañas”. “Julgar por *façanha* ‘seria o mesmo que julgar por *exemplo*, isto é, julgar de acordo com a solução adotada num caso exemplar, que é tomado como paradigma’ ”¹⁰⁹⁵. Note-se que a experiência exerce um papel importante na definição do exemplo a ser seguido¹⁰⁹⁶, mas que com o precedente em si não se confunde¹⁰⁹⁷, exame que será desenvolvido quando da análise do argumento da autoridade.

Portanto, como exemplo, o precedente exprime um paradigma, que, ao ser constituído, permite uma generalização¹⁰⁹⁸ que é inferior à da norma legal, pois já se trata de

¹⁰⁹² HANSFORD; SPRIGGS II, *The politics of precedent...*, 2008, p. 5.

¹⁰⁹³ O respeito à tradição é questionado, ilustrativamente, pela filosofia comunitária. Por volta de 1650, o britânico Hobbes considera que o passado, assim como os precedentes, não tem valor algum e que os juízes deveriam buscar a justiça independentemente do que outros juízes já tenham decidido no passado. A vinculação do juiz, em última análise, está na lei provinda do poder soberano (HOBBS, *Leviatã*, 2003, p. 236-238). Entretanto, com o avançar do tempo, a Filosofia do Direito acabou elaborando um modelo explicativo da relevância dos precedentes que se justifica por dois argumentos principais: um pragmático e o outro, de justiça formal. Segundo o primeiro, a razão para seguir os precedentes se encontra nos benefícios obtidos: a uniforme aplicação das leis, a economia processual, a segurança jurídica, o prestígio dos juízes e tribunais etc. Segundo o argumento de justiça formal, a razão para seguir os precedentes é o princípio da igualdade, ou seja, casos iguais requerem um tratamento semelhante (KRONMAN, Anthony T. Precedent and tradition. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 99, p. 1029-1066, 1990. p. 1.039). Em outras palavras, os argumentos pragmáticos e de justiça formal racionalizam o fundamento dos precedentes, no sentido de que o fato de algo ter sido realizado no passado é razão para que continue sendo feito no presente.

¹⁰⁹⁴ “O acervo de sabedoria acumulado pelas decisões anteriores não deve ser desprezado. Não há motivo para jogar fora um conhecimento que se foi ajuntando, engrandecendo, polindo; que sofreu o processo de filtragem, de crítica, de decantação, de aprimoramento. Em todas as ciências e todas as artes os homens aproveitam as lições legadas pelos antepassados” (TORNAGHI, *Comentários ao Código...*, 1976, p. 30).

¹⁰⁹⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 159-160.

¹⁰⁹⁶ A experiência é um componente importante e imprescindível ao ordenamento jurídico. Trata-se, na verdade, de elementos que se confundem e se complementam. No primeiro aspecto, o Direito é fruto da experiência, como manifestação cultural. No segundo aspecto, a experiência é imprescindível à valoração dos fatos e das normas jurídicas. Daí advém uma das funcionalidades do instituto das máximas de experiência (ROSITO, *Direito probatório...*, 2007, p. 57-58).

¹⁰⁹⁷ Sobre a relação entre precedente e experiência, Luiz Guilherme Marinoni destaca: “Enquanto a experiência revela compreensão advinda da vivência de um fato ou de uma situação passada, que ensina ou explica algo a respeito do precedente, o precedente é um dado autônomo, independente da experiência ou do raciocínio que o fez surgir. Desta forma, o precedente possui valor ainda que, em torno dele, não exista qualquer experiência ou raciocínio aproveitável” (MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, 2010, p. 104).

¹⁰⁹⁸ PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado da argumentação...*, 2005, p. 399.

uma norma moldada a um caso concreto¹⁰⁹⁹. Cuida-se de decisões que oferecem exemplos, guias ou critérios generalizáveis de como interpretar/aplicar o direito¹¹⁰⁰. Logo, quando fazem referência aos precedentes, os juízes estão apontando o significado da norma aplicada como critério interpretativo¹¹⁰¹. Com base nesse argumento, os precedentes proporcionam exemplos que oferecem suporte racional para determinadas decisões¹¹⁰². A particularidade do argumento pelo exemplo é que o precedente, não se prestando ao exercício de retórica ao convencimento judicial, deve ser aplicado como modelo ou *standard* jurídico que representa um entendimento determinado, considerando-se que a sua função é preceptiva, ao menos se existirem e restarem demonstradas fundadas razões para não fazê-lo¹¹⁰³.

O argumento de autoridade revela o fator institucional, a fim de definir quais precedentes são relevantes na prestação jurisdicional. Dependendo do órgão de procedência, o precedente gozará de maior ou menor autoridade, o que se levará em conta na hora de selecionar aqueles a serem aplicados. Não é uma tarefa fácil, pois todos os juízes, a rigor, têm o mesmo poder legítimo (jurisdição) para resolver uma controvérsia jurídica, poder este que é uma manifestação da soberania estatal. A particularidade é que os órgãos jurisdicionais possuem diferentes competências, que são consideradas medidas ou capacidades de exercício da jurisdição, sendo definidas por determinados critérios¹¹⁰⁴. Entre esses critérios insere-se o funcional, cuja competência é fixada em face de determinadas funções especiais que se atribuem aos órgãos jurisdicionais¹¹⁰⁵. Essas funções podem ser distribuídas horizontal ou verticalmente na organização judiciária. No segundo caso, trata-se da competência recursal,

¹⁰⁹⁹ Destaca-se, a propósito, a seguinte passagem da obra de Brutau: “Está na natureza mesma dos fatos que a resolução dos casos concretos exiba um valor de exemplaridade, erguendo-se à categoria de regra geral. Ainda quando não irrompam novos fatos que obriguem a uma renovação de critérios, estabelece-se uma fecunda corrente recíproca entre a generalidade da regra e a particularidade do caso, que contribuir a perfilar a primeira e a dar eficaz solução ao segundo. É inegável que esse valor de exemplaridade, sempre, nasce muito mais da decisão concreta que da norma geral [...]” (BRUTAU, *A jurisprudência...*, 1977, p. 53).

¹¹⁰⁰ DUXBURY, *The nature...*, 2008, p. 7.

¹¹⁰¹ Em outras palavras, “invocar o precedente significa tratá-lo como um exemplo que fundamenta uma regra” (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado da argumentação...*, 2005, p. 400).

¹¹⁰² SORIANO, *El precedente judicial*, 2002, p. 130-131.

¹¹⁰³ TARUFFO, *Precedente ed esempio...*, 1994, p. 327-329.

¹¹⁰⁴ A competência é definida a partir de três critérios principais: “o objetivo, o funcional e o territorial. O primeiro critério desdobra-se em objetivo 1) *em razão do valor*, 2) *em razão da matéria* e 3) *em razão da pessoa*; o segundo, em: 1) *funcional horizontal* e 2) *funcional vertical* (também conhecido como critério hierárquico ou por graus)” (MARINONI; MITIDIERO, *Código de Processo Civil...*, 2008, p. 153).

¹¹⁰⁵ Cândido Rangel Dinamarco destaca: “Como se vê, manifesta-se a competência funcional em *três situações* distintas entre si. Em todas elas a *função exercida* é sempre e invariavelmente o critério único que, à luz de específicas normas de direito positivo, conduz a encontrar o juiz competente: a) na busca do juiz competente para um processo subsequente ou simultâneo a outro já instaurado; b) na determinação da competência recursal (competência funcional por graus de jurisdição – *supra*, n. 206); c) na fixação da competência para

que é distribuída por uma relação de hierarquia¹¹⁰⁶, no qual se estabelece uma posição de subordinação ou dependência entre os órgãos jurisdicionais¹¹⁰⁷.

Desse modo, a competência funcional vertical revela a medida concreta da autoridade atribuída aos órgãos jurisdicionais, sendo instrumento adequado para valorar a força dos precedentes¹¹⁰⁸. Por isso, impõe-se, para a boa funcionalidade da teoria dos precedentes, uma organização judiciária hierarquizada, com fixação de competências determinadas¹¹⁰⁹. Nessa estrutura, entende-se que a maior autoridade dos precedentes – e, portanto, o seu maior valor – repousa nos tribunais superiores¹¹¹⁰. São estas as Cortes que desfrutam de maior experiência, seja pela especialidade da sua jurisdição, exercida em todo território nacional por magistrados com certa idade mínima e conhecimento jurídico notável, seja pela tarefa que lhes é conferida para consolidar entendimentos. Essa experiência não pode ser desperdiçada pelos jurisdicionados e pela sociedade. Por sua vez, a organização judiciária não pode prescindir-la.

Quanto à sua funcionalidade, o papel da autoridade justifica o uso argumentativo dos precedentes, porque decorrem de determinada fonte¹¹¹¹. Nesse caso, a autoridade proporciona uma razão para justificar uma decisão, motivo pelo qual o precedente é tido como argumento de autoridade por excelência, na argumentação jurídica. Seu fundamento está na relação entre o juiz e a decisão, na dimensão institucional dos

uma fase subsequente do processo (*competência funcional pelas fases do procedimento*)” (DINAMARCO, *Instituições...*, 2009, v. 1, p. 447-448).

¹¹⁰⁶ É o que destaca Antonio Carlos Marcato: “Sabe-se que as diversas Justiças são integradas, em regra, por órgãos monocráticos (de primeiro grau) e órgãos colegiados (de segundo grau – tribunais). Os últimos têm, por sua vez, competência originária (para aquelas causas que desde logo lhe são atribuídas por lei – v.g., CF, arts. 102, I, e 105, I) e competência recursal (poder de reexaminar, mediante recurso interposto pela parte ou interessado, o ato recorrido). Estabelece-se entre os órgãos jurisdicionais inferiores e superiores, portanto, uma relação de hierarquia para o exercício da função jurisdicional, de tal sorte que os primeiros não podem decidir aquelas causas de competência originária dos segundos, cabendo a estes, ademais, o reexame das decisões daqueles, em grau de recurso” (MARCATO, Antonio Carlos. Considerações sobre jurisdição e competência. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, n. 46, p. 49-66, mar./abr. 2007. p. 58).

¹¹⁰⁷ CHIOVENDA, *Instituições de direito...*, 2000, p. 134.

¹¹⁰⁸ Perelman ressalta: “Atualmente, o fundamento alegado com maior frequência em favor da autoridade é a competência [...]”. Mais adiante questiona: “Quem é competente para julgar, para tomar uma decisão? Como o desacordo sobre as competências leva muitas vezes a deixar a questão em suspenso, uma ordem jurídica que se preocupa em evitar as negativas de prestação judiciária deverá decidir quais são, em caso de conflito, os magistrados competentes que terão a autoridade para julgar e dirimir o debate” (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado da argumentação...*, 2005, p. 352-353).

¹¹⁰⁹ MATTEI, *Stare decisis...*, 1988, p. 10.

¹¹¹⁰ SORIANO, *El precedente judicial*, 2002, p. 61-62, 132; REALE, *Lições preliminares...*, 2002, p. 174.

¹¹¹¹ Perelman refere que o argumento de autoridade utiliza atos ou juízos de uma pessoa ou de um grupo de pessoas como meio de prova a favor de uma tese (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado da argumentação...*, 2005, p. 348).

precedentes. É natural que a autoridade do juízo estenda-se às decisões que põem fim às controvérsias jurídicas. Portanto, o valor do argumento ou do precedente dependerá diretamente da autoridade do órgão jurisdicional.

Desse modo, o elemento autoridade ajuda a determinar quais precedentes devem ser respeitados. Daí advém a sua força, decorrente da “opinião generalizada” de que o seu conteúdo deva ser observado, tal como ocorre com a lei e os costumes¹¹¹². Aceita essa premissa, questiona-se: para adotarmos as decisões como paradigmas para casos futuros, basta o fato de terem sido proferidas pelos tribunais superiores? A resposta é negativa.

Os juízes devem estar vinculados aos precedentes não porque, de fato, são precedentes; devem estar vinculados em razão do seu conteúdo, das normas que contêm. A autoridade repousa sobre o reconhecimento e, portanto, sobre uma ação da própria razão, afastando-se, assim, a obediência cega ou a arbitrariedade irracional¹¹¹³. Por isso, exige-se o argumento de correção material dos precedentes. E “correção” significa aceitabilidade racional, apoiada em argumentos¹¹¹⁴. Para a sua observância, é fundamental verificar se o precedente é razoável, conclusão que somente é possível alcançar mediante a adoção de um modelo de argumentação deliberativa que agregue ao aspecto formal (autoridade decorrente da competência) o elemento valorativo, que dependerá de uma deliberação racional¹¹¹⁵. Somente atendendo essa exigência, os precedentes fornecem razões adequadas à fundamentação das decisões judiciais, na medida em que a interpretação/aplicação do direito, embora tenha a vontade humana na sua base, não é arbitrária. Pelo contrário, é uma vontade orientada por uma série de proposições dadas pelo Direito¹¹¹⁶. Se assim não fosse, a teoria em questão correria o mesmo risco da lógica dedutiva da dogmática tradicional, a qual apenas

¹¹¹² O paralelo é traçado, de certa forma, por Hélio Tornaghi: “*Fundamento da força vinculante da lei e do costume sob o aspecto formal*, a lei tira a sua força do mesmo princípio de que o costume retira a sua: a opinião generalizada de que o dito por ela é direito e necessário (*conscientia necessitatis et iuris*); tanto assim que, sem essa convicção, a lei se torna letra morta. Mas, *formalmente*, o caráter interpretativo da lei provém da autoridade de que a impõe: O Estado soberano. Por isso, ela continua em vigor ainda que tenha caído em desuso” (TORNAGHI, *Comentários ao Código...*, 1976, p. 18-19). Com efeito, a doutrina tradicional aponta dois elementos constitutivos dos costumes: “um, externo (elemento material ou de fato), que é o uso, ou prática; outro, interno (ou elemento psicológico), que é a *opinio juris et necessitatis*” (RÁO, *O direito e a vida...*, 1999, p. 257). Infere-se que o elemento interno, também aplicável aos precedentes, consiste na convicção de que a observância da norma costumeira ou da decisão corresponde a uma necessidade jurídica, disso resultando a sua obrigatoriedade.

¹¹¹³ GADAMER, *Verdade e método*, 2008, p. 371.

¹¹¹⁴ HABERMAS, *Direito e democracia...*, 2003, p. 281.

¹¹¹⁵ SORIANO, *El precedente judicial*, 2002, p. 72-73.

¹¹¹⁶ MENEZES CORDEIRO, *Introdução*, 2002, p. CVII-CVIII.

fornece critérios de correção formais, não se ocupando das questões materiais ou do conteúdo. Nesse sentido, logicamente, as decisões oriundas dos tribunais superiores gozam de uma presunção de correção em face da sua autoridade, a qual somente pode ser afastada mediante uma fundamentação especial.

Já o argumento da igualdade, ou justiça formal, na concepção de Perelman, consiste em regras de universalidade, de consistência e de coerência¹¹¹⁷. Trata-se de conceito que coincide com o princípio da igualdade positivado no ordenamento jurídico brasileiro (CF, art. 5.º, *caput*). A regra da universalidade exige tratamento uniforme na aplicação do direito, tanto nos casos passados, como nos futuros¹¹¹⁸. Em outras palavras, deve-se extrair um enunciado que seja universalizável, cuja extensão está aquém da norma geral, abstrata e impessoal e além dos casos individualmente considerados¹¹¹⁹. Já a regra da consistência permite controlar a correção formal das inferências lógicas, no âmbito da justificação interna. Nesse sentido, os precedentes devem considerar-se razões ou argumentos, que, incorporados à argumentação jurídica, garantem a sua coerência¹¹²⁰. Os critérios de correção ou de coerência vinculados ao uso dos precedentes são: o maior número de premissas justificadas, a extensão da cadeia de argumentação, a força dos fundamentos, o maior número de conexões existentes entre as cadeias de justificação. Em todos, pode-se destacar o uso dos precedentes¹¹²¹. Por fim, a regra da coerência não somente deve manifestar-se na consistência das normas jurídicas. É necessário que os princípios e as regras sejam aplicados coerentemente nas decisões dos casos concretos, evitando a arbitrariedade nos julgamentos. Desse modo, o precedente é um meio necessário para garantir a integridade e coerência do Estado no âmbito da aplicação do direito¹¹²². A coerência reside no equilíbrio de razões ou argumentos que permitem tanto aplicar os precedentes como superá-los. Essas razões podem ser institucionais (normas jurídicas, outros precedentes ou até doutrina) quanto não institucionais (razões

¹¹¹⁷ PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado da argumentação...*, 2005, p. 248-250; SORIANO, *El precedente judicial*, 2002, p. 136-137.

¹¹¹⁸ Neil MacCormick utiliza a expressão “*back and forward looking*”. Significa que o juiz deve decidir da mesma forma como decidiu anteriormente casos semelhantes. Outrossim, o juiz deve decidir os casos atuais como pretende decidir futuramente os casos similares (MACCORMICK, *Legal reasoning...*, 1978, p. 75).

¹¹¹⁹ Não se ignora que a aceitação do universalismo, que se iniciou com a metafísica clássica, da qual foram expoentes Aristóteles e São Tomás de Aquino, é tema de difusa discussão filosófica, principalmente com o avanço da metafísica moderna, cujo grande percussor foi René Descartes (1596-1650), que passou a sustentar a base individualista do conhecimento (STRECK, *Hermenêutica jurídica...*, 2009, p. 128-143).

¹¹²⁰ DWORKIN, *Taking rights seriously*, 1997, p. 113.

¹¹²¹ ALEXY, Robert; PECZENIK, Aleksander. The concept of coherence and its significance for discursive rationality. *Ratio Juris: an International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Malden, MA, v. 3, p. 132-147, Mar. 1990. p. 132 e s.

¹¹²² SASTRE, *El precedente...*, 2008, p. 117.

morais ou econômicas). Desse modo, o argumento da justiça formal fundamenta o seguimento das decisões anteriores, já que casos similares devem ser tratados de forma igual, e justifica, ademais, a divergência dos precedentes, já que o tratamento desigual deve estar corretamente motivado¹¹²³.

Por fim, o argumento da segurança jurídica da prestação jurisdicional significa que as decisões do Poder Judiciário devem ser razoavelmente previsíveis, de modo que diferentes jurisdicionados não sejam surpreendidos com diferentes respostas judiciais em situações equivalentes. O fundamento normativo do argumento em questão repousa no princípio da segurança jurídica, considerado um subprincípio do Estado de Democrático de Direito (CF, art. 1.º, *caput*). Caso se entenda que o entendimento antigo deva ser substituído por outro, o órgão jurisdicional deve levar em consideração os efeitos inerentes à alteração jurisprudencial. A partir de então, um novo paradigma norteará as expectativas que serão construídas pelos jurisdicionados, cabendo aos órgãos jurisdicionais atribuir a mesma solução aos casos análogos¹¹²⁴.

Neste trabalho, sustenta-se que a teoria normativa dos precedentes contribui positivamente para a argumentação jurídica, tanto na interpretação, como na fundamentação das decisões judiciais. No entanto, a teoria precisa transladar-se à prática, o que significa fazer-se sentir na prestação jurisdicional. Nesse aspecto, a teoria dos precedentes judiciais vem contribuir para a modernização do processo civil brasileiro quanto ao movimento de “universalização da jurisdição”, preocupado com a ampla admissão em juízo e com a qualidade da prestação jurisdicional prestada¹¹²⁵, a fim de otimizar a prestação judicial para atender à massificação dos processos e ao número incessante de conflitos. Outrossim, a teoria normativa dos precedentes judiciais representa economia, celeridade e eficiência na prestação jurisdicional, porquanto proporciona melhor rendimento para o exame dos casos relevantes, o que é exigência do princípio constitucional do acesso à jurisdição (CF, art. 5.º, XXXV) e do direito fundamental à duração razoável que o processo exige (CF, art. 5.º, LXXVIII). Todos esses aspectos otimizam o caráter público do Direito Processual.

¹¹²³ SORIANO, *El precedente judicial*, 2002, p. 153, 243.

¹¹²⁴ BARROSO, *Recurso extraordinário...*, 2005, p. 280-286.

¹¹²⁵ DINAMARCO, *Instituições...*, 2009, v. 1, p. 296-297; DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 2005, p. 335.

Quanto à operacionalidade da teoria, os tribunais de sobreposição assumem um papel decisivo, principalmente em razão do elemento autoridade¹¹²⁶. Conforme restou examinado, os órgãos judiciais superiores, de jurisdição constitucional e infraconstitucional, têm uma medida de competência que justifica o precedente como argumento de autoridade, cujos valores intrínsecos repousam na uniformidade e na previsibilidade da aplicação do direito¹¹²⁷. Cuida-se da importante função de nomofilaquia, que, em síntese, busca atender a unidade do Direito, a certeza jurídica e a igualdade na sua aplicação, visando à obtenção, sobretudo, da uniformidade sincrônica da interpretação. Aqui, a força normativa dos precedentes dos tribunais superiores, mesmo sem texto expresso no ordenamento jurídico, decorre da lógica do sistema.

Ora, se os recursos aos tribunais superiores não se prestam à revisão dos fatos históricos ou da prova, é impositiva a conclusão de que desempenham funções normativas em que se articulam o interesse da parte e a necessidade de uniformização¹¹²⁸. Essas funções normativas decorrem principalmente das normas que proveem a uniformização da interpretação, quer do direito constitucional, quer do direito infraconstitucional federal. Portanto, não se reconhece apenas uma autoridade de fato aos precedentes judiciais¹¹²⁹.

Trata-se da otimização da força dos precedentes na sua direção vertical, de modo que as cortes superiores sejam institucionalmente aptas a estabelecer precedentes, como “mandamentos de recomendação para a consideração na solução de conflitos no mesmo grupo de casos similares”¹¹³⁰. Caso os juízes inferiores decidam de forma diversa, estão obrigados a fundamentar a sua decisão, devendo o caso ser remetido à corte superior competente para exame da sua correção, a qual poderá confirmar ou reformar a decisão proferida. Desse modo, é inegável que os precedentes dessas cortes possuem caráter normativo que se materializa mediante a prestação jurisdicional¹¹³¹.

Por isso, deixa-se claro: o respeito aos precedentes não depende de regra legal que afirme a sua obrigatoriedade, pois as normas constitucionais que atribuem aos tribunais

¹¹²⁶ VISINTINI, *Il dovere professionale...*, 1994, p. 408.

¹¹²⁷ SORIANO, *El precedente judicial*, 2002, p. 71-72.

¹¹²⁸ KNIJNIK, *O recurso especial...*, 2005, p. 151.

¹¹²⁹ BIN, *Funzione uniformatrice...*, 1988, p. 546.

¹¹³⁰ DERZI, *Modificações...*, 2009, p. 256.

¹¹³¹ ANZON, *Il valore del precedente...*, 1995, p. 85.

superiores as suas funções de uniformizar a interpretação da lei federal e de afirmar o sentido da Constituição Federal, assim como as normas que orientam essas funções, são suficientes para abrigar um sistema de precedentes vinculantes. Tampouco o caráter normativo depende da circunstância de os precedentes se tornarem “a jurisprudência pacificada do STJ ou do STF”¹¹³², pois os precedentes têm valor intrínseco que apenas resta fortalecido, e não constituído com a reiteração¹¹³³.

Ademais, vincular o juiz ao precedente é obrigá-lo a controlar seus próprios pré-juízos em diálogo com juízos próprios e alheios. Assim, será mais dono de si e aumentará também a dimensão externa da sua independência. Essa postura conferirá maior credibilidade à função jurisdicional, porque nada arruína mais a confiança na Justiça do que as aparências de arbitrariedade (independência sem controle) nos encarregados de realizá-la¹¹³⁴. Na mesma medida, a autoridade da jurisprudência restará preservada, evitando-se decisões irracionais e discricionárias.

A valorização dos precedentes representa, em última análise, a valorização da prestação jurisdicional, compromissada com a racionalidade das decisões proferidas. É inegável que a teoria dos precedentes ressalta a importância das decisões tomadas pelos órgãos jurisdicionais, as quais deixam de operar seus efeitos somente às partes em litígio, na medida em que passam a ser paradigmas para casos futuros. Além disso, a prática dos precedentes exige maior qualidade na fundamentação das decisões, permitindo que a evolução do Direito ocorra em situações adequadas e com a devida motivação. Representa a consolidação da experiência não apenas dos julgadores, como de seus pares e de seus antecessores¹¹³⁵.

Na realidade brasileira, a jurisprudência deixou de exercer um papel apenas secundário, passando ao *status* de fonte primária de direito. Sustenta-se que o Direito brasileiro, com as reformas implementadas, acabou adotando o “*stare decisis* mitigado” ao atribuir força à “jurisprudência dominante” dos tribunais, estabelecer efeito vinculante e eficácia *erga omnes* às decisões no controle concentrado de constitucionalidade e, por fim,

¹¹³² Esse é o entendimento, por exemplo, de Teresa Arruda Alvim Wambier (WAMBIER, *Recurso especial...*, 2008, p. 133).

¹¹³³ FERRERES COMELLA; XIOL RÍOS, *El carácter vinculante...*, 2009, p. 105-106.

¹¹³⁴ OLLERO, *Igualdad...*, 2005, p. 83.

¹¹³⁵ CONSTITUTIONAL *stare decisis*. *Harvard Law Review*, Cambridge, MA, v. 103, n. 2, p. 1344-1363, 1989/90. p. 1349.

significativamente, instituir as súmulas vinculantes¹¹³⁶. Tal é o avanço da jurisprudência, aliada ainda a outros institutos, que o Brasil, hoje, pode ser considerado um sistema misto, de inspiração romano-germânica e anglo-saxônica¹¹³⁷. Inclusive a organização judiciária brasileira, estruturada de forma piramidal, com base no critério da autoridade, permite a plena operacionalidade da teoria dos precedentes¹¹³⁸.

No seu conjunto, as inovações introduzidas são saudáveis e inequivocamente buscam estabelecer um tratamento uniforme e agregar previsibilidade à aplicação do direito, visando a atender os ideais do Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais das partes. No entanto, os operadores ainda não assimilaram essa mudança e, por isso, esquecem que a sua aplicação deve seguir diretrizes similares às exigidas à lei estrita, com o objetivo de preservar os ideais de estabilidade, visibilidade e coerência do direito.

Conclusivamente, a teoria normativa dos precedentes judiciais, de cunho racional, permite que certas decisões funcionem como verdadeiras “normas-jurisprudência”¹¹³⁹, visando à realização mais efetiva e previsível dos direitos a serem tutelados. Esse entendimento é fruto da concepção metodológica que preconiza a relativização do binômio “direito-processo”, objetivando-se, em última análise, extrair do processo os melhores resultados possíveis, sendo o formalismo-valorativo o método de aproximação a ser implementado. Ademais, a teoria dos precedentes, tal como concebida, é fruto da preocupação em conferir uma tutela qualificada, voltada ao incremento dos interesses coletivos e preocupada com os seus efeitos prospectivos. Desse modo, a prestação jurisdicional que privilegie a previsibilidade na solução dos conflitos, sem olvidar a necessidade de justiça do caso concreto, assegura às partes e à sociedade escolhas de conduta, estimulando a pacificação e inibindo conflitos desnecessários. Assegura-se, por conseguinte, o incremento da Justiça como instituição de um Estado responsável pela organização da vida social, sem esquecer a justiça dos casos individualmente considerados.

¹¹³⁶ ZANETI JÚNIOR, *Processo constitucional...*, 2007, p. 252. A propósito, na ampla defesa do *stare decisis*, sustentam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero: “A atual conformação da jurisdição constitucional no Brasil não leva a outra conclusão senão a da aplicabilidade da doutrina da *stare decisis* entre nós” (MARINONI; MITIDIERO, *Repercussão geral...*, 2007, p. 23).

¹¹³⁷ WAMBIER, *Recurso especial...*, 2008, p. 216.

¹¹³⁸ Diferentemente é a realidade, por exemplo, da Alemanha, cuja organização judiciária é estruturada em cinco pirâmides autônomas conforme a matéria litigiosa, enquanto a Itália e a França adotam o sistema bipiramidal (direito público e direito privado) (MATTEI, *Precedente...*, 1996, p. 167).

¹¹³⁹ A expressão foi cunhada inteligentemente por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, *Curso...*, 2009, p. 71).

5 CÂNONES ORIENTADORES PARA APLICAÇÃO E SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Neste capítulo, pretende-se examinar a prática dos precedentes judiciais, tanto na aplicação em seu sentido estrito, como na superação, aplicando-se as ideias e os conceitos expostos ao objeto do estudo. Pretende-se encontrar os chamados cânones¹¹⁴⁰ orientadores, que são entendidos como pautas ou critérios de interpretação¹¹⁴¹, próprios à teoria dos precedentes normativos.

Essas regras são especialmente importantes para que se tenha um mínimo de controle, a fim de evitar excessos no protagonismo judicial, pois, se aos juízes é reconhecida uma atividade reconstrutiva do direito, não se pode admitir discricionariedade e tampouco arbitrariedade nas decisões judiciais.

5.1 Aplicação dos precedentes

Restou demonstrado que o precedente judicial, em qualquer sistema jurídico contemporâneo, é um dos elementos centrais do Estado Democrático de Direito, à medida que garante o respeito a alguns dos princípios de maior importância no âmbito da aplicação das normas, tais como a igualdade na aplicação da lei, a proteção da confiança e a proibição da arbitrariedade¹¹⁴².

O sentido da aplicação dos precedentes, adotado neste trabalho, representa a sua observância, ou seja, a transposição do precedente para o caso concreto. Equipara-se à interpretação positiva dos precedentes, atendo-se à sua autoridade¹¹⁴³. Como não poderia ser diferente, a aplicação depende necessariamente da interpretação dos precedentes, operação

¹¹⁴⁰ Do grego *kanon*, significando regra. Daí advém a origem do Direito canônico (= Direito das regras) (CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de processo civil canônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 19).

¹¹⁴¹ ZAGREBELSKY, *Il diritto mite...*, 1992, p. 180; GRAU, *Ensaio e discurso...*, 2006, p. XVII.

¹¹⁴² SASTRE, *El precedente...*, 2008, p. 62.

¹¹⁴³ HANSFORD; SPRIGGS II, *The politics of precedent...*, 2008, p. 2-3. Corresponde ao sentido positivo de aplicação dos precedentes invocado por Taruffo (TARUFFO, *Precedente ed esempio...*, 1994, p. 31).

que, embora similar porque se trata de texto, não é idêntica à interpretação das normas jurídicas providas do legislador. Isso porque tem por objeto uma decisão judicial cuja norma jurídica já foi submetida a um juízo prévio, exigindo-se a identificação da *ratio decidendi*. A interpretação dos precedentes exige, assim, um raciocínio por via de exemplos, sendo mais abrangente e flexível do que a interpretação das normas jurídicas legais¹¹⁴⁴, conferindo-se, portanto, maior liberdade ao intérprete¹¹⁴⁵. O grande desafio é precisar o seu sentido e o seu alcance, especialmente a delimitação da sua *ratio decidendi*, para que essa liberdade não resulte em arbitrariedade ou discricionariedade.

Nessa busca, a aplicação dos precedentes na solução de conflitos requer não apenas uma vinculação normativa, como metodológica. O juiz está vinculado aos precedentes porque está obrigado a interpretar o direito. Desse modo, não há como dissociar o precedente judicial do âmbito próprio do direito. Dele faz parte e o juiz não pode ignorá-lo como fonte normativa. A partir da sua vinculação, o juiz necessita justificá-la. Nesse caso, a justificação hermenêutica exige uma metodologia que precisa ser analisada.

A questão central para aplicar um precedente, em termos metodológicos, é a sua adequação fático-jurídica ao caso presente (juízo de pertinência)¹¹⁴⁶, ou seja, a seleção de um precedente que seja suficientemente similar em termos fáticos e jurídicos ao caso atual¹¹⁴⁷, na medida em que o precedente apenas pode ser vinculante para a decisão de casos considerados “iguais”¹¹⁴⁸. A preocupação precípua consiste em verificar o que torna dois casos semelhantes ou equiparáveis. Para tanto, exige-se um triplo exame por parte do julgador. Primeiro, é necessário examinar o caso concreto para identificar e conhecer os fatos relevantes da causa, os quais são extraídos do objeto do processo, tanto o pedido como a causa de pedir. Segundo, é necessário examinar a jurisprudência, para que, uma vez identificada a controvérsia jurídica sob julgamento, o julgador possa verificar se existem precedentes que autorizam determinada solução. Trata-se da individuação do precedente

¹¹⁴⁴ SHAHABUDEEN, *Precedent in the World Court*, 2007, p. 124; CAPPELLETTI, *Juízes legisladores*, 1993, p. 85.

¹¹⁴⁵ É o que destaca MacCormick: “At the very least one can say that the process of and the grounds for restrictively explaining and distinguishing precedents are markedly similar to those of and for restrictively interpreting statutes; the difference is only in the degree of freedom which judges ascribe to themselves in effectively rewriting precedents which they deem to be unsound in principle or unacceptable in their consequences” (MacCORMICK, *Legal reasoning...*, 1978, p. 223).

¹¹⁴⁶ KRIELE, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1976. p. 269 *apud* SORIANO, *El precedente judicial*, 2002, p. 211; KRIELE, *Il precedente nell’ambito giuridico...*, 1988, p. 519.

¹¹⁴⁷ SASTRE, *El precedente...*, 2008, p. 112, 141; CROSS; HARRIS, *Precedent in english law*, 2004, p. 192.

¹¹⁴⁸ KELSEN, *Teoria pura do direito*, 1987, p. 268.

pertinente, impondo ao juiz, inevitavelmente, o exame dos fatos relevantes ao precedente e a identificação da norma subjacente à decisão, no caso, a *ratio decidendi*, a fim de buscar seu significado e alcance. Portanto, o elemento essencial, que determina a pertinência do precedente ao caso concreto sob julgamento, é a *ratio decidendi*¹¹⁴⁹, que deve coincidir¹¹⁵⁰ ou ter uma semelhança essencial, importante ou relevante¹¹⁵¹. Terceiro, para ultimar a aplicação metodológica, deve-se promover o “ajuste final” entre o precedente e o caso presente, promovendo-se o devido encaixe¹¹⁵².

Com efeito, na *Common law*, o *judicial reasoning* baseia-se em um juízo de semelhanças e diferenças relevantes entre os casos (*test of similarity*) e, portanto, de escolhas de aspectos, elementos, características e perfis que servem como termos de referência¹¹⁵³. A análise comparatística ou de similaridade (*reasoning by analogy*), selo característico da doutrina *stare decisis*¹¹⁵⁴, permite identificar se é caso de aplicação, ou não, dos precedentes mediante um juízo baseado na analogia¹¹⁵⁵. Para esse fim, a *ratio decidendi* é essencial, pois somente se pode determinar a idoneidade do precedente ao conhecer a norma que o contém, diferenciando-a do *obiter dictum*. Nesse caso, a *ratio decidendi* representa onexo entre o caso sob julgamento e o precedente possivelmente existente¹¹⁵⁶. Em última análise, a *ratio decidendi* representa a norma geral, que é criada pelo precedente e que permite decidir se dois casos são essencialmente iguais¹¹⁵⁷. “A formulação desta norma geral é o pressuposto necessário para que a decisão do caso precedente possa ser vinculante para a decisão de casos ‘iguais’ ”¹¹⁵⁸.

Sabidamente o exame das semelhanças e diferenças é tormentoso, pois nunca há dois casos completamente iguais, assim como não há duas situações absolutamente distintas. Sempre se encontra alguma diferença ou semelhança. Inevitavelmente, o caso concreto traz algo de novo, pois o aresto versa sobre fatos que possuem sempre a sua

¹¹⁴⁹ SCHAUER, *Thinking like a lawyer...*, 2009, p. 50.

¹¹⁵⁰ KRIELE, *Il precedente nell'ambito giuridico...*, 1988, p. 522.

¹¹⁵¹ WRÓBLEWSKI, *Sentido y hecho...*, 2003, p. 301.

¹¹⁵² CROSS; HARRIS, *Precedent in english law*, 2004, p. 192.

¹¹⁵³ ANZON, *Il valore del precedente...*, 1995, p. 57.

¹¹⁵⁴ CROSS; HARRIS, *Precedent in english law*, 2004, p. 206.

¹¹⁵⁵ DUXBURY, *The nature...*, 2008, p. 2; SHAHABUDDEEN, *Precedent in the World Court*, 2007, p. 120; RE, *Stare decisis*, 1994, p. 28; CROSS; HARRIS, *Precedent in english law*, 2004, p. 26; RAZ, *The authority of law*, 1979, p. 201-206.

¹¹⁵⁶ SORIANO, *El precedente judicial*, 2002, p. 176.

¹¹⁵⁷ PECZENIK, *On law and reason*, 2009, p. 273.

¹¹⁵⁸ KELSEN, *Teoria pura do direito*, 1987, p. 268.

individualidade¹¹⁵⁹. A grande questão se transfere, por isso, à determinação da relevância das diferenças¹¹⁶⁰. Conforme adverte Hans Kelsen, “como nenhum caso é igual ao precedente sob todos os aspectos, a ‘igualdade’ de dois casos que a esse respeito interessa considerar apenas pode residir no fato de eles coincidirem em certos pontos essenciais [...]”¹¹⁶¹. Assim sendo, para que a decisão de um caso se constitua precedente de um caso sucessivo, não é necessário que os fatos de ambos os casos sejam perfeitamente idênticos. É suficiente que sejam substancialmente análogos, sem diferenças relevantes¹¹⁶². Para tanto, é necessário recorrer ao argumento da comparação, no qual se cotejam dois casos para avaliá-los um em relação ao outro, tal como preconizado por Perelman¹¹⁶³. A mediação, que une um caso ao outro, depende de um critério ou de uma medida. No caso dos precedentes, a medida refere-se ao pedido e à causa de pedir, sobre os quais repousam os fundamentos determinantes do caso. Esses elementos que devem ser substancialmente análogos ou ter uma maior aproximação.

Portanto, a técnica de argumentação exigida visa a demonstrar as semelhanças e diferenças exibidas pelos casos e asseverar que as diferenças são ou não são relevantes. E quando houver menção de que se trata de casos idênticos ou similares, pressupõe-se o caso ou fato jurídico já despido de suas especificidades fáticas que tornam cada caso, caso único¹¹⁶⁴.

Nessa difícil tarefa de aplicação dos precedentes, duas questões ainda restam a definir: do universo de decisões proferidas pelos mais diversos órgãos jurisdicionais, quais são as decisões efetivamente relevantes? Uma vez identificada a decisão, o que se deve considerar como norma geral (*ratio decidendi*) do ponto de vista do precedente¹¹⁶⁵?

Sem dúvida, os precedentes mais relevantes são aqueles oriundos dos tribunais superiores que desfrutam de “competência para produzir também normas gerais através de decisões com força de precedentes”¹¹⁶⁶. São precedentes decorrentes do exercício da função

¹¹⁵⁹ Qualquer diferença entre espécies em apreço, em tese, obriga a mudar também o modo de decidir. É o que corresponde ao brocardo *modica facti differentia magnam inducit juris diversitatem* – “pequena diferença de fato induz grande diversidade de Direito” (MAXIMILIANO, *Hermenêutica...*, 1951, p. 224).

¹¹⁶⁰ ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica...*, 2005, p. 265; PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado da argumentação...*, 2005, p. 248; BANDEIRA DE MELLO, *Conteúdo jurídico...*, 2010, p. 42.

¹¹⁶¹ KELSEN, *Teoria pura do direito*, 1987, p. 268.

¹¹⁶² MATTEI, *Stare decisis...*, 1988, p. 212.

¹¹⁶³ PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado da argumentação...*, 2005, p. 274-281.

¹¹⁶⁴ DERZI, *Modificações...*, 2009, p. 257.

¹¹⁶⁵ ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica...*, 2005, p. 268.

¹¹⁶⁶ KELSEN, *Teoria pura do direito*, 1987, p. 268.

nomofilática desempenhada pelas cortes superiores, cujas decisões apontam o entendimento que deve prevalecer.

Na busca da identificação dos precedentes perante os tribunais superiores, o julgador vale-se inevitavelmente dos repertórios de jurisprudência, que se encontram disponíveis atualmente na internet. Trata-se de inegáveis ferramentas que explicitam a fundamentação e conferem publicidade às decisões, requisitos mínimos e indispensáveis à aplicação dos precedentes¹¹⁶⁷ e essenciais à administração democrática da Justiça. Note-se que, devidamente aplicada, a informática constitui instrumento muito útil à tramitação e resolução dos processos, assim como meio para conhecer com rapidez e exatidão os precedentes judiciais existentes¹¹⁶⁸.

Agora, do universo de precedentes dos tribunais superiores, quais são os mais relevantes? Para responder essa questão, Perelman enumera alguns critérios possíveis à argumentação jurídica. A primeira alternativa seria adotar a decisão que represente a maioria das decisões judiciais, ou seja, identificar o precedente que represente o entendimento predominante. A segunda alternativa seria eleger a última decisão, por entender que esta representaria a decisão do tribunal. Finalmente, a terceira alternativa seria utilizar um critério múltiplo e entender que o precedente não se faz de uma decisão, senão de uma série de decisões que representem uma linha jurisprudencial. Perelman entende que a última alternativa é a adequada, pois representará uma probabilidade maior quanto ao acerto da orientação adotada¹¹⁶⁹.

Cuida-se, na verdade, de critérios alternativos e não cumulativos cuja prevalência de um, frente aos demais, não depende de regra *a priori* definida. Dependerá das circunstâncias do julgamento do precedente e dos fatores que determinam diferentes níveis de vitalidade do precedente, conforme restou examinado no capítulo terceiro.

¹¹⁶⁷ SASTRE, *El precedente...*, 2008, p. 150; SHAHABUDEEN, *Precedent in the World Court*, 2007, p. 32; MATTEI, *Stare decisis...*, 1988, p. 10. A propósito, Jeremy Bentham já ressaltava, no início do século XIX, a indispensabilidade dos repertórios de jurisprudência à funcionalidade da *common law* (*apud* DUXBURY, *The nature...*, 2008, p. 5). De fato, dificilmente se pode imaginar que o precedente tenha alguma funcionalidade caso não seja publicado, momento em que a comunidade jurídica toma conhecimento a seu respeito. Por isso, o objetivo deve ser o incremento das ferramentas inerentes aos repertórios de jurisprudência.

¹¹⁶⁸ XIOL RÍOS, *El precedente judicial...*, 2005, p. 92-93.

¹¹⁶⁹ PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado da argumentação...*, 2005, p. 404.

A resposta da segunda questão, quanto à regra geral a ser aplicada, exige do juiz um trabalho interpretativo orientado à identificação da *ratio decidendi*: descoberta daqueles critérios jurídicos que foram adotados no caso concreto. Em princípio, consideram-se as razões que foram apresentadas pelo julgador para fundamentar a sua decisão¹¹⁷⁰ cujo exame depende da análise linguística, no contexto do caso concreto, o que não pode ser ignorado¹¹⁷¹.

Ressalta-se que a aplicação adequada dos precedentes exige a menção não apenas da ementa ou do número dos acórdãos, como ocorre ordinariamente na prática forense. O correto é referir explicitamente a *ratio decidendi*, quer dizer, o critério interpretativo aplicado ao caso concreto, mediante uma analogia concreta entre os casos do precedente e o do sucessivo, para que os fundamentos da teoria dos precedentes não sejam violados. Conforme destaca Eduardo Cambi, “A falta de análise exaustiva dos fatos que ensejaram as soluções jurídicas anteriores compromete a segurança jurídica, porque cada caso tem a sua singularidade. A não consideração dos fatos anteriores à solução jurisprudencial ou a sua consideração descontextualizada conduz à reprodução de critérios idênticos para resolver casos distintos, comprometendo a justiça das decisões”¹¹⁷². Somente dessa forma é possível identificar o conteúdo da orientação a ser seguida e os critérios interpretativos que foram adotados, o que permite não apenas o controle das partes como dos tribunais superiores, sob pena de vício de fundamentação e, por conseguinte, nulidade da decisão proferida¹¹⁷³.

¹¹⁷⁰ SORIANO, *El precedente judicial*, 2002, p. 176.

¹¹⁷¹ CROSS; HARRIS, *Precedent in english law*, 2004, p. 198.

¹¹⁷² CAMBI, *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos...*, 2009, p. 151.

¹¹⁷³ Eduardo Cambi relata interessante julgamento pinçado da obra de Lenio Luiz Streck (*Verdade e consenso...*, p. 172-174), em que resta destacada a importância da correta aplicação dos precedentes: “Para exemplificar, vale mencionar a seguinte situação concreta, julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Ap. Crim. 70012342515), na qual a juíza de primeiro grau, aplicando o princípio da insignificância, rejeitou a denúncia, por considerar ser delito de bagatela o furto de alguns objetos avaliados em R\$ 100,00 (cem reais). A decisão foi considerada nula, por ausência de fundamentação, pois, para tanto, a magistrada limitou-se a fazer referência a ementa de julgado sobre o princípio da insignificância, sem fazer qualquer relação com o caso concreto. As situações, contudo, não eram análogas. O precedente, mencionado na decisão, versava sobre um furto qualificado, com abuso de confiança, praticado por empregada doméstica que, na residência onde trabalhava, subtraiu uma oração de Santo Expedito e dois porta-retratos, avaliados em R\$ 56,00 (cinquenta e seis reais). No entanto, o caso sucessivo dizia respeito ao furto de objetos em uma residência, manifestamente, pobre, onde objetos avaliados em R\$ 100,00 (cem reais) não eram insignificantes. A juíza não se preocupou em analisar os fatos presentes em ambas as situações, para, no mínimo, comparar o patrimônio das vítimas e concluir se o prejuízo era ou não relevante. Portanto, não basta identificar as semelhanças das questões jurídicas decididas, não podendo o precedente ser universalizado, sob pena de nulidade da decisão por carência de fundamentação, se não houver *analogia concreta*, vale dizer, *efetiva similitude* entre as questões fáticas analisadas entre o julgamento-paradigma e o caso sucessivo” (CAMBI, *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos...*, 2009, p. 149-150).

Por conseguinte, os órgãos judiciais não podem ignorar os critérios de interpretação estabelecidos em decisões precedentes, do mesmo órgão ou de outro superior. Trata-se, sobretudo, de um vínculo de método que exige dos magistrados a observância dos precedentes oriundos das cortes superiores¹¹⁷⁴. Ao aplicar os precedentes, os juízes estarão argumentando por analogia, pressupondo que se determinada razão foi boa o bastante para justificar uma decisão anterior assim o será para outro caso em situação similar. Ao fim e ao cabo, quanto mais os precedentes forem observados na prática, maior será a sua vitalidade, o que representará incremento da sua autoridade¹¹⁷⁵. Da mesma forma, restará mantida a harmonia na aplicação do direito¹¹⁷⁶.

Cumprе ressaltar que o precedente não é um argumento de obrigatoria referência pelo julgador, até porque nem todo caso será possível à sua invocação. Basta considerar os casos de *first impression*. No entanto, quando existir algum precedente aplicável, é aconselhável a sua incorporação na argumentação jurídica, pois se trata de exigência decorrente da adequada fundamentação da decisão judicial. Por isso, se a parte alega um precedente, o juiz deve enfrentá-lo como qualquer outro argumento relevante, sob pena de a decisão vir a padecer de algum vício¹¹⁷⁷.

Em suma, para a sua aplicação, o precedente deve ser correto¹¹⁷⁸, independentemente de qual órgão jurisdicional decorra, cujo exame depende de deliberação racional que deve justificar as razões pertinentes. Para tanto, é indispensável fazer um exame qualitativo da *ratio decidendi* e depois justificar a sua pertinência ao caso presente.

¹¹⁷⁴ MELONI, Il ruolo del precedente..., 2005, p. 186.

¹¹⁷⁵ HANSFORD; SPRIGGS II, *The politics of precedent...*, 2008, p. 111.

¹¹⁷⁶ RAZ, *The authority of law*, 1979, p. 208.

¹¹⁷⁷ SASTRE, *El precedente...*, 2008, p. 63.

¹¹⁷⁸ Cumprе destacar, a propósito, a pertinente colocação de Wróblewski: “Ahora bien, para conseguir una valoración positiva del precedente desde el punto de vista del funcionamiento del derecho, debe cumplirse una condición esencial: el precedente debe ser ‘bueno’ o ‘correcto’. Los precedentes ‘malos’ o ‘equivocados’ pueden, es verdad, hacer más uniforme la aplicación del derecho, pero en detrimento de la actuación del derecho como medio de control social, que da eficacia a los valores postulados” (WRÓBLEWSKI, *Sentido y hecho...*, 2003, p. 312).

5.2 Superação dos precedentes

A teoria dos precedentes judiciais, proposta neste trabalho, parte do pressuposto de que, em regra, as decisões anteriores devem ser aplicadas em casos similares, consoante a força normativa que lhe é inerente, a qual, em última análise, assegura igualdade, segurança jurídica e boa-fé objetiva na aplicação do direito, princípios que retratam valores significativos em qualquer sistema jurídico. Assim, juízes e tribunais devem considerar os precedentes para satisfazer o requisito mínimo de racionalidade da tutela jurisdicional, beneficiando-se da experiência e da sabedoria do passado. É o que se chama de aplicação positiva dos precedentes.

Entretanto, a teoria dos precedentes não impõe, na atualidade, vinculação absoluta em qualquer sistema jurídico¹¹⁷⁹. “Sabe-se que o Direito pertence a uma categoria de realidades dadas por paulatina evolução das sociedades”¹¹⁸⁰. Por essa razão, mesmo a Inglaterra, que tem um rigor maior na observância dos precedentes em comparação com os Estados Unidos¹¹⁸¹, admite, em dadas condições, mudanças de orientação ao longo do tempo. “A maior prova disso reside no fato de que a *common law* que se desenvolveu através da prática dos tribunais não é atualmente a mesma de cem anos atrás”¹¹⁸². Parte-se do pressuposto, portanto, de que o Direito, como ciência social, é dinâmico e mutável por natureza, de modo que deve renovar-se e adaptar-se às novas condições sociais¹¹⁸³, principalmente em áreas nas quais a legislação não tem interferido para atualizar as normas¹¹⁸⁴, exigindo-se, assim, um sistema que tenha abertura e mobilidade¹¹⁸⁵.

¹¹⁷⁹ HANSFORD; SPRIGGS II, *The politics of precedent...*, 2008, p. 2. A rigor, “toda e qualquer teoria que pretenda compreender e explicar um dado fenômeno (jurídico inclusive) não poderá almejar-se, desde já, absoluta ou definitiva, exatamente porque, em maior ou menor medida, estará sempre na dependência da aceitação por parte da comunidade científico-jurídica a que se destina, eminentemente evolutiva e dinâmica” (KNIJNIK, *O recurso especial...*, 2005, p. 21-22).

¹¹⁸⁰ MENEZES CORDEIRO, *Introdução*, 2002, p. XIX.

¹¹⁸¹ DAVID, *Os grandes sistemas...*, 2002, p. 489. Um fator determinante dessa diferença de tratamento decorre da maneira flexível como o Supremo Tribunal dos Estados Unidos concebe a interpretação da Constituição Federal americana. Ao longo da História, a possibilidade de mudanças de jurisprudência permitiu ao Supremo Tribunal adaptar a sua interpretação da Constituição americana às correntes de pensamento e às necessidades econômicas do mundo moderno, assegurando, por um lado, a estabilidade das instituições políticas, e, por outro, compensando o domínio de uma Constituição que só pode ser modificada com extrema dificuldade (DAVID, *Os grandes sistemas...*, 2002, p. 490-491). Outros tantos autores apontam no mesmo sentido, ilustrativamente: STRECK, *Súmulas no direito...*, 1998, p. 59; PIZZORUSSO, *Osservatorio...*, 1994, p. 312.

¹¹⁸² ROSS, *Direito e justiça*, 2000, p. 113.

¹¹⁸³ PAULSEN; ÁVILA; SLIWKA, *Segurança jurídica...*, 2006, p. 26.

¹¹⁸⁴ ROSS, *Direito e justiça*, 2000, p. 111.

¹¹⁸⁵ A exigência de abertura, que significa a incompletude e provisoriade do conhecimento científico em face da mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais, e mobilidade do sistema, entendida como a ausência de

Note-se que a evolução da jurisprudência é uma necessidade mais social do que jurídica, porquanto é inegavelmente a dinâmica social que exige a dinamicidade do Direito¹¹⁸⁶, dado que a tradição cultural, por óbvio, não é imutável¹¹⁸⁷. Logo, ao precedente, tal como à jurisprudência¹¹⁸⁸, é inerente certo grau de flexibilidade ao longo do tempo¹¹⁸⁹, sendo tarefa da jurisprudência efetuar um desenvolvimento e aperfeiçoamento paulatino e contínuo do conteúdo material das normas jurídicas, antecipando, muitas vezes, uma futura intervenção do legislador¹¹⁹⁰.

Desse modo, os critérios ou as regras contidas nos casos anteriores estão sujeitos excepcionalmente à modificação ou revogação quando estiverem presentes determinadas circunstâncias, cujo exame depende da valoração judicial. Por conseguinte, as técnicas de superação dos precedentes, como exceção da teoria do *stare decisis*, são essenciais ao estudo proposto. Sem elas, haveria uma indesejável petrificação na aplicação das normas e impediria a necessária adaptação do Direito aos avanços da sociedade¹¹⁹¹. Nesse caso, a interpretação dos precedentes ocorre de forma negativa¹¹⁹².

Ademais, não seria tampouco racional a observância de precedentes errôneos ou desarrazoados. Como acontece em dadas circunstâncias, há hipóteses em que a força vinculante deve sofrer exceções, sobretudo quando houver elementos especiais e impositivos que autorizam a superação do precedente¹¹⁹³. Nesses casos, pode-se dizer, inclusive, que o juiz está obrigado a afastar-se do precedente, diante de razões determinantes¹¹⁹⁴, tendo a

uma formação rígida de previsões normativas fechadas, é trabalhada pormenorizadamente por Canaris (CANARIS, *Pensamento sistemático...*, 2002, p. 103-148).

¹¹⁸⁶ FERRAZ JÚNIOR; CARRAZZA; NERY JUNIOR, *Efeito “ex nunc”...*, 2008, p. 19.

¹¹⁸⁷ ROSS, *Direito e justiça*, 2000, p. 126.

¹¹⁸⁸ Tercio Sampaio Ferraz Jr. *et al.* destacam: “Alterações jurisprudenciais fazem parte da dinâmica do direito. Se o processo de mudança legislativa é mais ou menos rígido, se a produção normativa da administração tem uma flexibilidade limitada pela legalidade estrita, é, sem dúvida, na atividade jurisdicional, que o direito conhece seu mais alto grau de adaptabilidade à mudança social, econômica, cultural, no espaço e no tempo” (FERRAZ JÚNIOR; CARRAZZA; NERY JUNIOR, *Efeito “ex nunc”...*, 2008, p. 4).

¹¹⁸⁹ MacCORMICK, *Legal reasoning...*, 1978, p. 224-228. Cumpre destacar que, desde a sua origem, a doutrina dos precedentes vinculativos deixava certa margem de discricionariedade aos julgadores, o que era apontado como razão determinante da sua operacionalidade. Isso porque havia um número limitado de regras oriundas dos precedentes, de modo que os julgadores tinham a liberdade de preencher as lacunas existentes diante dos problemas novos existentes (GOODHART, *Precedent...*, 1934, p. 27).

¹¹⁹⁰ BARBOSA MOREIRA, *Súmula, jurisprudência...*, 2005, p. 14.

¹¹⁹¹ SASTRE, *El precedente...*, 2008, p. 150-151.

¹¹⁹² HANSFORD; SPRIGGS II, *The politics of precedent...*, 2008, p. 6. Equivale ao sentido negativo de aplicação dos precedentes invocado por Taruffo (TARUFFO, *Precedente ed esempio...*, 1994, p. 31).

¹¹⁹³ RE, *Stare decisis*, 1994, p. 10.

¹¹⁹⁴ É o que destaca Karl Larenz: “Portanto, o juiz não deve aceitar de certo modo ‘cegamente’ o precedente. Não só está habilitado, mas mesmo obrigado, a afastar-se dele se chega à conclusão de que contém uma

missão de adequar o direito à realidade histórico-social¹¹⁹⁵. O precedente, nesse caso, assume um sentido transformador, através do qual a ordem jurídica se rejuvenesce para acompanhar as exigências sociais¹¹⁹⁶.

Portanto, se é correto que toda decisão formula uma pretensão de correção, não se pode ignorar que os precedentes possuem apenas uma “presunção de correção”, na expressão de Karl Larenz, sabidamente um crítico à funcionalidade da categoria¹¹⁹⁷. Significa que, ocorrendo mudança na valoração das circunstâncias relevantes de casos similares, o julgador está autorizado a adotar entendimento diverso, desde que assumida a devida carga de fundamentação. Parte-se da premissa de que, embora existam argumentos favoráveis à sua aplicação, os precedentes não podem servir para justificar o injustificável. De um modo geral, a sucessão de paradigmas interpretativos na aplicação de idêntico texto legal vem exigida pela historicidade da realidade social e jurídica, constituindo uma exigência de justiça. Para que possa garanti-la, o juiz deve aportar uma fundamentação objetiva e racional, sobretudo nos casos em que mude diacronicamente o critério interpretativo¹¹⁹⁸.

O problema reside na identificação dessas condições autorizadoras, o que revela um ponto crucial. Geralmente, a *Common law* não apresenta, com clareza, as circunstâncias em que os tribunais podem modificar ou revogar suas prévias decisões¹¹⁹⁹. Por isso, a doutrina tem ainda muito a contribuir na definição de critérios adequados para a superação dos precedentes. No âmbito deste trabalho, almeja-se apresentar alguns parâmetros, partindo-se das técnicas utilizadas na *Common law*.

interpretação incorrecta ou um desenvolvimento do Direito insuficientemente fundamentado, ou que a questão, nele correctamente resolvida para o seu tempo, tem que ser hoje resolvida de outro modo, por causa de uma mudança da situação normativa ou da ordem jurídica no seu conjunto” (LARENZ, *Metodologia...*, 1989, p. 522).

¹¹⁹⁵ PICARDI, La vocazione..., 2004, p. 51-54. A propósito, José Carlos Barbosa Moreira destaca: “A fixação de uma tese jurídica reflete entendimento necessariamente condicionado por diversas circunstâncias. Mutável que é a realidade social, compreende-se que mude também, com o correr do tempo, o entendimento das normas de direito, ainda quando permaneça invariável o respectivo teor literal. Nada mais natural, assim, que a evolução da jurisprudência, através da constante revisão das teses jurídicas fixadas”. Citando Calamandrei na obra “La cassazione civile”, Barbosa Moreira conclui: “Como se lê em clássica obra, ‘seria absurdo desejar que a jurisprudência, que por sua mutabilidade no tempo é a mais sensível e a mais preciosa registradora das oscilações mesmo leves da consciência jurídica nacional, fosse cristalizada e contida em sua liberdade de movimento e de expansão’ ” (BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código...*, 1976, p. 13).

¹¹⁹⁶ SILVA, A função dos tribunais superiores, 2003, p. 301.

¹¹⁹⁷ LARENZ, *Metodologia...*, 1989, p. 523.

¹¹⁹⁸ OLLERO, *Igualdad...*, 2005, p. 77.

¹¹⁹⁹ SELLERS, The doctrine of precedent..., 2006, p. 86.

5.2.1 Conflito entre segurança jurídica e desenvolvimento do Direito

Uma das questões problemáticas, na teoria dos precedentes judiciais, é encontrar equilíbrio entre a segurança jurídica e o desenvolvimento do Direito¹²⁰⁰, conflito expresso pela antítese entre previsibilidade e adaptação, representado pelas necessidades opostas da estabilidade e do progresso¹²⁰¹. O que é preferível: a segurança jurídica ou o desenvolvimento do Direito^{1202?}

Inevitavelmente, o Direito convive com essas duas necessidades, tanto no plano material como no processual, pois a finalidade da jurisdição não é apenas a de acabar com os litígios, mas a de fazê-lo de forma justa¹²⁰³. Essa particularidade revela o que Jürgen Habermas chama de “tensão entre facticidade e validade” imanente ao Direito. “Manifesta-se na jurisdição como tensão entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas”¹²⁰⁴. Em outras palavras, parte-se do pressuposto de que a evolução é inerente ao Direito, na medida em que se busca a realização da justiça, função esta atribuída precipuamente à própria jurisprudência, que tem a missão de adaptar a ordem jurídica formulada às constantes mutações das circunstâncias¹²⁰⁵. Na busca dessa conformação, a jurisprudência permite uma interpretação adequada às exigências sociais mediante juízos de valor que se manifestam na realidade do momento do caso concreto. Por isso, a jurisprudência não pode apresentar um caráter imóvel frente às normas jurídicas¹²⁰⁶. O que não se pode admitir, por outro lado, é que a alteração da jurisprudência, especialmente perante os tribunais superiores, chegue ao extremo de comprometer a segurança jurídica e a credibilidade do

¹²⁰⁰ BACIGALUPO, *Applicazione del diritto penale...*, 2005, p. 12; SHAHABUDEEN, *Precedent in the World Court*, 2007, p. 126.

¹²⁰¹ BRUTAU, *A jurisprudência...*, 1977, p. 17.

¹²⁰² Esse conflito assemelha-se à notória abordagem desenvolvida por Gustav Radbruch, anterior à Segunda Guerra Mundial, sobre a antinomia das relações entre justiça e segurança (RADBRUCH, *Filosofia do direito*, 1997, p. 159-168).

¹²⁰³ Trata-se, na verdade, de um perene debate existente na cultura jurídica entre essas contrapostas exigências (GALGANO, *Giurisprudenza e giurisprudenza...*, 1985, p. 37). A própria experiência do processo civil tem demonstrado, desde sempre, o irrenunciável contraste entre justiça e segurança. Para exame da contraposição, aponta-se artigo de Francesco Carnelutti (CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, 1968, *passim*).

¹²⁰⁴ HABERMAS, *Direito e democracia...*, 2003, p. 245.

¹²⁰⁵ BRUTAU, *A jurisprudência...*, 1977, p. 232.

¹²⁰⁶ GUASCH FERNÁNDEZ, *El hecho y el derecho...*, 1998, p. 160.

Poder Judiciário. A questão, portanto, parece estar na identificação de alguns limites orientadores que, se existentes, precisam restar assentados.

É preciso reconhecer, de antemão, que não é tarefa fácil estabelecer quando se deve perseguir o resultado previsível e quando, ao invés, deve-se alterar o entendimento na busca do resultado ideal ao caso sob julgamento. “É certo que o futuro não pode ser um perpétuo prisioneiro do passado, nem podem a segurança jurídica e a proteção à confiança se transformar em valores absolutos, capazes de petrificar a ordem jurídica, imobilizando o Estado e impedindo-o de realizar as mudanças que o interesse público estaria a reclamar. Mas, de outra parte, não é igualmente admissível que o Estado seja autorizado, em todas as circunstâncias, a adotar novas providências em contradição com as que foram por ele próprio impostas, surpreendendo os que acreditaram nos atos do Poder Público”¹²⁰⁷.

A própria história do Direito revela a permanente existência desse conflito, que nem sempre foi resolvido de maneira uniforme. Por exemplo, a história moderna demonstra que a segurança jurídica foi um dos grandes objetivos da Revolução Francesa, impondo-se o império da lei frente ao juiz, que tinha a função apenas de reconhecer a vontade do legislador. Era o primado da legislação sobre a jurisdição. Passados dois séculos, esse modelo restou superado. Hoje o juiz tem assegurado um poder “criador” do direito, sendo-lhe reconhecida uma margem discricionária na interpretação/aplicação das normas jurídicas. Passa-se ao primado do direito justo, adequado à realidade, conduzindo o juiz a uma posição em que a sua atividade complementa a tarefa iniciada pelo legislador. O aspecto negativo, entretanto, é que a segurança jurídica restou relegada a um segundo plano, gerando, muitas vezes, uma jurisprudência desuniforme e inconstante, sujeita a critérios subjetivos em busca de um objetivo nobre: a justiça, embora, muitas vezes, não reste claro de que justiça se está falando.

O grande desafio da teoria do precedente é encontrar essa adequada combinação, entre o novo e o velho dentro do Estado. Nesse cenário, é indispensável boa dose de sensibilidade do juiz aos valores sociais e às mutações axiológicas da sua sociedade. Antes de negar a possibilidade de qualquer antagonismo, deve-se buscar a harmonização, pois não há espaço para justiça senão através da segurança jurídica¹²⁰⁸. Exige-se, assim, o exame para verificar se as razões da mudança de orientação podem sobrepor-se às razões da consistência,

¹²⁰⁷ COUTO E SILVA, O princípio da segurança jurídica..., 2004, p. 37.

¹²⁰⁸ KNIJNIK, O princípio da segurança..., 1995, p. 217.

estabilidade e previsibilidade das decisões¹²⁰⁹, o que deve ser empreendido com reflexão racional¹²¹⁰. Em última análise, os questionamentos e os aperfeiçoamentos devem justificar-se. Além disso, uma vez reconhecida a necessidade de mudança, é preciso discipliná-la, para que os seus efeitos negativos sejam minorados ao máximo.

Na busca dessa disciplina, o ponto de partida deve ser o reconhecimento de que a jurisprudência exerce um papel significativo na evolução do Direito¹²¹¹. Seria errôneo utilizar a teoria dos precedentes para impedir o desenvolvimento do ordenamento jurídico em compasso com a evolução histórica. Não se pode “confundir a segurança jurídica com a ‘ideologia’ da segurança, que tem por objetivo o imobilismo social”¹²¹². Nesse aspecto, a manutenção cega do *status quo* e o excesso de previsibilidade seriam perniciosos ao sistema.

Com efeito, os juízos de primeiro e segundo graus de jurisdição são importantes para a evolução da jurisprudência¹²¹³. Classicamente, qualificam-se os juízes de primeiro grau como “motores” da jurisprudência, propiciando a evolução mediante o aporte de novos elementos valorativos¹²¹⁴, embora a sua atividade, historicamente, seja vista em um

¹²⁰⁹ CHIARLONI, Efficacia..., 1989, p. 129.

¹²¹⁰ MONTESANO, Su alcune funzioni..., 1994, p. 295.

¹²¹¹ DEFLORIAN, Il ruolo del precedente..., 1998, p. 178.

¹²¹² FARACO DE AZEVEDO, Poder Judiciário, 1995, p. 14.

¹²¹³ Cândido Rangel Dinamarco ressalta alguns casos paradigmáticos da evolução tanto no Direito comparado como no Direito pátrio: “Por isso é que a jurisprudência representa papel importante na evolução do direito, contando-se casos muito expressivos em que se manifesta o exercício dessa função. Entre eles, avulta a chamada *rebelião* judiciária com que nos anos vinte o Tribunal de Darmstadt recusou o nominalismo da expressão monetária das obrigações, para impor soluções condizentes com a realidade inflacionária da Alemanha no primeiro pós-guerra deste século. Sem tanta conotação de rebeldia à lei, souberam os tribunais brasileiros também conduzir a atualização dos créditos em casos de dívidas de valor, especialmente nas indenizações por ilícito, em que dos dispositivos legais preexistentes extraíram a exigência de indenização por valor atualizado. Houve também os conhecidos casos de mutuários do Sistema Financeiro da Habitação, a quem foi judicialmente reconhecido o direito à limitação dos reajustes nas prestações que pagam, tendo-se em conta a chamada *equivalência salarial*. É histórica, ainda, a transformação no trato da concubina, especialmente no tocante aos direitos de ordem patrimonial perante a pessoa com quem viveu *more uxorio* e para a formação de cujo patrimônio contribui. Os tribunais afrouxam também a interpretação da exigência legal de ausência de protesto, como requisito para a concordata preventiva, o que corresponde à idéia, hoje universalmente vitoriosa, de recuperar a empresa em crise. As seguidas aplicações da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*) constituem outra relevantíssima tendência” (DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 2005, p. 239-240).

¹²¹⁴ Transcrevendo obra de Jean Cruet (*A vida do direito e a inutilidade das leis*, 1908, trad. portug., p. 77), Carlos Maximiliano ilustra a importância do juízo de primeiro grau de jurisdição para formação e desenvolvimento da jurisprudência: “Uma compilação de arestos é uma coleção de experiências jurídicas, sem cessar renovadas, em que se pode colher ao vivo a reação dos fatos sobre as leis. Explica-se assim que a ação inovadora da jurisprudência comece sempre a fazer-se sentir nos tribunais inferiores: vêem estes de mais perto os interesses e os desejos dos que recorrem à justiça: uma jurisdição demasiado elevada não é apta a perceber a rápida e nitidamente a corrente das realidades sociais. A nova lei vem de cima; as boas jurisprudências fazem-se em baixo” (MAXIMILIANO, *Hermenêutica...*, 1951, p. 222).

ambiente de desconfiança¹²¹⁵, o que não deixa de ser contraditório. A função criadora da jurisprudência também se deve aos tribunais de segundo grau, que não deixam de estar próximos aos fatos, na medida em que têm o dever de reexaminá-los. Por conseguinte, o sistema não pode inviabilizar essa prática e tampouco pode chegar ao extremo de estabelecer sanções ao descumprimento de um dever de acatamento das decisões dos tribunais superiores em razão de um princípio hierárquico¹²¹⁶. No entanto, é inegável que, na atualidade, o fenômeno da criação da jurisprudência decorre, sobretudo, das funções exercidas pelas cortes superiores¹²¹⁷, cujas decisões, por sua autoridade inerente, têm o fim de não apenas uniformizar entendimentos, como estabelecer novos precedentes, tidos como paradigmáticos à decisão de casos futuros análogos¹²¹⁸.

Naturalmente esse aspecto da teoria dos precedentes não passou despercebido da *Common law*, que, em determinado momento, atenuou o rigor do princípio do *stare decisis*, porquanto reconheceu que a segurança jurídica não significa garantia de previsão absoluta. O problema é que o desenvolvimento do Direito mediante a interpretação dos juízes corre o risco de provocar uma multiplicidade de critérios interpretativos, o que acabaria por afetar a própria segurança jurídica. Portanto, deve-se buscar um direito jurisprudencial que não aplique, de forma demasiadamente rígida, a regra do *stare decisis*, tendo um “potencial de flexibilidade, de concretude e de adaptabilidade às circunstâncias imprevisíveis do caso”¹²¹⁹.

Na tensão entre a estabilidade e a flexibilidade do Direito, o precedente aparece como o caminho seguro entre o culto do passado e a exaltação do presente¹²²⁰, com o objetivo de alcançar a medida exata de previsibilidade, nem para mais, nem para menos. O que se pretende é a mediação racional entre a exigência de estabilidade e a exigência de mutação,

¹²¹⁵ Exemplo disso é a instituição do duplo grau de jurisdição, uma ideia hierárquico-autoritária da jurisdição e do Estado, o que acaba gerando uma profunda desvalorização dos juízos de primeiro grau (MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, 2010, p. 134). No mesmo sentido: RODRIGUES, *Ações repetitivas...*, 2010, p. 44.

¹²¹⁶ XIOL RÍOS, *El precedente judicial...*, 2005, p. 50-51.

¹²¹⁷ PICARDI, *La vocazione...*, 2004, p. 61.

¹²¹⁸ Convém destacar, novamente, a lição de Carlos Maximiliano: “Sentenças de primeira instância formam jurisprudência? Certamente; e até não raro que forneçam a melhor contribuição. Entretanto o prestígio cresce com a altura do tribunal, e é lógico, porque os arestos de pretório mais elevado alcançam mais larga periferia e inutilizam os dos juízes inferiores. O Supremo Tribunal Federal ocupa o primeiro lugar, como autoridade em jurisprudência; vêm depois os tribunais de segunda instância; por último os de primeira. Não se olvide, entretanto, que o julgado, para constituir precedente, vale sobretudo pela motivação respectiva; o argumento científico tem mais peso do que o de *autoridade*” (MAXIMILIANO, *Hermenêutica...*, 1951, p. 228-229).

¹²¹⁹ CAPPELLETTI, *Juizes legisladores*, 1993, p. 85.

¹²²⁰ O conselho vem de Benjamin Nathan Cardozo: “*Somewhere between worship of the past and exaltation of the present, the path of safety will be found*” (CARDOZO, *The nature...*, 2005, p. 156).

sem incorrer em construções formais de grande abstração, em detrimento da riqueza dos casos concretos. Na busca desse equilíbrio entre segurança jurídica e desenvolvimento do Direito, a teoria dos precedentes não pode impedir a ocorrência de contrastes diacrônicos, desde que não sejam repetitivos e numerosos. O que se deve evitar é a ocorrência de contrastes sincrônicos, isto é, orientações divergentes que coexistem no tempo, porque estas são contraproducentes¹²²¹. Significa que o objetivo a ser alcançado é a “segurança do movimento”¹²²² ou “estabilidade com mudança”¹²²³, para que o Direito seja estável, mas não permaneça imóvel. Em outros termos, deve-se evitar a petrificação do Direito, em razão da sublimação da segurança jurídica, sem permitir que a modificação do Direito seja livre de quaisquer peias, o que equivale à segurança jurídica não em uma perspectiva estática, senão dinâmica¹²²⁴. Reconhece-se, assim, que a segurança, como todos os valores, é um problema de “medida”, de modo que se devem evitar os ideais extremos do “tudo ou nada”¹²²⁵.

Ora, é inegável que o precedente, vertical ou horizontal, tem um valor não apenas no processo, como fora dele¹²²⁶. Esse valor não pode ser considerado absoluto; é relativo e se modela diversamente, de acordo com as variações da realidade histórica e política¹²²⁷. O caráter relativo torna possível a coexistência de princípios e valores¹²²⁸, a fim de se conciliarem reciprocamente¹²²⁹, até porque a razão humana só consegue compreender valores relativos, conforme experiência espiritual do passado¹²³⁰. Não seria diferente no exame em questão, já que os princípios, na sua essência, não traduzem preceitos, mas sim valores que, por natureza, são elásticos, sem contornos e limites precisos. Logo, o valor da

¹²²¹ CADOPPI, *Il valore del precedente...*, 2007, p. 290.

¹²²² Cármen Lúcia Antunes Rocha destaca: “[...] a segurança não é imutabilidade, pois esta é própria da morte. A vida, esta, rege-se pelo movimento, que é próprio de tudo que vive. A sociedade, como o direito que nela e para ela se cria, é móvel. O que se busca é a segurança do movimento” (ROCHA, *O princípio da coisa julgada...*, 2009, p. 168).

¹²²³ FARIA, *O direito na economia...*, 2004, p. 20.

¹²²⁴ Vejamos a lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “Essa mudança de paradigma introduz um direito muito mais flexível, menos rígido, mas em contrapartida determina uma alteração no que concerne à segurança jurídica, que passa de um estado estático para um estado dinâmico, como antes ressaltado (8.1.2., *supra*). Como lapidarmente acentua doutrina de peso, a proteção judicial não é, em si mesma, necessariamente, uma conquista positiva, a menos que possa ser adaptada às necessidades prementes da sociedade. Em suma, a segurança já não é vista com os olhos do Estado liberal, em que tendia a predominar como valor, porque não serve mais aos fins sociais hoje buscados pelo Estado” (ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, 2010, p. 118).

¹²²⁵ VIGO, *Interpretação jurídica...*, 2005, p. 287.

¹²²⁶ POLIZZI, *Il valore del precedente...*, 2005, p. 207.

¹²²⁷ CADOPPI, *Il valore del precedente...*, 2007, p. 206.

¹²²⁸ Conforme destaca Mauro Cappelletti, “sublinho que não vejo ‘absolutos’ no mundo real” (CAPPELLETTI, *Juízes legisladores*, 1993, p. 80).

¹²²⁹ ZAGREBELSKY, *Il diritto mite...*, 1992, p. 171.

¹²³⁰ KELSEN, *O que é justiça...*, 2001, p. 23.

segurança jurídica, como qualquer outro, não pode ser absoluto, pois a previsibilidade não é apodítica e inderrogável. Trata-se de valor que deve ser ponderado por elementos cognitivos e controláveis, visando a encontrar um equilíbrio entre a rigidez e a incerteza¹²³¹. Não se pode permitir que o valor da segurança jurídica implique, por exemplo, “manutenção cega e indiscriminada do *status quo*”¹²³².

Não resta dúvida, por consequência, que, diante da mudança de paradigma decorrente da passagem do normativismo legalista para o direito fundamental principiológico, a segurança jurídica deixou de ser estática e passou a conviver com um Direito muito mais flexível e menos rígido. Significa que a segurança jurídica deve estar orientada ao seu escopo, que é permitir a efetividade do direito fundamental a um processo equânime, a fim de evitar um resultado injusto, assim como efetivo instrumento de realização do direito material¹²³³.

Nesse aspecto, garantismo e eficiência devem ser postos em relação de adequada proporcionalidade, por meio de uma delicada escolha dos fins a atingir e uma atenta valoração dos interesses a tutelar¹²³⁴, buscando-se descobrir, na situação concreta, o interesse mais fundamental¹²³⁵. Objetiva-se, assim, uma ideologia de interpretação do direito que permita a atualização do direito, sem violar a segurança jurídica. Em outras palavras, almeja-se alcançar um equilíbrio entre a *ideologia estática* e a *ideologia dinâmica* da interpretação jurídica¹²³⁶.

¹²³¹ ANZON, *Il valore del precedente...*, 1995, p. 44. A propósito, René David pondera: “Certamente, aspira-se que o direito assegure a segurança das relações jurídicas e, neste aspecto, parece desejável uma rigorosa regra do precedente. Mas também é necessário evitar que se estabeleçam, entre o direito aplicado nos diversos Estados, diferenças irreduzíveis; por isso, é conveniente um enfraquecimento da regra. Em presença destas exigências contraditórias, concebe-se que os juristas americanos tenham evitado uma tomada de posição muito precisa. Conforme os casos, porão em destaque o rigor ou a flexibilidade necessários do direito jurisprudencial” (DAVID, *Os grandes sistemas...*, 2002, p. 490).

¹²³² ALVARO DE OLIVEIRA, *Teoria e prática...*, 2008, p. 132.

¹²³³ ALVARO DE OLIVEIRA, *Os direitos fundamentais...*, 2008, p. 21-22.

¹²³⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, *Os direitos fundamentais...*, 2008, p. 15.

¹²³⁵ “A máxima da proporcionalidade em sentido estrito apresenta-se, pois, e desde logo, como ‘uma máxima valorativa e ponderativa numa **perspectiva essencialmente concreta**’ ” (MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade...*, 1999, p. 716).

¹²³⁶ Eros Roberto Grau distingue esses dois tipos principais de ideologia de interpretação jurídica. “O primeiro toma como valores básicos a certeza, a estabilidade e a predizibilidade, que exigem possuam as normas jurídicas um significado imutável; cuida-se de *valores estáticos*. A esse tipo de ideologia Wróblewski dá o nome de *ideologia estática de interpretação jurídica*. Tais as suas marcas mais características: a certeza jurídica importa que o direito não sofra qualquer mudança, senão por obra do legislador – assim, não se altera o significado de uma norma jurídica enquanto isso não seja determinado pelo legislador; o significado de qualquer norma jurídica é função da *vontade do legislador*; [...] a interpretação não é senão um *descobrimento*, e não se admite que ela conduza à mudança ou transformação da norma; o âmbito da interpretação é totalmente oposto ao da atividade legislativa, sendo fartos os argumentos políticos que fundamentam esse entendimento em qualquer versão da doutrina da separação dos Poderes. O segundo tipo principal de ideologia de interpretação jurídica considera a interpretação como atividade que adapta o direito às necessidades presentes e futuras da *vida social*, na acepção mais ampla dessa expressão. Podemos referi-la como *ideologia dinâmica da interpretação jurídica*. Tais as suas marcas mais

Transpondo o exame ao objeto deste trabalho, a teoria dos precedentes deve operar no equilíbrio entre a segurança jurídica com a manutenção do *status quo* e a efetividade mediante o necessário desenvolvimento do Direito. Nesse aspecto, o Direito Processual Civil deve buscar, na teoria dos precedentes, a inspiração pela segurança jurídica, sem esquecer a efetividade, que deve ser o foco na preparação e outorga da tutela jurisdicional, visando a eliminar o conflito, com legitimidade, perante a sociedade civil.

O discurso em torno desses valores pressupõe que o juiz recorra à lógica argumentativa, isto é, às regras e aos critérios de correção do raciocínio jurídico¹²³⁷. Havendo colisão entre os valores da segurança e da justiça como razão para o desenvolvimento do Direito, o intérprete deve socorrer-se de alguns instrumentos metodológicos, pois, tal como os princípios, os valores não são organizados de forma escalonada e hierarquizada, em um contexto rígido. A solução do conflito ou a busca do equilíbrio deve dar-se mediante a necessária conciliação entre essas grandezas graduáveis¹²³⁸, o que deve ser feito através do método da proporcionalidade.

Como se sabe, a proporcionalidade, espécie de postulado normativo¹²³⁹, é um tipo especial de norma (norma de segundo grau)¹²⁴⁰, que não decorre propriamente de um

características: a *vida social* corresponde ao contexto funcional das normas jurídicas e leva em consideração o atual contexto sistêmico e lingüístico; nada obsta a que o direito suscite e antecipe mudanças na vida social; impõe-se que a interpretação do direito o adapte às necessidades da *vida social*, para torná-lo mais adequado a ela – esta adequação é o valor máximo da ideologia dinâmica da interpretação jurídica; o significado da norma jurídica não é, portanto, nenhum fato do passado conectado por vínculos fictícios à vontade do legislador histórico – seu significado se altera na medida em que se alteram os contextos nos quais a norma jurídica opera; a linguagem jurídica varia na medida em que passam por variações os contextos funcional e sistêmico; a metodologia funcional é tomada de modo preferencial, sendo fim básico da interpretação jurídica a adaptação do direito às necessidades da vida social [...]” (GRAU, *Ensaio e discurso...*, 2006, p. 122-123).

¹²³⁷ PICARDI, La vocazione..., 2004, p. 57.

¹²³⁸ Humberto Ávila destaca: “... a segurança jurídica não deve ser descrita em ‘oposição’ ao princípio da igualdade ou da justiça individual, mas, muito pelo contrário, como uma ‘conciliação’ necessária. Bydlinski registra pertinentemente: ‘Se, porém, uma vez se reconhece que princípios jurídicos são de natureza estrutural distinta da de regras jurídicas, a saber que elas não são ordens acabadas, mas no fundo tendências normativas, a antinomia desaparece: tendências de valores são grandezas graduáveis’ ” (ÁVILA, *Sistema constitucional tributário*, 2004, p. 297).

¹²³⁹ A distinção entre princípios jurídicos, regras e postulados normativos aplicativos é realizada por Humberto Ávila, com base na doutrina alemã. Segundo o autor, os princípios são entidades (normas) finalísticas, indicativos de fins a serem atingidos, como o da dignidade da pessoa humana, o da moralidade administrativa etc. As regras são normas imediatamente descritivas de comportamentos, modalizados como obrigatórios, proibidos e autorizados, numa lógica trivalente. Os postulados normativos de aplicação são normas metódicas institutivas de critérios aplicativos de outras normas do sistema. Nesse sentido, os postulados são sobrenormas que instituem critérios para a aplicação de normas que constituem o seu pressuposto de aplicabilidade, tais como a razoabilidade, a proporcionalidade e a proibição de excesso (ÁVILA, *Teoria dos princípios...*, 2006, *passim* e ÁVILA, *Sistema constitucional tributário*, 2004, p. 38-44).

¹²⁴⁰ “Essas considerações levam ao entendimento de que os postulados normativos situam-se num plano distinto daquele das normas cuja aplicação estruturam. A violação deles consiste na não-interpretação de acordo

princípio ou de uma regra¹²⁴¹. Trata-se de um postulado que apenas pode ser utilizado em casos excepcionais, de colisão de direitos de igual hierarquia, cuja solução depende do método da ponderação no caso concreto. Portanto, aplica-se a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de forma que se possa proceder a três exames fundamentais, que equivalem a três sub-regras: a) a regra da adequação: o meio promove o fim?; b) a regra da necessidade: dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamental(is) afetado(s)?; c) e a regra da proporcionalidade em sentido estrito (custo-benefício da providência adotada): as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio¹²⁴²?

No âmbito da tutela jurisdicional, os elementos da proporcionalidade são facilmente identificáveis. “No caso do processo, o fim é a justiça do caso concreto; o processo justo e a tutela jurisdicional efetiva são os meios de que dispõe o Estado Democrático de Direito, essencialmente constitucional, para a realização daquele fim”¹²⁴³.

Nesse contexto, a teoria dos precedentes auxilia o encontro do ponto intermédio, fruto do temperamento entre as exigências de certeza e confiabilidade e as exigências de flexibilidade e adaptabilidade às mudanças¹²⁴⁴, numa adequada proporcionalidade entre a segurança jurídica e o desenvolvimento do Direito¹²⁴⁵. A segurança jurídica exige que a alteração dos precedentes seja ordenada, para que a manutenção da estabilidade possa conviver com a capacidade de mudança inerente ao desenvolvimento da jurisprudência¹²⁴⁶.

Entre esses dois extremos, almeja-se encontrar um equilíbrio, que, entre outros mecanismos, deva ser buscado com a aplicação dos precedentes dos tribunais superiores em casos análogos, âmbito em que existe uma necessidade de segurança jurídica mais elevada em

com a sua estruturação. São, por isso, metanormas, ou normas de segundo grau” (ÁVILA, *Teoria dos princípios...*, 2006, p. 122).

¹²⁴¹ ÁVILA, *Teoria dos princípios...*, 2006, p. 121-124. Há, no entanto, quem entenda, com inspiração na doutrina alemã, que o postulado da proporcionalidade decorre do princípio do Estado de Direito (HECK, Luis Afonso. *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional alemã*. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 176).

¹²⁴² ÁVILA, *Teoria dos princípios...*, 2006, p. 152-161.

¹²⁴³ ALVARO DE OLIVEIRA, *Os direitos fundamentais...*, 2008, p. 23.

¹²⁴⁴ TARUFFO, *Legalità e giustificazione...*, 2001, p. 26.

¹²⁴⁵ KRIELE, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung*, p. 287 *apud* SORIANO, *El precedente judicial*, 2002, p. 212.

¹²⁴⁶ SHAHABUDDEEN, *Precedent in the World Court*, 2007, p. 241.

busca da ordem desejada¹²⁴⁷. Na hipótese de ser superado um precedente, o juízo deve motivar adequadamente sua decisão. Além disso, podem-se adotar efeitos prospectivos à modificação jurisprudencial que afeta a sociedade como um todo¹²⁴⁸. São questões que serão examinadas no momento oportuno.

Disso tudo, infere-se que, na tensão entre a estabilidade e a adequação da atividade judicial, adota-se o modelo judicial que assegure, mediante a teoria do precedente, a previsibilidade da aplicação do direito e sancione, dentro do razoável, mudanças de critério ou de interpretação na justiça do caso concreto.

Em última análise, o Direito deve ajustar-se às novas realidades. No entanto, as inovações devem causar o menor trauma possível às relações jurídicas passadas que se prolongaram no tempo ou que dependem da superveniência de eventos futuros previstos. Com isso, não se espera que as partes tenham sempre condições de prever como será a decisão de um processo. O que se deseja é uma surpresa na menor medida, pois a racionalidade assim recomenda.

5.2.2 Conflito entre igualdade e justiça do caso concreto

A justiça do caso concreto é sabidamente um dos objetivos centrais da prestação jurisdicional e, portanto, do Direito Processual Civil como ciência. Cabe à ciência processual encontrar meios adequados ao alcance desse fim clássico da jurisdição, cujo resultado depende, em suma, da satisfação do direito material da parte, o que corresponde ao sentido de justiça material. Entretanto, além dessa dimensão, deve-se buscar a justiça formal, que é obtida mediante a aplicação uniforme do direito por meio de normas gerais. Confere-se a um indivíduo o que havia sido assegurado a outros em situações similares. Nessas duas dimensões de justiça, assegura-se o interesse particular do indivíduo em si considerado (justiça material) e o interesse público, do indivíduo frente à sociedade (justiça formal). O ideal é que, na solução dos litígios, essas duas dimensões da justiça sejam satisfeitas, completando-se mutuamente.

¹²⁴⁷ GARRO, Eficacia y autoridad..., 1989, p. 52.

¹²⁴⁸ CARRAZZA, Segurança jurídica..., 2008, p. 58.

No entanto, não raro a observância da igualdade na aplicação do direito coloca-se em oposição à exigência de justiça do caso concreto¹²⁴⁹, o que gerou, na doutrina, resistência à aceitação de instrumentos uniformizadores da jurisprudência¹²⁵⁰. Cuida-se, reconhecidamente, do paradoxo da Ciência do Direito, ao servir de mediadora entre a igualdade ante a norma geral e a individualização da justiça no caso concreto¹²⁵¹. É o conflito que se estabelece, em última análise, entre o interesse público na unidade do ordenamento jurídico e o interesse individual da parte, o que não comporta fácil solução, ainda mais quando o propósito do Direito é justamente promover a justiça entre os homens¹²⁵².

Destaca-se que essa contraposição é destacada por Alf Ross como um conflito dialético entre duas tendências opostas: “Todo direito e toda administração de justiça, portanto, estão determinados, em aspectos formais, por um conflito dialético entre duas tendências opostas. Por um lado, a tendência à generalização e à decisão em conformidade com critérios objetivos e, por outro, a tendência à individualização e à decisão à luz das valorações e apreciações subjetivas da consciência jurídica – ou, mais sumariamente – por um lado, a tendência para a justiça formal, por outro, a tendência para a equidade concreta”¹²⁵³.

Nesses casos, revela-se que a igualdade na aplicação do direito é desejável somente até certo grau, pois não podemos ser iguais na injustiça¹²⁵⁴. O precedente “vale na medida em que é bom, na proporção em que faz justiça; em outras palavras: não por ser precedente, mas por conter uma solução justa”¹²⁵⁵. Portanto, não se pode impedir que o juiz

¹²⁴⁹ DUXBURY, *The nature...*, 2008, p. 165.

¹²⁵⁰ Carnelutti teceu a seguinte crítica ao proceder ao exame das vantagens e desvantagens da uniformidade da jurisprudência perante a Corte de Cassação italiana: “Fácil balanço, porque seus termos são os do conhecido conflito entre a justiça e a certeza; precisamente a chamada uniformidade da jurisprudência serve exatamente a certeza, mas quanto sofre com isso a justiça? O perigo baseia-se em que adormeça, se é que não extingue, a contínua indagação dos juízes, que dia após dia, através dos caminhos da interpretação, afina as normas vigentes, tornando-as sempre mais idôneas para a sua função. O milagre do código napoleônico, que subsiste em sua estrutura fundamental há mais de cem anos, não se deve somente à sua boa vontade, mas a este trabalho diário, que o mantém vivo. O certo é que essas incertezas e esses contrastes da jurisprudência, contra os quais os incultos lançam o seu *imbelle telum*, são como os poros através dos quais o direito respira a Justiça; e quando pelo fetichismo da uniformidade, os juízes se acomodam às soluções adquiridas, e o conjunto de máximas adquire na prática o valor de um código desmesurado, fecha-se a via normal à renovação do direito” (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1938. v. 2. n.º 605, p. 647, tradução livre).

¹²⁵¹ BRUTAU, *A jurisprudência...*, 1977, p. 17.

¹²⁵² GOODHART, *Precedent...*, 1934, p. 31-32.

¹²⁵³ ROSS, *Direito e justiça*, 2000, p. 328.

¹²⁵⁴ GOODHART, *Precedent...*, 1934, p. 40.

¹²⁵⁵ TORNAGHI, *Comentários ao Código...*, 1976, p. 26.

ou tribunal possa convencer-se de que determinado precedente, ou determinada tese jurídica firmada por tribunal superior, não realiza a justiça do caso concreto que lhe cabe decidir.

Conforme restou examinado, a aplicação do direito é uma atividade prática de argumentação racional que expressa um compromisso entre a previsibilidade das decisões vinculada ao princípio da legalidade ou ao teor literal do direito, e a justiça, vinculada a considerações morais ou prático-gerais¹²⁵⁶. Há quem sustente que o direito do legislador está fundado na segurança jurídica, enquanto o direito judicial o está no princípio da justiça do caso concreto¹²⁵⁷. Portanto, sob essa ótica, a obrigação do juiz seria a justiça do caso concreto, e não a aplicação uniforme do direito. Alega-se que os juízes gozam de ampla liberdade na formação do seu convencimento, razão pela qual também teriam liberdade para mudar de orientação na aplicação do direito.

Inicialmente, a busca de um equilíbrio nessa equação passa pelo método de pensamento jurídico a ser aplicado ao caso a ser resolvido. Como se sabe, a análise do caso, na sua individualidade, é própria da tópica, enquanto a análise voltada à unidade do ordenamento jurídico encontra fundamento na teoria sistemática. A divergência de entendimento, ou da ênfase dada ao pensamento jurídico, pode ser expressa nas posições sustentadas por Viehweg e Canaris¹²⁵⁸.

Com efeito, o pensamento tópico é técnica jurídica da práxis, que é ordenada na equidade. Portanto, está sempre voltado para a determinação da solução adequada a cada caso. O direito anglo-americano do *case law* revela justamente essa estrutura. Representa uma tendência individualizadora de justiça, a qual é, por um lado, flexível porque permite adaptar a decisão a todas as circunstâncias de cada hipótese e, por outro, não deixa de observar a legalidade e a adequação formal a uma regra. O risco que se corre é voltar-se demasiadamente para a compreensão isolada do problema, numa visão estreita. Em contrapartida, o pensamento sistemático enfrenta o caso concreto com o paradigma da unidade do ordenamento jurídico. Há uma nítida preocupação de fazer mais segura a aplicação do direito.

¹²⁵⁶ PECZENIK, Aleksander. Legal reasoning as special case of moral reasoning. *Ratio Juris: an International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Malden, MA, v. 1, p. 123-136, July 1988. p. 131.

¹²⁵⁷ KOTHE, P. Vorlage, Richterrecht und Anspruch auf den gesetzlichen Richter. *Die öffentliche Verwaltung*, 41, 1988, p. 287 *apud* SORIANO, *El precedente judicial*, 2002, p. 202.

¹²⁵⁸ Respectivamente, nas seguintes obras: VIEHWEG, *Tópica e jurisprudência*, 1979; CANARIS, *Pensamento sistemático...*, 2002.

A justiça, nessa perspectiva, tende para a generalização, voltada ao mandamento da congruência e à unidade intrínseca da ordem jurídica, correndo-se o risco, por outro lado, de ignorar as particularidades do caso concreto¹²⁵⁹.

Nesse contexto, a teoria normativa dos precedentes apresenta-se como o meio-termo entre os ideais da tópica e do sistema, os quais não devem ser vistos como inimigos excludentes¹²⁶⁰, até porque há elementos comuns a ambos, como a rejeição à tentativa de conceber a ordem jurídica como lógico-formal ou axiomático-dedutiva. Como o próprio Canaris destaca sensatamente, “os pensamentos tópico e sistemático não são opostos exclusivistas, mas antes se complementam mutuamente”¹²⁶¹. Significa que o raciocínio jurídico parte do problema, “remetendo a atenção do sujeito ao sistema e, em seguida, ao problema e, em seguida, ao sistema até que se assimile aquele, encaixando-o na solução normativa adequada”, o que se apresenta como uma espécie de movimento pendular¹²⁶².

Portanto, a individualidade do caso concreto não deve ser nunca desconsiderada, na medida em que a hermenêutica se mostra como um processo empírico e aporético. Uma vez conhecido o caso concreto, moldando-se a algum precedente orientador, deve-se aplicá-lo para resolver a controvérsia, atuando a *ratio decidendi* como critério racionalizador inserido em um sistema. Note-se, aqui, que o precedente atua no meio-termo entre a individualidade do caso concreto e a generalidade da norma inserta no ordenamento jurídico, como se um *topoi* fosse (noções-chaves/orientações-chaves)¹²⁶³, porquanto se tornam

¹²⁵⁹ CANARIS, *Pensamento sistemático...*, 2002, p. 14-23. Para exame da contraposição entre os dois pensamentos (tópico e sistemático), aponta-se: BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, 2009, p. 488-496; e a própria obra de Canaris, na qual é dedicado um capítulo específico à oposição à tópica (*op. cit.*, p. 243-277).

¹²⁶⁰ BENEDETTI, *Precedente giudiziale...*, 1994, p. 188. Tanto é que a contraposição entre o pensamento problemático e o pensamento sistemático não é absoluta. Isso porque, para a adequada solução do problema, deve-se encontrar uma solução, entre as possíveis, dentro do próprio sistema (VIEHWEG, *Tópica e jurisprudência*, 1979, p. 34). Da mesma forma, a tópica tem, no pensamento sistemático, uma função complementadora inteiramente legítima a cumprir, principalmente no preenchimento de cláusulas gerais e na necessidade de aplicação da equidade (CANARIS, *Pensamento sistemático...*, 2002, p. 271-272). É o que também destaca Juarez Freitas: “[...] vislumbra-se a possibilidade epistemológica de uma síntese hermenêutica entre as visões da tópica jurídica e a dos defensores do pensamento sistemático, aparente e só aparentemente em contradição” (FREITAS, *A interpretação sistemática...*, 1995, p. 43).

¹²⁶¹ CANARIS, *Pensamento sistemático...*, 2002, p. 273.

¹²⁶² WAMBIER, *Recurso especial...*, 2008, p. 52, com base na obra de Larenz (LARENZ, *Metodologia...*, 1989, p. 336-337).

¹²⁶³ Os tópicos são pontos de vista de múltipla utilização e aceitáveis em geral, que podem ser a favor e contra a adequação opinativa e que podem conduzir à verdade. Portanto, são uma proposta de decisão. Traçando um paralelo, o tópico está para o problema assim como o precedente está ao caso concreto. Ambos possuem pontos de vista que retornam continuamente aos casos a serem resolvidos. Senão vejamos a seguinte passagem da obra de Viehweg: “A função dos *topoi*, tanto gerais como especiais, consiste em servir a uma

lugares-comuns da argumentação, pressupondo uma norma que já se tornou concretizada e que, a partir da sua formação, tem a potencialidade de transcender futuros casos análogos, o que depende da sua correção material, que é buscada no Direito entendido como sistema¹²⁶⁴.

Não se pode perder de vista, outrossim, que o conflito entre a generalização e a individualização da justiça resolve-se, em cada sistema de direito, segundo um critério de legitimação para criação do direito e um critério de confiança depositada pela sociedade na figura dos seus julgadores. Na *Common law*, os juízes podem criar regras independentemente de normas prévias positivadas, porque integram um sistema que lhes confere essa legitimidade, o que denota uma confiança tradicionalmente reconhecida. Por outro lado, os juízes continentais operam em um sistema em que o Legislativo ostenta a soberania normativa decisória, razão pela qual estão vinculados às normas positivas, o que diminui a sua liberdade decisória, modelo oriundo de uma rígida separação de poderes, no qual a atividade dos juízes era vista com certa desconfiança¹²⁶⁵.

Com base nessas considerações, pode-se afirmar que a justiça não remete apenas para uma tendência generalizadora, mas também para uma individualizadora¹²⁶⁶. A forma de conciliar essas duas vertentes é a valoração dos precedentes, no âmbito de um sistema móvel, numa solução ponderada e intermédia. O cerne da questão está na forma adequada de resolver o conflito entre a uniforme interpretação do direito e a necessidade de alteração da orientação jurisdicional em razão da mudança de fatores econômicos, sociais,

discussão de problemas. Segue-se daí que sua importância tem de ser muito especial naqueles círculos de problema em cuja natureza está não perder nunca o caráter problemático. Quando se produzem mudanças de situações e em casos particulares, é preciso encontrar novos dados para tentar resolver os problemas. Os topoi, que intervêm com caráter auxiliar, recebem por sua vez seu sentido a partir do problema. A ordenação com respeito ao problema é sempre essencial para eles. À vista de cada problema aparecem como adequados ou inadequados, conforme um entendimento que nunca é absolutamente imutável. Devem ser entendidos de um modo funcional, como possibilidades de orientação e como fios condutores do pensamento” (VIEHWEG, *Tópica e jurisprudência*, 1979, p. 38).

¹²⁶⁴ O próprio Canaris aponta para esse sentido: “Longe de ser uma aberração, como pretendem os críticos do pensamento sistemático, a idéia do sistema jurídico justifica-se a partir de um dos mais elevados valores do Direito, nomeadamente do princípio da justiça e das suas concretizações no princípio da igualdade e na tendência para a generalização. Acontece ainda que outro valor supremo, a *segurança jurídica*, aponta na mesma direcção. Também ela pressiona, em todas as suas manifestações – seja como determinabilidade e previsibilidade do Direito, como estabilidade e continuidade da legislação e da jurisprudência ou simplesmente como praticabilidade da aplicação do Direito – para a formação de um sistema, pois todos esses postulados podem ser muito melhor perseguidos através de um Direito adequadamente ordenado, dominado por poucos e alcançáveis princípios, portanto um Direito ordenado em sistema, do que por uma multiplicidade inabarcável de normas singulares desconexas e em demasiado fácil contradição uma com as outras” (CANARIS, *Pensamento sistemático...*, 2002, p. 22).

¹²⁶⁵ SASTRE, *El precedente...*, 2008, p. 132.

¹²⁶⁶ CANARIS, *Pensamento sistemático...*, 2002, p. 144.

culturais etc., tendo como base a ordenação axiológica ou teleológica que é inerente ao Direito. A credibilidade da prestação jurisdicional pode restar comprometida se o peso da ponderação pender excessivamente a um dos pratos dessa balança¹²⁶⁷.

Para tanto, o primeiro critério orientador está na “proibição geral do arbítrio”, definida por Canotilho: “existe observância da igualdade quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (*proibição do arbítrio*) tratados como desiguais. Por outras palavras: o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária”. Apontando o critério material, o constitucionalista destaca que “existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: i) fundamento sério; ii) não tiver um sentido legítimo; iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável”¹²⁶⁸. Disso se infere que a igualdade de tratamento deve ser a regra, admitindo-se a diferenciação excepcionalmente. Segundo, a fundamentação da decisão assume importância essencial, pois aumenta o ônus argumentativo do julgador para demonstrar as razões pelas quais não seguiu a orientação existente¹²⁶⁹. Terceiro, o fundamento para a diversidade de tratamento, se não for relevante e legítimo, não será racional e, portanto, não será admitido, sob pena de violação ao princípio constitucional da igualdade.

Por conseguinte, a proteção do direito fundamental à igualdade abrange duas vertentes: de um lado, a análise da justificação da desigualdade de tratamento, que deve ser objetiva e razoável (necessidade de valoração ou de critérios de valoração); e, de outro, a análise da existência de uma proporcionalidade devida entre a desigualdade de tratamento que se pretende estabelecer e os objetivos perseguidos (necessidade de encontrar elementos de comparação da natureza, do peso dos fundamentos ou motivos justificadores de soluções diferenciadas)¹²⁷⁰. Em última análise, os meios devem ser adequados, necessários e proporcionais aos fins a serem alcançados. Portanto, quando o julgador pretende afastar-se do precedente, deve verificar se as circunstâncias especiais do caso concreto justificam a superação da orientação.

¹²⁶⁷ A busca pelo equilíbrio entre o desenvolvimento do direito e a justiça é uma necessidade realçada por Hélio Tornaghi: “Por outro lado, é preciso alcançar a desejável certeza do Direito – e com ela a segurança – mas preservando, o máximo possível, a justiça. Esse o eterno problema do Direito: justiça e segurança estão nos extremos de uma gangorra; elevar uma delas acima da horizontal é rebaixar a outra. É preciso equilibrá-las para que o preço da segunda não venha a ser o sacrifício da primeira” (TORNAGHI, *Comentários ao Código...*, 1976, p. 31-32).

¹²⁶⁸ GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional...*, 1998, p. 390-391.

¹²⁶⁹ A importância da fundamentação será desenvolvida no ponto 5.4.

¹²⁷⁰ SASTRE, *El precedente...*, 2008, p. 154; GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional...*, 1998, p. 392.

Disso tudo, conclui-se que a regularidade objetiva ou racionalidade formal é uma ideia fundamental em todo o Direito, mas não é a única. Haverá hipóteses em que as normas e também os precedentes não expressam exhaustivamente todas as considerações e circunstâncias relevantes, de modo que, quando aplicados a casos individuais, conduzam a resultados que não podem ser aprovados pela consciência jurídica. Nesses casos, as particularidades dos casos justificarão a exceção. “É dizer: as vantagens calçadas em alguma particularidade distintiva não de ser conferidas prestigiando situações conotadas positivamente ou, quando menos, compatíveis com os interesses acolhidos no sistema constitucional”¹²⁷¹.

A virtude está em identificar o ponto de equilíbrio entre a excessiva flexibilidade, orientada pela justiça do caso concreto, e a excessiva rigidez na aplicação do direito, decorrente do princípio da legalidade, com os limites técnicos impostos pelo ordenamento jurídico, os quais são reveladores de segurança jurídica. O problema central consiste na individuação de formas idôneas a garantir um equilíbrio racional entre o livre convencimento judicial no exame do caso concreto e a necessidade de segurança¹²⁷². Isso porque não se pode esquecer que a liberdade do julgador sofre limites que garantem, em última análise, a sua legitimidade, tanto perante as partes, como perante a sociedade¹²⁷³.

¹²⁷¹ BANDEIRA DE MELLO, *Conteúdo jurídico...*, 2010, p. 42.9

¹²⁷² PERESSUTTI, Giampaolo Belloni. Metodo e strategie nell'utilizzazione dei precedenti giudiziari: riflessioni di un avvocato civilista. In: VICENTI, Umberto *et al.* *Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea*. Padova: CEDAM, 1998. p. 147-161. p. 152.

¹²⁷³ Existem diversos limites ao livre convencimento do juiz. Inicialmente, o juiz deve ater-se às afirmações das partes sobre os fatos controvertidos e os elementos constantes dos autos. O juiz não pode servir-se, para nenhum efeito processual, de seu conhecimento privado sobre os fatos que interessam ao processo. Os limites legais de admissibilidade da prova também devem ser observados. No seu conjunto, essas limitações impõem ao juiz o dever de servir-se, para formação da sua convicção, somente daqueles meios de prova que foram introduzidos no debate em conformidade com o ordenamento processual. Da mesma forma, há limites que decorrem da lógica, da racionalidade e de regras da experiência, que devem ser observados, para que se possam traçar alguns critérios de controle e afastar a discricionariedade absoluta. É importante ressaltar que o princípio do contraditório também funciona como limite do livre convencimento. Exige-se que a decisão se funde somente sobre elementos discutidos pelas partes no curso do processo, quer para contestar a admissibilidade ou relevância das provas deduzidas pela outra parte ou determinadas de ofício pelo juízo, quer para deduzir prova contrária àquelas deduzidas pela outra parte ou dispostas de ofício. Trata-se, portanto, de possibilidade de controles procedimentais no contexto processual no qual a prova vem produzida, a fim de determinar o material probatório destinado a constituir a base para a decisão. Por fim, é fundamental observar a motivação do juízo de fato, que é o instrumento jurídico fundamental para que o poder atue dentro de seus limites, representando o sinal mais importante e típico de “racionalização” da função judicial, para que a liberdade não se traduza em arbitrariedade (ROSITO, *Direito probatório...*, 2007, p. 48-61). No mesmo sentido, ver as ponderações apresentadas por REICHELDT, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 187 e seguintes.

Cumpra destacar que, no âmbito dos tribunais superiores, esse conflito se resolve, dentro de certos limites, a favor da generalização, na busca da certeza que é almejada pela função nomofilática. Nesse caso, é sempre preferível uma ordem, embora possa não ser a melhor, do que ordem nenhuma¹²⁷⁴. “Expressa com eloquência essa idéia central tanto a célebre preferência de Goethe pela injustiça em face da desordem, como também quando Bentham via a segurança como o signo distintivo da civilização”¹²⁷⁵. Da mesma forma, Recaséns Siches ressalta que “a segurança é o valor fundamental do jurídico [...]. Sem segurança jurídica não há direito, nem bom, nem mau, nem de nenhuma classe [...]. A segurança é o motivo radical ou a razão de ser do Direito”¹²⁷⁶. Significa, em última análise, que a segurança é a motivação radical que impulsiona o homem a estabelecer normas jurídicas; é o sentido funcional do Direito, que, para alcançar fins superiores, com a justiça e o bem comum, necessita valer-se de uma ordem. Portanto, a segurança é o valor fundante em relação à justiça, que aparece como valor fundado. Dito de outro modo: não pode haver uma situação justa sem que exista uma situação de segurança¹²⁷⁷.

Assim, prevalece a defesa do Estado Democrático de Direito frente a uma política do direito individual da parte¹²⁷⁸. Essa ideia resta fortalecida quando se examinam os precedentes dos tribunais superiores, os quais não têm por objetivo precípuo a realização da justiça subjetiva, tanto que não tem cabimento por sentença injusta, o que não significa que a parte, quando se vale dele, não queira ver reformada a decisão desfavorável. No entanto, é inegável que os precedentes dos tribunais superiores prestam-se a fins político-constitucionais¹²⁷⁹.

A própria Constituição Federal de 1988 assumiu uma postura garantista ao incluir diversos direitos fundamentais e princípios processuais que não estavam anteriormente expressos no seu texto, como o devido processo legal, por exemplo¹²⁸⁰.

¹²⁷⁴ O pensamento de Gustav Radbruch é lugar-comum ao considerar que a existência de uma ordem jurídica é mais importante que a sua justiça e finalidade. Considera que estas últimas são as grandes tarefas secundárias do direito, a primeira consentida por todos é a segurança, quer dizer, a ordem, a paz (RADBRUCH, *Filosofia do direito*, 1997, p. 354-356).

¹²⁷⁵ VIGO, *Interpretação jurídica...*, 2005, p. 269. Com efeito, atribui-se à Wolfgang Goethe a célebre sentença: “prefiro sofrer a injustiça do que a suportar a desordem” (PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica...*, 1991, p. 51).

¹²⁷⁶ RECASÉNS SICHES, *Vida humana...*, 1945, p. 215.

¹²⁷⁷ RECASÉNS SICHES, *Vida humana...*, 1945, p. 50-51.

¹²⁷⁸ COCCO, Giovanni. *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*. Padova: CEDAM, 2005. p. 80.

¹²⁷⁹ SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963. p. 107.

¹²⁸⁰ ZANETI JÚNIOR, *Processo constitucional...*, 2007, p. 191.

Constata-se, no entanto, na prática forense, que o Judiciário brasileiro, propositadamente ou não, cada vez mais realiza a justiça dita “coletiva” do que a justiça propriamente “particular”. Essa conclusão deve-se a diversos fatores, entre eles, principalmente, o grande volume de demandas, sendo muitas delas repetitivas, nas quais acaba sendo inviável, para os operadores, o pleno conhecimento do caso individual.

5.3 Técnicas de divergência do uso dos precedentes

A teoria do precedente, proposta neste trabalho, objetiva a vinculação racional dos precedentes, o que permite não apenas a sua aplicação, como articula a sua superação ou modificação, quando estiverem presentes certas circunstâncias autorizadoras. Por isso, existem as chamadas técnicas de divergência no uso dos precedentes, conhecidas por *distinguishing*, *modifying* e *overruling*, anglicismos elucidativos da teoria em questão.

5.3.1 *Distinguishing*

Distinguishing (diferenciação) é a técnica utilizada no sistema da *Common law* para demonstrar que os fatos do caso concreto sob julgamento são diferentes dos fatos que geraram o precedente, razão pela qual este não deve ser aplicado àquele. Parte do pressuposto de que há fatos distintos que autorizam julgamento em sentido diverso do precedente. Em síntese, fatos diversos requerem julgamento diferenciado. Note-se que a norma jurídica do precedente não é tida como incorreta. Simplesmente não ocorre o mesmo substrato fático. Por conseguinte, a técnica da diferenciação não é propriamente de superação do precedente¹²⁸¹, porquanto a proposição jurídica sobrevive¹²⁸², mas sim de demonstração de que os motivos

¹²⁸¹ No direito americano, o *distinguishing* representa “*weak negative interpretation*”, ou seja, uma forma sutil de superação do precedente, diferentemente do *overruling*, que, por ser intensa, constitui “*strong negative interpretation*”, conforme restará examinado (HANSFORD; SPRIGGS II, *The politics of precedent...*, 2008, p. 50).

¹²⁸² Os precedentes diferenciados mantêm a sua validade. Apenas são considerados inapropriados ao caso sob julgamento: “*Distinguished precedents retain their vitality; the majority merely considers them inapposite to the decision it has reached. The material facts on which the distinguished precedent rests are viewed as sufficiently different from those in the case at hand so as not to control the Court’s decision*” BRENNER; SPAETH. *Stare indecisus...*, 1995, p. 21).

determinantes do precedente não se aplicam ao caso presente, tendo em vista que inexistente adequação material.

Tome-se como exemplo um precedente que determina que os contratos devam ser cumpridos (*pacta sunt servanda*). No entanto, o caso sucessivo revela que o descumprimento do contrato se deu por circunstâncias imprevistas e imprevisíveis, ao tempo da sua formação, onerando excessivamente uma das partes e causando enriquecimento inesperado e injusto para a outra, a exigir o restabelecimento do equilíbrio negocial¹²⁸³. Torna-se evidente, assim, que a regra do precedente não deve ser aplicada porque o caso sucessivo possui circunstâncias fáticas diversas que exigem a diferenciação.

Com efeito, a técnica em questão constitui uma forma que o sistema tem para manter a coerência de suas decisões e justificar o afastamento do precedente, sem perturbar a sua autoridade inerente. Trata-se de uma ferramenta pragmática da aplicação do direito ao caso concreto com a qual todo e qualquer estudante da *Common law* acaba familiarizando-se desde o início da Faculdade¹²⁸⁴, sendo marca registrada do sistema dos precedentes¹²⁸⁵, na medida em que ou são seguidos ou distinguidos¹²⁸⁶. No âmbito da *Civil law*, o *distinguishing* equivaleria à clássica regra de interpretação de que a *lex specialis* não revoga ou afasta a incidência da regra geral¹²⁸⁷.

Destaca-se que a distinção pode ser realizada tanto pelo órgão jurisdicional que constituiu o precedente, como pelo órgão jurisdicional subordinado¹²⁸⁸. A rigor, a distinção tem o condão de restringir e não estender o alcance da *ratio decidendi* do precedente. O que se busca através da técnica em questão é especializar a norma concreta do precedente ao serem apresentados novos elementos fáticos, criando-se uma nova orientação e preservando-se a anterior¹²⁸⁹.

¹²⁸³ O exemplo é colhido da obra de Eduardo Cambi (CAMBI, *Neoconstitucionalismo e neoprocesso*: direitos..., 2009, p. 152).

¹²⁸⁴ SCALIA, *A matter of interpretation*..., 1998, p. 9.

¹²⁸⁵ SHAHABUDDEEN, *Precedent in the World Court*, 2007, p. 16; DAVID, *Os grandes sistemas*..., 2002, p. 443; SBISÁ, *Certeza del diritto*..., 1988, p. 519.

¹²⁸⁶ É o que ressalta Joseph Raz: “*The English doctrine of precedent is that a precedent must be either followed or distinguished (though some courts also have the power to overrule their own or other courts’ decisions)*” (RAZ, *The authority of law*, 1979, p. 185).

¹²⁸⁷ WAMBIER, *Interpretação da lei*..., 2010, p. 41.

¹²⁸⁸ RAZ, *The authority of law*, 1979, p. 186.

¹²⁸⁹ RAZ, *The authority of law*, 1979, p. 186.

Para sua aplicação, exige-se o confronto entre o caso em julgamento e o precedente, sendo que somente se deve aplicar o precedente quando o caso guardar pertinência substancial com a *ratio decidendi* do caso sucessivo. Sendo diversa, naturalmente afasta-se a aplicação do precedente vinculativo¹²⁹⁰. Nessa hipótese, entra em cena a devida argumentação jurídica, exigindo do juiz a demonstração de que o precedente não se aplica ao caso presente. Impõe-se o exame dos elementos do caso concreto que podem ser considerados relevantes para o fim de distingui-lo e, assim, justificar soluções diferenciadas.

Portanto, o ponto central da diferenciação, com o fim de superar a aplicação dos precedentes, não é propriamente encontrar semelhanças e diferenças entre os casos precedente e presente. Critica-se a observação da igualdade, muitas vezes, porque se trata de princípio que carece de substância. Impor tratamento igual a casos semelhantes e tratar diferentes casos de forma diversa são diretivas inúteis caso não existam critérios para determinar as semelhanças e as diferenças. Nessa hipótese, o critério determinante é a relevância das semelhanças e diferenças, a ponto de justificar a distinção¹²⁹¹.

Segundo a doutrina, a diferenciação entre casos concretos aparentemente idênticos deve ter por fundamento uma distinção contida no próprio ordenamento jurídico, e não da livre apreciação do aplicador, conforme destaca Luís Roberto Barroso: “A doutrina estrangeira registra que um tratamento diferenciado deve ser examinado sob três enfoques sucessivos, para aferir sua legitimidade constitucional, a saber: i) em primeiro lugar, é necessário identificar o fator de *discrimen* escolhido pela norma para saber se tal elemento corresponde a uma diferenciação real, relevante e objetivamente existente entre as pessoas, situações ou coisas; ii) em segundo lugar, é preciso que haja um nexó racional e razoável entre a diferença das situações – demarcada pelo elemento de *discrimen* – e o tratamento diferenciado aplicado (razoabilidade interna); e iii) em terceiro lugar, ainda que seja racional e razoável o tratamento diferenciado, ele deve estar em consonância com os princípios protegidos pela Constituição Federal (razoabilidade externa)”¹²⁹².

¹²⁹⁰ DUXBURY, *The nature...*, 2008, p. 113-116; MATTEI, *Stare decisis...*, 1988, p. 115-116; VIANELLO, *La relatività...*, 1992, p. 641; CRUZ E TUCCI, *Precedente judicial...*, 2004, p. 174.

¹²⁹¹ DUXBURY, *The nature...*, 2008, p. 175.

¹²⁹² BARROSO, *Recurso extraordinário...*, 2005, p. 289, nota 21.

Logo, a adoção de solução diversa em caso aparentemente similar justifica-se somente se o juiz for capaz de mostrar que as características do caso concreto o distinguem relevantemente dos casos que formam a jurisprudência em questão, tendo por base argumentos extraídos do próprio conjunto normativo a ser aplicado. Em outras palavras, não é qualquer distinção que justifica o *distinguishing*. Fatos não fundamentais ou irrelevantes não tornam casos desiguais. A distinção fática deve revelar uma justificativa material e convincente, capaz de permitir o isolamento do caso sob julgamento em face do precedente¹²⁹³.

Na tradição anglo-saxônica, o *distinguishing* tem sido a hipótese mais frequente de não aplicação dos precedentes¹²⁹⁴, a ponto de consistir preocupação quanto ao seu excessivo uso, pois, não raro, são traçadas distinções infundadas e irreais, o que acaba violando o precedente sem expressamente revogá-lo. Isso porque, a rigor, duas situações de fato não são nunca perfeitamente identificáveis no mundo real. Por isso, o uso excessivo dessa técnica pode comprometer a autoridade inerente à teoria dos precedentes, comprometendo a sua funcionalidade¹²⁹⁵.

Por outro lado, a técnica da diferenciação revela-se, por vezes, de grande valia para refinar o escopo do precedente original, adaptando-o às novas circunstâncias fáticas, o que acaba caracterizando a modificação ou até a constituição de um novo precedente¹²⁹⁶. O que se deve buscar é uma aplicação racional, para que os precedentes não sejam banalizados e para que possam servir de ferramenta adequada à solução dos conflitos.

5.3.2 *Modifying*

Modifying (modificação) é a técnica utilizada para reconhecer a existência de fundamento para alterar a *ratio decidendi* do precedente anteriormente estabelecido, cujas hipóteses autorizadas serão examinadas conjuntamente com a técnica do *overruling*.

¹²⁹³ MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, 2010, p. 327.

¹²⁹⁴ SASTRE, *El precedente...*, 2008, p. 114-115.

¹²⁹⁵ MATTEI, *Stare decisis...*, 1988, p. 116.

¹²⁹⁶ SUMMERS, *Precedent in the United States...*, 1997, p. 391.

Há duas técnicas mais comumente aplicadas de modificação da *ratio decidendi*, quais sejam, *narrowing* (restrição) ou *extending* (extensão). Como a *ratio decidendi* possui certa abstração quanto à sua regra ou princípio inerente, amplia-se ao juiz o respectivo campo de aplicação.

Isso faz com que seja possível, em determinados casos, restringir (*narrowing*) o alcance da *ratio decidendi*. Nesse caso, os fatos serão considerados essenciais, exigindo-se a adequação da orientação predominante às circunstâncias do caso concreto. Essa técnica também é conhecida nos Estados Unidos como *overriding*, através da qual o juízo limita ou restringe a incidência do precedente, baseando-se na necessidade de compatibilização do precedente com um entendimento posteriormente firmado¹²⁹⁷.

Haverá outras hipóteses, entretanto, em que o juiz julgará acertado estender (*extending*) a aplicação da *ratio decidendi*, dando ênfase à questão de direito propriamente dita ao resolver a controvérsia¹²⁹⁸. Nesse caso, a modificação do precedente tem o objetivo de contemplar outras hipóteses não previstas inicialmente no precedente.

Em ambos os casos, o resultado será um precedente que modifica a *ratio decidendi* anteriormente estabelecida. Registra-se, todavia, que, de um modo geral, a doutrina não reconhece a figura do *modifying*, pois entende que a modificação do precedente é consequência da técnica do *overruling* ou do *distinguishing*. Desse modo, a mudança da *Common law* estaria restrita a essas técnicas¹²⁹⁹. Existe um fundo de razão nisso. Quando ocorre a modificação do precedente, é preciso levar em conta o que está sendo modificado. Caso se esteja promovendo uma modificação quanto ao substrato fático inerente ao precedente, a técnica se aproxima à distinção. Caso se trate de alteração do substrato jurídico para solucionar o caso sob julgamento, a modificação está mais próxima da revogação.

¹²⁹⁷ Nas palavras de Melvin Aron Eisenberg, “*overriding occurs when a court narrows the ambit of an established doctrine in favor of a rule that has arisen after the earlier doctrine was established*” (EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988. p. 135). No mesmo sentido: MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, 2010, p. 346-349.

¹²⁹⁸ VIANELLO, La relatività..., 1992, p. 642-643.

¹²⁹⁹ DUXBURY, *The nature...*, 2008, p. 27.

Na verdade, a modificação é empregada como sinônimo de derrogação, ou seja, como revogação apenas parcial e não total. Na Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro (art. 2.º), usam-se os termos “modificação” e “revogação” nesse sentido: reserva-se o termo *revogação* para o caso de abolição geral, enquanto a derrogação é encarada como modificação¹³⁰⁰. O mesmo se pode dizer em relação à modificação dos precedentes.

5.3.3 *Overruling*

A técnica do *overruling* (revogação) consiste na rejeição do precedente¹³⁰¹, sendo um juízo negativo sobre a sua *ratio decidendi*¹³⁰². É utilizada para reconhecer a existência de fundamento jurídico para abandono do precedente anteriormente estabelecido. Cuida-se da hipótese em que o precedente se revela ultrapassado ou equivocado, sendo substituído por decisão que adota diferente orientação.

A rigor, o *overruling* seria incompatível com a doutrina do *stare decisis*, no sentido de que onde existe o primeiro, não pode subsistir o segundo e vice-versa. Tanto é assim que a Inglaterra não admitiu a revogação dos precedentes por mais de século de prática do *stare decisis*, vindo a adotá-lo somente a partir de 1966, quando proferido o *Practice Statement*. Mesmo assim, quando adotada a prática de superação, a doutrina teceu duras críticas¹³⁰³. No entanto, com o passar do tempo, essa barreira, imposta pela teoria clássica dos precedentes, acabou sendo superada por exigências da realidade, adotando-se uma prática mais flexível quanto à regra de observância absoluta dos precedentes¹³⁰⁴, sob pena de

¹³⁰⁰ “A situação mais comum, porém, é aquela em que um ato, da mesma natureza que o de cuja revogação se trata, vem, emanado do mesmo poder, por termo à vigência desse. De um modo, ou de outro, a lei em vigor pode cessar de existir, totalmente, ou, apenas, em algumas de suas disposições. Quando uma lei nova *revoga, inteiramente*, a anterior, a doutrina tradicional refere, orientando-se pela passagem das fontes romanas, que há *ab-rogação*; e, no caso de *revogação parcial*, fala em *derrogação*” (ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *A lei de introdução ao código civil brasileiro*: (Dec.-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, com as alterações da Lei nº 3.238, de 1º de agosto de 1957, e leis posteriores): comentada na ordem de seus artigos. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. v. 1. p. 60-61).

¹³⁰¹ ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica...*, 2005, p. 268.

¹³⁰² CADOPPI, *Il valore del precedente...*, 2007, p. 184.

¹³⁰³ A seguinte colocação de Goodhart é ilustrativa da resistência inglesa ao abrandamento da força da doutrina *stare decisis*: “[...] *an absolute rule concerning authority has at least the virtue of certainty. A semi-absolute precedent has no more virtue than a semi-fresh egg*” (CROSS; HARRIS, *Precedent in english law*, 2004, p. 143).

¹³⁰⁴ Um dos grandes defensores dessa flexibilização, sem dúvida, foi Benjamin N. Cardozo (CARDOZO, *The nature...*, 2005, p. 146).

inviabilizar o desenvolvimento do Direito e de frustrar as expectativas da sociedade frente ao Judiciário¹³⁰⁵.

Note-se que a revogação, diferentemente da distinção, dá-se em relação à questão de direito, e não de fato¹³⁰⁶, uma vez admitida a dicotomia por razões de simplificação. Quando o juiz revoga um precedente, ele está declinando da aplicação da regra jurídica inerente ao precedente, não porque os fatos do caso presente são materialmente diversos, mas sim porque ele entende que a norma jurídica deve ser interpretada de forma diversa¹³⁰⁷.

Consequentemente, somente a revogação pode ser considerada exceção à aplicação do precedente, porque todas as demais práticas buscam negar a própria existência do precedente, ou ao menos o seu alcance, tratando-se, portanto, de técnicas de evasão de uma orientação determinada a ser aplicada ao caso sob julgamento¹³⁰⁸.

Um exemplo clássico de revogação de precedente ocorreu em 1954, no famoso caso *Brown vs. Board of Education*, no exame da segregação racial nas escolas públicas americanas. Até então prevalecia o precedente firmado em 1896, no caso *Plessy vs. Ferguson*, que consolidou o modelo de *apartheid* conhecido como a doutrina do *separated but equal* (iguais, porém separados)¹³⁰⁹. A mudança decorre da iniciativa de vários pais de alunos negros que frequentavam as escolas públicas, na cidade de Topeka, Estado do Kansas. Liderados por Oliver Brown, os pais se insurgiram contra o fato de seus filhos serem impedidos de estudar nas melhores escolas públicas, destinadas aos brancos. A questão foi submetida à Suprema Corte, que acabou quebrando o preconceito e a resistência conservadora, pondo fim ao precedente e, por conseguinte, à segregação racial, com base na aplicação do princípio constitucional da igualdade¹³¹⁰.

¹³⁰⁵ MATTEI, Precedente..., 1996, p. 158.

¹³⁰⁶ VIANELLO, La relatività..., 1992, p. 637.

¹³⁰⁷ DUXBURY, *The nature...*, 2008, p. 117.

¹³⁰⁸ ANZON, *Il valore del precedente...*, 1995, p. 34.

¹³⁰⁹ TRIBE, *American constitutional law...*, 2000, p. 78-79; MARTINS; MENDES, *Controle concentrado...*, 2009, p. 581.

¹³¹⁰ O precedente em questão é paradigmático e tem uma importância muito maior do que a simples revogação de uma orientação sobre a igualdade racial em escolas públicas. Na verdade, a partir do caso *Brown vs Board of Education*, o Judiciário norte-americano passou a assumir a tarefa de impor a reforma estrutural de várias instituições sociais, tais como escolas, hospitais, hospícios, prisões etc. A finalidade da Suprema Corte era a de fazer valer os valores, principalmente os relativos à igualdade, presentes na Constituição (FISS, *Um novo processo civil...*, 2004, p. 106).

A revogação do precedente é medida excepcional que se justifica somente em hipóteses determinadas¹³¹¹, típica de uma estrutura jurisdicional hierarquizada, na qual os tribunais superiores exercem orientação jurisprudencial. Isso porque é, sem dúvida, a forma mais extrema e dramática de superação da orientação estabelecida, implicando consequências efetivas. Por isso, na *Common law*, considerando as vantagens advindas da teoria dos precedentes, os tribunais costumam ser relutantes quando se trata de revogação¹³¹², sendo considerados raros os casos de *overruling*¹³¹³. Quando o fazem, os tribunais estão convencidos de que o novo precedente representa um avanço em relação ao anterior¹³¹⁴. Assim, sinalizam o fim da aplicação da norma contida no precedente, substituindo-a por outra, de diferente natureza¹³¹⁵.

A rigor, a revogação somente pode ocorrer, implícita¹³¹⁶ ou explicitamente¹³¹⁷, mediante decisão do próprio órgão jurisdicional que estabeleceu o precedente¹³¹⁸,

¹³¹¹ SHAHABUDEEN, *Precedent in the World Court*, 2007, p. 131; GERHARDT, *The power of precedent*, 2008, p. 34.

¹³¹² DAVID, *Os grandes sistemas...*, 2002, p. 491. Para ter-se ideia da raridade dos casos de revogação dos precedentes, a Suprema Corte americana, mesmo sendo mais flexível do que a congênera *House of Lords* inglesa, de 1880 até 1957, de um universo de 55.000 recursos examinados, apenas 65 decisões foram identificadas como sendo casos de revogação de precedentes, de acordo com o estudo realizado por S. Sidney Ulmer (“An empirical analysis of selected aspects of lawmaking of United States Supreme Court”, 8 *Journal of Public Law* 414, 1959) apud BRENNER; SPAETH. *Stare indecisus...*, 1995, p. 10. Destaca-se que recente estudo, de forma mais abrangente, apontou que de 1789 a 2004 a Suprema Corte americana revogou apenas 208 precedentes, o que ratifica o caráter excepcional da medida (GERHARDT, *The power of precedent*, 2008, p. 9).

¹³¹³ MATTEI, *Stare decisis...*, 1988, p. 215, 220; JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 26-27.

¹³¹⁴ RAZ, *The authority of law*, 1979, p. 190.

¹³¹⁵ HANSFORD; SPRIGGS II, *The politics of precedent...*, 2008, p. 78-79.

¹³¹⁶ A revogação implícita também é chamada de *transformation*. Eis a definição de Melvin Aron Eisenberg: “Transformation occurs when a court fully overturns an established doctrine but does not announce that it has done so” (EISENBERG, *The nature of the common law*, 1988, p. 132). Nesse caso, a Corte nega o conteúdo do precedente, como se revogação fosse, mas deixa de expressá-lo formalmente. Em princípio, a adoção da técnica da *transformation* somente se justifica quando a Corte supõe que ainda é necessária maior discussão a respeito do tema jurídico. Caso contrário, convém promover o *overruling* explícito, que tem maior probabilidade de levar a um coerente desenvolvimento dos precedentes (MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, 2010, p. 343-346).

¹³¹⁷ A revogação expressa é aquela em que o Juízo declara expressamente que a *ratio decidendi* do precedente anterior restou superada. Já a revogação tácita é aquela em que a nova *ratio decidendi* tornou-se incompatível, logicamente, com o precedente anterior (CROSS; HARRIS, *Precedent in english law*, 2004, p. 127-129).

¹³¹⁸ Revogação, etimologicamente, importa tornar sem efeito ato próprio e não de terceiro. O termo *revogar* vem do latim “*revocare*”, que significa “tornar nulo, sem efeito; fazer que deixe de vigorar” (REVOGAÇÃO. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 13. imp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975. p. 1234). Por seu turno, “revogação é retirada da *vox*, da manifestação de vontade”, de modo que se volta ao *status quo* (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 25. p. 269). Logicamente, somente pode retirar a *vox* quem a havia manifestado.

diferentemente do que se verifica na distinção, passível de ser promovida por qualquer órgão jurisdicional¹³¹⁹. A revogação não ocorre quando a mudança de orientação é fruto de decisão de órgão inferior ou superior na organização judiciária. No máximo, a decisão da corte inferior, que diverge do precedente da corte superior, pode ser caracterizada “*anticipatory overruling*”, que somente se confirmará se o tribunal superior assim o reconhecer posteriormente¹³²⁰.

Dessarte, a cassação ou reforma das decisões, em face da competência recursal, não é considerada revogação de precedentes¹³²¹. Denomina-se, nesse caso, de decisão *reversed* (reformada) e não *overruled* (revogada)¹³²². Para haver revogação, a mudança de orientação deve-se dar no próprio tribunal prolator da decisão. Significa que os precedentes dos tribunais superiores somente podem ser revogados por suas decisões e nunca por órgãos jurisdicionais diversos¹³²³.

Na prática, o problema de saber sob que condições são possíveis modificações/revogações é altamente significativo. Segundo Canaris, “o sistema científico modifica-se quando tenham sido obtidos novos ou mais exactos conhecimentos do Direito vigente ou quando o sistema objectivo ao qual o científico tem de corresponder, se tenha alterado; o sistema objectivo modifica-se quando os valores fundamentais constitutivos do Direito vigente se alterem. Em consequência, o sistema científico está em estreita dependência do objectivo e deve mudar-se sempre com este, enquanto o sistema objectivo, pelo seu lado, não é influenciado por modificações dentro do científico”¹³²⁴.

¹³¹⁹ RAZ, *The authority of law*, 1979, p. 183-184.

¹³²⁰ O “*anticipatory overruling*” ou “*anticipatory stare decisis*” é uma doutrina que surge nos Estados Unidos nos anos 40 do século XX, sustentada por Jerome Frank e Learned Hand, cuja aplicação é considerada excepcional. Trata-se do fenômeno identificado como antecipação das Cortes de Apelação a provável revogação de precedente por parte da Suprema Corte (MATTEI, *Stare decisis...*, 1988, p. 300-301). O Direito inglês, fiel em grande parte à teoria clássica dos precedentes judiciais, não admite a chamada “*anticipatory overruling*” (MATTEI, *Precedente...*, 1996, p. 161). Analisando o fenômeno, Luiz Guilherme Marinoni resume os fundamentos mais importantes, apontados pela doutrina, para o *anticipatory overruling*: “i) o desgaste do precedente; ii) as novas tendências das decisões da Suprema Corte; e iii) a consciência de que a Suprema Corte está aguardando um caso apropriado para a revogação do precedente” (MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, 2010, p. 404). Em última análise, a razão de ser do *anticipatory overruling* advém do dever de a Corte de Apelação se comportar de acordo com a Suprema Corte, que, através dos seus discursos, começa a evidenciar desgaste do precedente, razão pela qual não há motivo para aplicá-lo. Para tanto, a Corte de Apelação, ou qualquer outro tribunal inferior, terá que superar o seu ônus de argumentação.

¹³²¹ Conforme se destaca, “*Higher courts are expected to overturn or modify the decisions of lower courts*” (BRENNER; SPAETH. *Stare indecisis...*, 1995, p. 19).

¹³²² VIANELLO, *La relatività...*, 1992, p. 637.

¹³²³ SHAHABUDEEN, *Precedent in the World Court*, 2007, p. 148; MATTEI, *Stare decisis...*, 1988, p. 119.

¹³²⁴ CANARIS, *Pensamento sistemático...*, 2002, p. 112-113.

Transpondo o exame à jurisprudência, pode-se dizer que existem, pelo menos, quatro hipóteses principais que tornam o precedente obsoleto e, portanto, autorizam a modificação ou revogação: a) a inovação legislativa (direito objetivo), seja por modificação, seja por revogação, implícita ou explicitamente¹³²⁵; b) a inovação tecnológica ou mudança do estado da técnica em todas as fases da vida – métodos de produção, métodos bélicos, métodos político-administrativos etc.¹³²⁶; c) a mudança de valores sociais e culturais; e d) o equívoco interpretativo desde o seu início (“*the case being wrongly decided*”)¹³²⁷. Fala-se também em mudança de condições históricas, sociais, econômicas e políticas que influem na decisão do caso sucessivo¹³²⁸, assim como a inviabilidade (“*unworkability*”) do precedente¹³²⁹.

Resumindo as hipóteses, Melvin Aron Eisenberg afirma que um precedente pode ser revogado quando deixa de corresponder aos padrões de congruência social, isto é, quando passa a negar proposições morais, políticas e de experiência. Outrossim, um precedente está em condições de ser revogado quando deixa de ter consistência sistêmica, ou seja, quando não guarda coerência com outras decisões¹³³⁰. Inexplicavelmente, Eisenberg deixa de admitir que uma nova concepção geral do direito, em termos de teoria ou dogmática jurídica, igualmente possa impor a revogação. É necessário ressaltar, no entanto, que a posição de um único doutrinador ou de apenas um juiz não basta para revogar um precedente, sendo indispensável demonstrar que a nova posição configura a expressão geral da comunidade jurídica¹³³¹.

¹³²⁵ Na hierarquia das fontes do Direito, os precedentes subordinam-se à legislação, de modo que a lei nova pode sempre revogar os efeitos das decisões judiciais (CROSS; HARRIS, *Precedent in english law*, 2004, p. 173). Destaca-se que, no Direito norte-americano, a superação dos precedentes constitucionais, oriundos da Suprema Corte, somente pode ocorrer por emenda à Constituição, não se admitindo a *statute* para esse fim. Por isso, a inovação legislativa como fator de superação dos precedentes constitucionais é rara. Ao longo de toda a história da Suprema Corte americana, de 1789 até os dias de hoje, somente quatro precedentes foram superados por emendas constitucionais (*Chisholm v. Georgia* – U.S. 419 (1793), em razão da sétima emenda; *Dred Scott v. Sandford* - U.S. 393 (1856), por força da décima quarta emenda; *Pollock v. Farmers' Loan and Trust Co.* - U.S. 601 (1895), pela décima sexta emenda; e *Oregon v. Mitchell* - U.S. 112 (1970), pela vigésima sexta emenda (GERHARDT, *The power of precedent*, 2008, p. 9).

¹³²⁶ ROSS, *Direito e justiça*, 2000, p. 126.

¹³²⁷ SUMMERS, *Precedent in the United States...*, 1997, p. 396-397. Nessa quadra, apontam-se os seguintes precedentes da *House of Lords*: *Public Trustee v. I.R.C.* (A.C. 398, 1960) e *Scruttons v. Midland Silicones Ltd.* (A.C. 446, 1962) *apud* LLOYD; FREEMAN, *Lloyd's introduction...*, 1985, p. 1118.

¹³²⁸ TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, 2007, p. 29; GORLA, *Precedente giudiziale*, 1990, p. 6; SASTRE, *El precedente...*, 2008, p. 152.

¹³²⁹ GERHARDT, *The power of precedent*, 2008, p. 19.

¹³³⁰ EISENBERG, *The nature of the common law*, 1988, p. 104-105.

¹³³¹ MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, 2010, p. 401.

Em síntese, parte-se do pressuposto de que o critério de julgamento deve ajustar-se às mudanças de circunstâncias¹³³², que podem ser postas ou postuladas, ou descobertas, ou encontradas, o que decorre da compreensão hermenêutica de que o sistema é operacionalmente fechado ao ambiente, mas cognitiva e semanticamente aberto. Logo, o ajuste hermenêutico, no mais das vezes, é necessário, na medida em que o tempo jurídico (mundo do dever ser) não coincide com o tempo dos fatos ocorridos na realidade social (mundo do ser)¹³³³.

Esse é um dos pontos mais sensíveis da análise dos precedentes judiciais, até porque envolve outras áreas do conhecimento, como a Sociologia da Cultura¹³³⁴. Talvez por isso, seja um dos mais difíceis, tanto é que não se tem conhecimento, na doutrina, de uma solução adequada a respeito. Todas as obras sobre precedentes apenas tangenciam a questão. Na realidade, impende reconhecer que, tanto teórica como empiricamente, é impossível delimitar as hipóteses de revogação dos precedentes, visto que se trata de uma questão ampla e multidimensional¹³³⁵. O máximo que se pode fazer é estabelecer alguns parâmetros à admissão da superação dos precedentes e, a partir daí, minimizar as suas consequências.

Na busca de parâmetros, o critério determinante da avaliação das hipóteses de revogação, segundo Nicola Picardi, deve ser a razoabilidade, na medida em que empiricamente é impossível esgotar os fatos determinantes da revogação. Segundo o processualista italiano, “o precedente é um instrumento pelo qual é assegurado o desenvolvimento da função jurisdicional segundo critérios de ‘razoabilidade’. Este é caracterizado tendencialmente por uma menor rigidez com relação às regras de origem legislativa e, portanto, por uma maior adaptabilidade. Daí decorre que, todas as vezes nas quais o precedente não seja mais considerado adaptado ao critério geral da ‘razoabilidade’ (por exemplo, não esteja mais em condições de garantir a igualdade de tratamento das partes), o juiz pode e deve distanciar-se deste, afastando-se eventualmente até estabelecer, por sua vez, um novo e diverso precedente *in pari materia*”¹³³⁶. Nesse caso, a razoabilidade atua para expressar que a aplicabilidade do precedente depende do enquadramento do caso concreto, como dever de harmonização do geral com o individual (dever de equidade). Da mesma

¹³³² DUXBURY, *The nature...*, 2008, p. 104.

¹³³³ DERZI, *Modificações...*, 2009, p. 48, 223.

¹³³⁴ ROSS, *Direito e justiça*, 2000, p. 126.

¹³³⁵ HANSFORD; SPRIGGS II, *The politics of precedent...*, 2008, p. 14.

¹³³⁶ PICARDI, *Appunti sul precedente giudiziale*, 1985, p. 208.

forma, a razoabilidade representa aqui o dever de harmonização do Direito com suas condições externas (dever de congruência), quer demandando um suporte empírico existente para a adoção de uma medida, quer exigindo uma relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada¹³³⁷.

Com efeito, não se pode ignorar que a força vinculante refere-se ao momento do precedente, ou seja, às circunstâncias que vigoram no momento da sua constituição. Logo, havendo alteração quanto à inovação tecnológica ou mudança de valores sociais e culturais, os tribunais estão autorizados a modificar, revogar ou cancelar o precedente. No entanto, ressalta-se que essas alterações devem ser significativas, a ponto de representarem efetiva mudança do quadro fático-jurídico, sob pena de os fundamentos autorizadores servirem de panaceia para descumprimento de todo e qualquer precedente vinculativo. Registra-se, por oportuno, que esse cuidado deve ser redobrado perante os tribunais superiores, porque a versatilidade de orientação, nesse âmbito da organização judiciária, importa grande abalo para toda a vida jurídica, que conta com a sua estabilidade¹³³⁸.

A propósito, no Direito americano, no âmbito da Suprema Corte, foi desenvolvida extensa pesquisa, tendo sido analisados 6.362 precedentes, entre os anos de 1946 a 1999¹³³⁹. De um modo geral, a conclusão obtida é de que, no exercício da sua jurisdição, a Suprema Corte americana interpreta os precedentes com um viés tanto jurídico, como político, visando a influenciar resultados futuros¹³⁴⁰. Especificamente quanto à mudança

¹³³⁷ Humberto Ávila destaca que a razoabilidade é usada com vários sentidos, entre os quais três despontam: a) razoabilidade como *equidade*; b) razoabilidade como *congruência*; e c) razoabilidade como *equivalência*, de acordo com a seguinte síntese: “Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas” (ÁVILA, *Teoria dos princípios...*, 2006, p. 139).

¹³³⁸ MAXIMILIANO, *Hermenêutica...*, 1951, p. 228.

¹³³⁹ HANSFORD; SPRIGGS II, *The politics of precedent...*, 2008, p. 50-51.

¹³⁴⁰ À análise da história da Suprema Corte americana até meados do séc. XX, sob a perspectiva brasileira, é impositiva a leitura da obra de Lêda Boechat Rodrigues, *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano* (RODRIGUES, *A corte suprema...*, 1958). Grosso modo, a autora examina quatro períodos históricos: “1) até a morte de Marshall, em 1835, ou ‘Domínio do Diploma Constitucional’ propriamente dito; 2) da presidência de Taney (1835) até cerca de 1895. É o período por excelência da ‘Teoria Constitucional’; 3) de 1895 até mais ou menos 1937, ou período do *judicial review* puro e simples, em que a Corte exerceu toda a sua extensão o controle de constitucionalidade das leis, num sentido de proteção exacerbada do *laissez faire* econômico; 4) o período atual, a partir de 1937, caracterizado pela substituição

de orientação, constatou-se que o grande fator de revogação dos precedentes reside na alteração das preferências ideológicas dos julgadores ao longo do tempo, sobretudo em casos de interpretação da Constituição¹³⁴¹, sede em que o sistema jurídico se abre ao mundo exterior¹³⁴². Significa que a distância ideológica reinante ao tempo da formação do precedente e a que vige ao tempo do julgamento do caso presente aumentam a probabilidade de a orientação estabelecida ser revogada. Por essa razão, a renovação dos julgadores, na composição dos tribunais, é um fator determinante da mudança ideológica¹³⁴³. Essa possibilidade se acentua quando o precedente for relevante e tiver aplicabilidade, o que motiva a Corte a superá-lo visando à sua atuação prospectiva como balizador de decisões a serem tomadas. Da mesma forma, o fator tempo é determinante tanto para superação como para manutenção do precedente. Por um lado, a mudança das circunstâncias produzidas pelo decurso do tempo é decisiva para revogação do precedente, pois a compreensão fático-jurídica do momento da sua formação pode não ser mais a mesma ao tempo da sua aplicação, o que é visto como um fenômeno excepcional. Por outro lado, o precedente costuma adquirir maior valor justamente com o passar do tempo¹³⁴⁴, tendo sido constatado que a maioria dos precedentes revogados são relativamente recentes, ao passo que os precedentes assentados há décadas dificilmente são revogados¹³⁴⁵. Destaca-se, por fim, que os chamados “superprecedentes”, aqueles paradigmáticos que se incorporaram na cultura jurídica pela sua relevância e repetição em matéria constitucional, tais como *Marbury v. Madison*, são considerados irrevogáveis perante a Suprema Corte americana¹³⁴⁶.

de um ‘Constituição de Direitos’ – direitos dos Estados e dos indivíduos – por uma ‘Constituição de Poderes’ do governo” (RODRIGUES, *A côrte suprema...*, 1958, p. 16).

¹³⁴¹ CARDOZO, *The nature...*, 2005, p. 146; KELSEN, *Jurisdição constitucional*, 2003, p. 307; VIGORITI, Vincenzo. Problemi del processo costituzionale: poteri discrizionali dei giudici ed efficacia nel tempo della sentenza. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 21, n. 4, p. 1474-1496, 1967. p. 1492.

¹³⁴² DERZI, *Modificações...*, 2009, p. 45.

¹³⁴³ Para comprovar a assertiva, Michael J. Gerhardt afirma que do universo de precedentes da Suprema Corte americana somente quatro foram revogados sem alteração na sua composição (GERHARDT, *The power of precedent*, 2008, p. 11). A respeito do tema, na realidade do Supremo Tribunal Federal, consulte-se AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Processo constitucional no Brasil: nova composição do STF e mutação constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 57, p. 100-108, out./dez. 2006. p. 100-108.

¹³⁴⁴ MICHELI, *Contributo allo studio...*, 1938, p. 42.

¹³⁴⁵ HANSFORD; SPRIGGS II, *The politics of precedent...*, 2008, p. 79, 85, 109. Para ilustrar a assertiva, apresentam-se os seguintes dados acerca de 154 precedentes revogados pela Suprema Corte americana: a) 26,6% dos precedentes possuíam menos de 10 anos de vigência; 23,4% possuíam de 11 a 20 anos; 13,6% de 21 a 30 anos; 13,6% de 31 a 40 anos; 6,5% de 41 a 50 anos; 5,2% de 51 a 60 anos; 2,6% de 61 a 70 anos; 0,6% de 71 a 80 anos; 1,3% de 81 a 90 anos; 0,3% de 91 a 100 anos; e 0,2% acima de 100 anos de vigência (BRENNER; SPAETH. *Stare indecisis...*, 1995, p. 30).

¹³⁴⁶ GERHARDT, *The power of precedent*, 2008, p. 177-178.

Na *Common law* inglesa, o evento paradigmático de admissão do *overruling* ocorreu em 1966, quando a *House of Lords*, pela primeira vez, permitiu rever um dos seus precedentes, oportunidade em que anunciou oficialmente, através de um “*Practice Statement*”, que não estaria mais vinculada, de modo absoluto, às suas decisões¹³⁴⁷. Esse pronunciamento representou a mudança de orientação estabelecida em 1898, quando a Corte reconhecera estar vinculada aos seus próprios precedentes¹³⁴⁸. Não se trata de um julgamento propriamente dito ou de um precedente, mas de uma orientação emanada no âmbito do seu poder de autorregulação reconhecido às cortes de *Common law*¹³⁴⁹, na forma de um *press release*, voltada à utilização dos precedentes, a qual passaria a ser observada daquele momento em diante. Até então, a superação do precedente somente poderia ocorrer mediante uma intervenção legislativa¹³⁵⁰. No entanto, cumpre ressaltar que, embora admitida, a revogação tem sido uma prática inglesa excepcional, restringindo-se a poucos casos¹³⁵¹.

Já no Direito norte-americano, a regra do precedente vinculante sempre foi mais flexível¹³⁵². Tem-se notícia de que a primeira iniciativa da Suprema Corte para revogar

¹³⁴⁷ Em 26 de julho de 1966, Lord Gardiner anunciou:

“*Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules.*”

“*Their Lordships nevertheless recognize that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the future development of the law. They propose therefore to modify the present practice and, while treating former decisions of this House as formally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so.*”

“*In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlements of property and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to the criminal law.*”

“*This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House*” (W.L.R. 1234).

¹³⁴⁸ *London Tramways Co. contra London County Council (Appeal Cases 375)*.

¹³⁴⁹ MATTEI, *Precedente...*, 1996, p. 152.

¹³⁵⁰ MATTEI, *Stare decisis...*, 1988, p. 279.

¹³⁵¹ DUXBURY, *The nature...*, 2008, p. 128; LLOYD; FREEMAN, *Lloyd's introduction...*, 1985, p. 1104; DAVID, *Os grandes sistemas...*, 2002, p. 429. A propósito, Rupert Cross e J. W. Harris informam que, desde 1966, a Câmara dos Lordes utilizou a prerrogativa de revogar os seus precedentes em oito oportunidades. Em todas elas, a Câmara demonstrou preocupação em demonstrar convicção de que a nova orientação representava desenvolvimento do direito em face dos precedentes revogados. Além disso, a Câmara geralmente declinou da possibilidade de revogação quando não estiveram presentes novas circunstâncias materiais em comparação aos casos anteriormente julgados. Um terceiro aspecto a destacar foi a preocupação da Câmara em preservar as expectativas geradas com base nos precedentes consolidados. Por fim, a Câmara evitou revogar as suas decisões, mesmo consideradas erradas, quando ainda havia dúvida quanto ao acerto da nova orientação. Em suma, pode-se concluir que a revogação somente foi adotada em casos extremos e diante da observância de certas exigências (CROSS; HARRIS, *Precedent in english law*, 2004, p. 135-143).

¹³⁵² DUXBURY, *The nature...*, 2008, p. 111; ANZON, *Il valore del precedente...*, 1995, p. 77.

um precedente seu ocorreu em 1844¹³⁵³. Com o passar do tempo, houve ainda uma progressiva atenuação do princípio do *stare decisis*, fruto do realismo jurídico ou da escola sociológica do Direito, de que foram partidários célebres juristas, como Oliver Wendell Holmes Jr.¹³⁵⁴, Benjamin Nathan Cardozo¹³⁵⁵ e Nathan Roscoe Pound¹³⁵⁶. Essa escola de pensamento jurídico concebia que a função jurisdicional não se limita à declaração, senão à constituição do Direito, tendo os juízes, para tanto, margens discricionárias¹³⁵⁷. Isso fez com que, ao fim e ao cabo, fosse admitida a superação dos precedentes, muito antes do que no sistema inglês, como resultado da concepção *judge-made law*.

Não se admite, por derradeiro, como se verifica de forma patológica, tanto na *Common law* como no Brasil, que a simples alteração pessoal na compreensão do direito ou a mera alteração na composição do Tribunal seja suficiente para revogar os seus precedentes, sob pena de a coerência da ordem jurídica ficar na dependência de meras vontades¹³⁵⁸. “O que se deseja evidenciar é que, para se alterar um precedente, qualquer membro do Tribunal, seja

¹³⁵³ *Louisville, Cincinnati and Charleston RR v. Letson*, 43 U.S. 497 (1844) *apud* DUXBURY, *The nature...*, 2008, p. 92.

¹³⁵⁴ Holmes foi professor da Universidade de Harvard e juiz da Suprema Corte americana de 1902 a 1932, tendo morrido em 1935 aos 94 anos de idade, sendo considerado um dos maiores juízes de todos os tempos. Publicou a obra *The Common Law* (1881) e foi um dos grandes responsáveis pela evolução da interpretação constitucional em face das mudanças culturais (RODRIGUES, *A corte suprema...*, 1958, p. 102-106), além de estar na vanguarda do realismo jurídico norte-americano, tendo pronunciado a seguinte frase: “O que entendo por direito, e sem nenhuma outra ambição, são as profecias do que os tribunais farão de fato” (“The Path of the Law”, *Harvard Law Review* 10 [1897], p. 457 e segs. *apud* ROSS, *Direito e justiça*, 2000, p. 95, 100).

¹³⁵⁵ Lenio Luiz Streck discorre sobre a trajetória do jurista norte-americano perante a Suprema Corte dos Estados Unidos: “Benjamin Cardozo assumiu a vaga de Holmes, em 1932. Em seis anos apenas, pois morreu em 1938, deixou inscrito o seu nome entre os maiores juízes da Suprema Corte Americana. Suas memoráveis decisões e votos vencidos demonstram algumas de suas idéias expostas em livros: o juiz é um agente ativo, e não mero declarador mecânico do Direito; a Constituição americana tinha o mesmo poder de adaptação, flexibilidade e maleabilidade da *common law*; o princípio da separação dos poderes devia ser aplicado com elasticidade, e não com rigor pedante; as leis estaduais não deviam criar barreiras entre os Estados, ‘neutralizando as conseqüências do livre comércio entre eles’, mas deviam ser julgadas válidas sempre que não contivessem ameaça à solidariedade nacional e não fossem inconstitucionais. Outra tese de Cardozo se refere ao fato de que a inconstitucionalidade da lei só devia ser declarada em face de necessidade manifesta, explorando-se e liquidando-se toda dúvida razoável antes de chegar a essa grave conclusão” (STRECK, *Súmulas no direito...*, 1998, p. 53, nota 39). Ver, outrossim: RODRIGUES, *A corte suprema...*, 1958, p. 108.

¹³⁵⁶ Roscoe Pound (1870-1964) foi professor da Universidade de Harvard, tendo sido um crítico do formalismo jurídico. A sua trajetória jurídica não deixa de ser contraditória, pois, embora tenha sido defensor do realismo jurídico, ao final da sua vida, passou a criticá-lo.

¹³⁵⁷ Sabidamente, essa escola do pensamento jurídico foi combatida, pois a margem discricionária nunca foi aceita sem reservas. Se o juiz tem liberdade de escolha na formação da sua convicção, o limite permanece sendo o ordenamento jurídico e não algo arbitrário criado por ele, devendo motivar a sua decisão de forma racional, conforme, por exemplo, sustentou Dworkin (DWORKIN, *Taking rights seriously*, 1997, p. 84-86).

¹³⁵⁸ Essa questão interessa especialmente ao Brasil, já que nos últimos 16 (dezesesseis) anos, entre o Governo Fernando Henrique Cardoso e o Governo Luís Inácio Lula da Silva, o Supremo Tribunal Federal sofreu uma completa renovação na sua composição. Com isso, diversos entendimentos jurisprudenciais, que eram pacíficos até então, entraram em rediscussão e já foram modificados. O resultado é o comprometimento da

recente ou antigo, deve expressar fundamentação capaz de evidenciar que o precedente perdeu a sua razão de ser em face da alteração da realidade social, da modificação dos valores, da evolução da tecnologia ou da alternância da concepção geral do direito”¹³⁵⁹. Daí decorre a importância da fundamentação adequada, que passará a ser examinada.

Portanto, a mudança jurisprudencial é tolerável quando se apoia em uma interpretação que resulta mais justa. Nesse aspecto, a mudança é legítima quando é justificada, razoável e com vocação para o futuro, isto é, destinada a ser mantida com certa continuidade, com fundamento em razões jurídicas objetivas que excluem todo significado de resolução “*ad personam*”, sendo ilegítimo constituir somente uma ruptura ocasional de um entendimento que se vinha mantendo com normalidade¹³⁶⁰.

5.4 Fundamentação necessária para aplicação/superação dos precedentes

Na argumentação jurídica, a aplicação dos precedentes consiste em uma obrigação de justificar racionalmente. Em outras palavras, citar os precedentes não significa apenas mencionar o seu conteúdo ou seus argumentos na sentença, no acórdão ou na decisão monocrática, senão apresentar razões materiais que justifiquem a sua referência e a sua adequação, especialmente nos casos de modificação e abandono dos precedentes. Por conseguinte, pode-se dizer que a fundamentação exerce um papel fundamental na teoria dos precedentes, pois é através dela que se assegura a vinculação aos precedentes, assim como às demais fontes normativas, sendo efetivo instrumento de controle para preservar os seus fundamentos jurídicos, quais sejam, a igualdade, a segurança jurídica e boa-fé objetiva na aplicação do direito, além da economia, celeridade e eficiência na prestação jurisdicional.

A exigência de fundamentação ou motivação adequada para aplicação dos precedentes deve ser observada por qualquer ordenamento que almeja atribuir força normativa às decisões judiciais, pois a sua observância é requisito de legitimidade da atuação do Poder

segurança jurídica. A respeito do tema consulte-se novamente: AMARAL JÚNIOR, *Processo constitucional no Brasil...*, 2006, p. 100-108.

¹³⁵⁹ MARINONI, *Eficácia vinculante...*, 2010, p. 34.

¹³⁶⁰ OLLERO, *Igualdad...*, 2005, p. 107.

Judiciário¹³⁶¹. Note-se que não se trata de qualquer motivação ou de simples concordância com o tratamento de casos semelhantes no passado e com o sistema jurídico vigente, exigindo-se uma fundamentação racional¹³⁶². Cuida-se da apresentação de argumentos adequados formal e materialmente até para que a decisão seja considerada justa e aceita pela coletividade, em detrimento de outras soluções possíveis¹³⁶³. Desse modo, alcançam-se precedentes racionais¹³⁶⁴, que não são evidentes e tampouco arbitrários.

Portanto, a exigência em questão aplica-se aos ordenamentos não apenas de *Common law*, em que a fundamentação é exigida há bastante tempo, mas também nos ordenamentos de *Civil law*, o que tem sido descurado quando se trata da aplicação dos precedentes. Com efeito, mesmo no sistema que não adota o *stare decisis*, não se admite que os juízes possam apartar-se dos precedentes sem a devida fundamentação¹³⁶⁵. Desse modo, rejeita-se o entendimento de que a alteração da jurisprudência é sempre possível, independentemente de qualquer justificação¹³⁶⁶. Há inegavelmente aos juízes “um ônus de argumentação, ou seja, eles não podem pura e simplesmente passar por alto os precedentes judiciais, devendo sempre levá-los em conta”¹³⁶⁷.

Particularmente, destaca-se que a fundamentação na *Common law* é exigida como forma de controle da norma jurídica que é “criada” com a decisão judicial proferida. Já no sistema de *Civil law* tem-se que, de acordo com a teoria clássica, é suficiente a decisão judicial estar de acordo com a lei para ser válida. No entanto, se determinadas decisões judiciais no Direito brasileiro, por exemplo, passam a ter efeito normativo em determinadas circunstâncias, deve-se exigir, em contrapartida, a adequada motivação quanto à sua

¹³⁶¹ BRENNER; SPAETH. *Stare indecisis...*, 1995, p. 5.

¹³⁶² HABERMAS, *Direito e democracia...*, 2003, p. 246.

¹³⁶³ Hans Kelsen ressalta: “Com efeito, a questão de saber por que é que uma decisão é justa é levantada pela necessidade de justificar esta decisão, de fundamentar a validade da norma individual por ela posta. E tal justificação ou fundamentação de validade não é possível senão pela demonstração de que norma individual corresponde a uma norma geral superior pressuposta como justa” (KELSEN, *Teoria pura do direito*, 1987, p. 270).

¹³⁶⁴ O termo *racional* significa que uma proposição, uma norma ou uma valoração é justificável mediante uma argumentação apropriada. Em geral, uma decisão é racional quando se baseia em um determinado conhecimento e em determinadas valorações (WRÓBLEWSKI, *Sentido y hecho...*, 2003, p. 46).

¹³⁶⁵ GALGANO, *Il precedente giudiziario...*, 1999, p. 33.

¹³⁶⁶ René David, a propósito, ressalta essa liberdade de modificação da jurisprudência: “É sempre possível uma mudança da jurisprudência, sem que os juízes estejam obrigados a justificá-la. Ela não ameaça os quadros, nem os próprios princípios do direito. A regra jurisprudencial apenas subsiste e é aplicada enquanto os juízes – cada juiz – a considerem como boa. Concebe-se que, nestas condições, se hesite em falar aqui da regra” (DAVID, *Os grandes sistemas...*, 2002, p. 151).

¹³⁶⁷ MARINONI, *Teoria geral do processo...*, 2008, p. 107.

aplicação, sob pena de insistirmos no descompasso entre a teoria do *stare decisis* e uma de suas regras basilares de operacionalização. Esta é uma questão de transcendental importância, que não tem sido adequadamente observada¹³⁶⁸.

No que se refere à sua base normativa, a fundamentação é exigência constitucional¹³⁶⁹ nos mais diversos países¹³⁷⁰, decorrente do sobreprincípio do devido processo legal¹³⁷¹ que indica as condições mínimas em que o desenvolvimento do processo deve acontecer. É o direito a ser processado e a processar, de acordo com as normas previamente estabelecidas, sendo princípio de conformação da atuação do Estado a um especial modelo de agir. Não basta que o Estado atue de qualquer forma. Deve atuar de acordo com as regras preestabelecidas, assegurando determinados direitos fundamentais, entre eles a participação das partes como expressão do contraditório. Como visto anteriormente, o processo não é só forma de resolver conflitos aplicando coercitivamente o direito material ao caso concreto. O processo também é método de manifestação do Estado Democrático de Direito.

Sabidamente, a motivação tem a função precípua de tornar possível um controle sucessivo sobre as razões postas pelo juiz como fundamento de sua decisão¹³⁷², não somente às partes envolvidas, mas também ao contexto social em que está inserida. Com efeito, a doutrina distingue a *função endoprocessual (inter partes)* da *função extraprocessual (ultra partes)* da motivação. A primeira consiste na exigência de assegurar às partes a exatidão da decisão, expondo quem tem direito. Tem função de viabilizar um controle *interno*

¹³⁶⁸ Esse indesejável dualismo é descrito por Lenio Luiz Streck como “perigoso ecletismo”: “Necessário registrar, ainda – e repetir –, que, acaso vingue a tese constante nos projetos em questão, surgirá no Brasil um perigoso ecletismo: no sistema da *common law* o juiz necessita fundamentar e justificar a decisão. Já no sistema da *civil law*, basta que a decisão esteja de acordo com a lei. Assim, acaso vencedora a tese vinculatório-sumular, bastará que a decisão judicial esteja de acordo com um verbete sumular para ser válida... Ora, nessa perspectiva, haverá no sistema jurídico brasileiro o poder discricionário da *common law* sem a proporcional necessidade de justificação. Enfim, o poder sendo exercido sem freios e contrapesos, tudo porque as Súmulas vinculantes – e as decisões vinculantes de mérito emanadas do STF – transformam-se, na prática, de normas individuais – válidas para cada caso – em normas gerais de validade *erga omnes*” (STRECK, *Súmulas no direito...*, 1998, p. 265).

¹³⁶⁹ A Constituição brasileira vigente inovou ao prever explicitamente o dever de fundamentação a ser observado em todas as decisões, sob pena de nulidade, nos termos do art. 93, IX, tendo em vista a necessidade de controle do poder jurisdicional pelas partes e pela sociedade.

¹³⁷⁰ No Direito italiano, a obrigatoriedade de motivação está explícita no art. 111 da Constituição italiana. Para um exame do tema, vide sobretudo TARUFFO, *La motivazione*, 1975, p. 392-414.

¹³⁷¹ No Direito brasileiro, art. 5.º, LIV, da CF: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Nessa senda, vide MATTOS, *Devido processo legal...*, 2009, p. 230-234.

¹³⁷² TARUFFO, Michele. La prova dei fatti giuridici. In: TRATTATO di diritti civile e commerciale. Milano: Giuffrè, 1992. t. 2, v. 3. p. 408; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Prueba y motivación de la sentencia. In: _____. *Temas de direito processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 107-115. p. 108.

no processo sobre o fundamento da sentença e se relaciona à possibilidade de impugnação. Em relação à função extraprocessual, a motivação desenvolve uma função essencialmente democrática, pois viabiliza um controle *externo* sobre o fundamento da decisão pela opinião pública e pela sociedade em geral¹³⁷³.

A fundamentação do precedente, de um modo geral, segue a mesma diretriz: de um lado, exerce uma função endoprocessual, destinada às partes em litígio; por outro lado, a fundamentação desempenha uma função extraprocessual, como regra ou princípio (*ratio decidendi*), destinado a influenciar a jurisprudência sucessiva, sobretudo se for respeitável e dotado de certo grau de racionalidade¹³⁷⁴.

Quanto à sua estrutura, a fundamentação desenvolve-se em dois níveis distintos. No primeiro, a fundamentação estrutura-se intrinsecamente, contexto em que a decisão se forma com base no exercício da interpretação/aplicação do direito. Nesse plano, interessam as inferências lógicas da formação da decisão, o que corresponde à justificação interna, mediante a qual se pode avaliar se o juízo decorre logicamente das premissas. No segundo nível, a fundamentação apresenta-se extrinsecamente, exigindo-se do juiz a exposição dos elementos formadores da sua decisão, os quais devem ser apresentados mediante argumentação baseada em critérios racionais, o que equivale à justificação externa¹³⁷⁵.

Com efeito, na análise do caso concreto, o juiz realiza toda uma atividade cognoscitiva até chegar a uma decisão, que, no momento seguinte, precisa ser motivada¹³⁷⁶. Essa decisão está intimamente vinculada a várias decisões prévias, que foram tomadas internamente como pressupostos da conclusão final. No final, o conjunto dessas premissas precisa ser exposto externamente na fundamentação, a fim de que sejam convalidadas racionalmente¹³⁷⁷.

¹³⁷³ Essa é a clássica lição de Michele Taruffo (TARUFFO, *La motivazione*, 1975, p. 333-335). No mesmo sentido, apontam-se as seguintes obras: TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 104; PATTI, Salvatore. *Libero convincimento e valutazione delle prove*. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 40, p. 481-519, 1985. p. 518.

¹³⁷⁴ MELONI, *Il ruolo del precedente...*, 2005, p. 163; SASTRE, *El precedente...*, 2008, p. 152.

¹³⁷⁵ TARUFFO, *La motivazione*, 1975, p. 108-112.

¹³⁷⁶ TARUFFO, *Il vertice ambiguo...*, 1991, p. 139.

¹³⁷⁷ Wróblewski destaca que o modelo mais simples de sistema de direito legislativo envolve decisões sobre os seguintes elementos: a) determinação da validade da norma jurídica aplicada (decisão de validade); b) determinação do significado da norma jurídica aplicada (decisão de interpretação); c) determinação dos fatos

Em outras palavras, motivar racionalmente uma decisão judicial é expor como a decisão foi obtida¹³⁷⁸, isto é, “proporcionar acesso interpessoal às razões que motivaram determinada decisão de interpretação”. É como “levar alguém para um passeio informandolhe o ponto de partida e o de chegada, o veículo de transporte e as razões da viagem”¹³⁷⁹. No seu conjunto, a motivação representa a exposição dessas razões, tanto de fato como de direito, que convenceram o órgão a decidir a controvérsia de determinada maneira¹³⁸⁰, constituindo uma exigência do Estado de Direito enquanto modelo de Estado inimigo da arbitrariedade do poder¹³⁸¹.

Essa atividade fundamental do julgador deve inspirar-se em um exame compreensivo e comparativo de todas as fontes, valendo-se, inclusive, da lógica e da experiência¹³⁸². É o que se denomina de motivação dialética que leva em consideração, até mesmo, as provas contrárias¹³⁸³. Assim, é obrigação do juiz motivar a sua decisão coerentemente, explicando as razões que o levaram a preferir tal prova em detrimento de outra¹³⁸⁴. Em suma, deve haver a apreciação completa, pelo órgão jurisdicional, das razões deduzidas pelas partes em seus arrazoados para a resolução da controvérsia¹³⁸⁵, constituindo a fundamentação das decisões judiciais a última manifestação do contraditório, na medida em que garante às partes a possibilidade de constatar terem sido ouvidas. “Há, pois, um nexo inarredável entre inafastabilidade da jurisdição, direito fundamental ao contraditório e dever

do caso (decisão de evidência); d) subsunção dos fatos do caso à norma jurídica aplicada; e) determinação das consequências jurídicas dos fatos do caso (decisão final) (WRÓBLEWSKI, *Sentido y hecho...*, 2003, p. 28).

¹³⁷⁸ MACINTYRE, *Justiça de quem...*, 2001, p. 19.

¹³⁷⁹ ÁVILA, *Argumentação jurídica...*, 2010, p. 31.

¹³⁸⁰ TONINI, *A prova no processo penal italiano*, 2002, p. 105; DIAS, Jean Carlos. A dimensão jurídica da prova e sua valoração no moderno estudo do processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 107, p. 86-96, jul./set. 2002. p. 95; NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 286.

¹³⁸¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 1999. p.191.

¹³⁸² DOSI, Ettore. *Sul principio del libero convincimento del giudice nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1957. p. 70.

¹³⁸³ TONINI, *A prova no processo penal italiano*, 2002, p. 106.

¹³⁸⁴ MORELLO, Augusto Mario. *Prueba: tendencias modernas*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001. p. 51.

¹³⁸⁵ Taruffo expõe o que se entende por uma fundamentação completa: “*in altri termini, vi è necessità di motivazione in ordine all’interpretazione delle norme applicate, all’accertamento dei fatti, alla qualificazione giuridica della fattispecie e alla dichiarazione delle conseguenze giuridiche derivanti dalla decisione. Sotto questo profilo, è ‘completa’ la motivazione che fornisce una giustificazione adeguata in ordine ad ognuno di questi momenti, in cui si articola la decisione intesa in senso largo come soluzione di punti controversi: la decisione è allora il parametro della motivazione in quanto è il contesto delle affermazioni che devono essere giustificate, verificandosi una ipotesi di motivazione omessa quando una di tali affermazioni risulta priva di un fondamento razionale espresso nel contesto della motivazione stessa*” (TARUFFO, *La motivazione*, 1975, p. 450-451).

de fundamentar as decisões jurisdicionais, sem o qual não se pode reconhecer a existência de um processo justo”¹³⁸⁶.

Nesse aspecto, não basta fundamentar com base apenas na norma jurídica geral ou apenas com os precedentes¹³⁸⁷. É preciso proceder a um exame compreensivo de todos os elementos relevantes, o que pode ser obtido mesmo com brevidade. Na realidade, o que se busca é uma transformação qualitativa da estrutura da motivação, que pode ser ao mesmo tempo clara, coerente, sintética e – por que não – completa¹³⁸⁸. Cuida-se, portanto, de adotar um diverso modelo, ou “estilo de motivação”, na expressão de Michele Taruffo, no qual venham eliminados os argumentos *ad abundantiam* ou *ad pompam*, para que sejam inseridos, ao invés, elementos que efetivamente concorrem para render uma decisão justificada e controlável¹³⁸⁹.

Desse modo, a motivação permite estabelecer um controle da argumentação jurídica, na qual o razoável torna-se critério de correção. Somente a argumentação razoável é aceita pelas partes, momento em que o orador convence o seu auditório¹³⁹⁰. De fato, transpondo a argumentação filosófica para a jurídica, a figura do orador é desempenhada pelo juiz, que utiliza a argumentação, com as suas técnicas discursivas, para persuadir o seu auditório, no caso, às partes em conflito, no sentido de que a decisão adotada é a mais adequada entre todas as possíveis. A particularidade reside na exigência de que a argumentação jurídica precisa atender ao seu fim para que o conflito se resolva adequadamente. Aqui entra em cena a razão prática como critério de valoração. Nesse sentido, a motivação das decisões judiciais torna-se o instrumento jurídico fundamental para que o poder atue dentro de seus limites, representando o sinal mais importante e típico de

¹³⁸⁶ MITIDIERO, *Colaboração no processo civil*, 2009, p. 138-139.

¹³⁸⁷ WRÓBLEWSKI, *Sentido y hecho...*, 2003, p. 309.

¹³⁸⁸ TARUFFO, *La motivazione*, 1975, p. 452.

¹³⁸⁹ TARUFFO, *Il vertice ambiguo...*, 1991, p. 150.

¹³⁹⁰ Chaïm Perelman, ao desenvolver uma nova retórica como um modelo argumentativo, deliberativo e discursivo, ressalta que a teoria da argumentação é o estudo das técnicas discursivas que permitem provocar a adesão ou a concordância com a tese submetida à aprovação. A retórica proposta reúne os seguintes elementos: a) tem por objeto os argumentos ou técnicas argumentativas que sustentam ou justificam uma tese como a melhor, a mais justa ou a mais adequada; b) para poder justificar uma tese mediante argumentos, a nova retórica tem como protagonistas o orador e o auditório. Ambos desempenham um papel na argumentação que chega a parecer um diálogo entre as partes: de um lado, o orador justifica ou argumenta a sua tese diante do auditório; e do outro lado, o auditório valora a força de dita argumentação mediante a sua adesão ou não; c) a argumentação é eficaz quando o orador consegue convencer o seu auditório, que passa a aderir à sua tese. A eficácia da argumentação consiste na adesão do auditório (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado da argumentação...*, 2005, p. 15-70).

“racionalização” da função judicial, a fim de que a liberdade não se traduza em arbitrariedade¹³⁹¹.

Disso se infere que o problema da aplicação do direito não está na possibilidade de mudança de orientação e na circunstância de as próprias cortes alterarem os seus precedentes. O problema surge quando a variação de orientação se torna demasiadamente frequente, arbitrária, casual e privada de fundada justificação, como não é raro de se encontrar em todas as instâncias. A situação agrava-se ainda mais quando não são apresentadas razões que justifiquem a mudança de orientação, criando-se instabilidade, imprevisibilidade e incredibilidade.

Por isso, deve-se estabelecer uma teoria do precedente, com o fim de introduzir um grau satisfatório de uniformidade e coerência na própria jurisprudência¹³⁹², inclusive na hipótese de não aplicá-la. Exige-se, portanto, a apresentação de razões determinantes da superação dos precedentes, as quais precisam ser argumentadas pelas partes e justificadas pelos julgadores¹³⁹³, servindo a fundamentação de instrumento à segurança jurídica¹³⁹⁴.

Com efeito, partindo do pressuposto de que o precedente fornece razão determinante à decisão, se o julgador resolver não aplicá-lo no caso concreto, nada mais natural do que exigir a exposição de suas razões¹³⁹⁵. Portanto, tratando-se de um órgão jurisdicional inferior ou de mesma hierarquia, deve o julgador expor as razões de ordem fática ou jurídica para a não aplicação do precedente, na medida em que se trata de hipótese excepcional, a fim de permitir a evolução interpretativa¹³⁹⁶. Da mesma forma, exige-se da parte um ônus de argumentação muito maior quando almeja promover a devida superação dos precedentes, pois, em última análise, precisa convencer o juízo a mudar uma orientação

¹³⁹¹ GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho...*, 1999, p.191; WALTER, Gerhard. *La libre apreciación de la prueba: (investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial)*. Trad. Tomás Banzhaf. Bogotá: Temis, 1985. p. 358-359.

¹³⁹² TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, 2007, p. 31.

¹³⁹³ Destaca-se, a propósito, a ponderação de MacCormick: “*Overruling or not following is always a possibility. Again, it is the reason of justice, of not departing from like decisions in like cases without very good reason, and the reasons of policy and principle supporting the precedents, coupled with the public-convenience argument for certainty of law, which account for the standing of precedent as a ‘source of law’ in the system, and which enable us to grasp its essentially open-ended quality*” (MacCORMICK, *Legal reasoning...*, 1978, p. 227).

¹³⁹⁴ GUASCH FERNÁNDEZ, *El hecho y el derecho...*, 1998, p. 170.

¹³⁹⁵ DUXBURY, *The nature...*, 2008, p. 92, 117.

¹³⁹⁶ MONTESANO, *Su alcune funzioni...*, 1994, p. 294.

estabelecida¹³⁹⁷. Impõe-se, assim, uma fundamentação mais rigorosa e precisa do que ocorre na hipótese de aplicação dos precedentes, ou seja, deve-se observar um encargo especial de argumentação¹³⁹⁸.

Por conseguinte, a diferenciação, modificação ou revogação do precedente requer do órgão jurisdicional uma fundamentação qualificada, um “encargo especial de argumentação”¹³⁹⁹, expondo minuciosamente as razões de fato e de direito que justificam a sua suplantação¹⁴⁰⁰. O julgador tem o dever de expor “razões suficientemente fortes”¹⁴⁰¹, “com base em uma crítica fundada do entendimento anterior que explicita e justifique a mudança”¹⁴⁰². Também é de todo recomendável, no processo organizado a partir da necessidade de colaboração, que as partes tenham a possibilidade de se pronunciar sobre os pontos de apoio dos critérios de superação dos precedentes, evitando-se decisões-surpresa. A expectativa de êxito final na causa evidencia o interesse primordial da parte em dar conhecimento ao órgão julgador da norma jurídica a ser aplicada, inclusive dos precedentes judiciais, segundo a sua visão particular. Trata-se de exigência manifesta do contraditório, sendo o debate efetivo instrumento de “democratização do processo”¹⁴⁰³.

Em outras palavras, a mudança de critério interpretativo, ao contrário do que o seguimento, exigirá uma justificação especial, sob pena de a decisão caracterizar-se

¹³⁹⁷ MacCORMICK, *Legal reasoning...*, 1978, p. 222.

¹³⁹⁸ DERZI, *Modificações...*, 2009, p. 287, 295.

¹³⁹⁹ DERZI, *Modificações...*, 2009, p. 581. É o que se exige nos Estados Unidos e na Inglaterra, conforme destaca Frederick Schauer: “*The United States Supreme Court has described this heightened burden before overruling one of its own previous decisions in terms of the requirement of a ‘especial justification’, and the standard in England is that the previous decision be “manifestly wrong”. The modifiers – ‘special’ and ‘manifestly’ – are important, because it is the modifiers that make clear that the principle of stare decisis becomes meaningless if a court feels free to overrule all of those previous decisions it believes to be wrong*” (SCHAUER, *Thinking like a lawyer...*, 2009, p. 60).

¹⁴⁰⁰ CRUZ E TUCCI, *Precedente judicial...*, 2004, p. 180; PICARDI, *Appunti sul precedente giudiziale*, 1985, p. 208; BONSIGNORI, *L'art.65 dell'ordinamento giudiziario...*, 1988, p. 511.

¹⁴⁰¹ Humberto Ávila ressalta: “Como os princípios do Estado de Direito e da segurança jurídica militam em favor da estabilidade das decisões judiciais, o afastamento dos precedentes depende da existência de razões suficientemente fortes. Nesses casos, o julgador até pode se afastar dos precedentes, mas o afastamento deverá ser um *afastamento argumentado*. Há, portanto, uma *proibição (relativa) de afastamento do precedente (Abweichungsverbot) com a consequente obrigação de indicar os critérios que irão substituir os anteriormente aplicados (Vorlagenpflicht)*. O afastamento dos precedentes irá depender de razões relacionadas à justiça (o caso individual não se encaixa no padrão estabelecido pelo precedente) e à igualdade (sendo o caso a julgar diferente daquele objeto de julgamento pelo precedente merece uma decisão também diferente)” (ÁVILA, *Sistema constitucional tributário*, 2004, p. 10).

¹⁴⁰² MARTINS; MENDES, *Controle concentrado...*, 2009, p. 602.

¹⁴⁰³ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, 2010, p. 225-226; MITIDIERO, *Colaboração no processo civil*, 2009, p. 136-137.

arbitrária¹⁴⁰⁴. A exigência de justificar a mudança de critério foi denominada por Alexy como a regra da carga de argumentação¹⁴⁰⁵. Parte-se do pressuposto de que um órgão jurisdicional não pode modificar arbitrariamente o sentido de suas decisões em casos substancialmente iguais¹⁴⁰⁶. Isso porque a alteração de orientação gera inevitáveis consequências para o sistema, razão pela qual o seu custo deve ser justificado.

Logo, para superar os precedentes, o julgador está sujeito à devida fundamentação, devendo proceder com parcimônia, sempre em harmonia com as mutações das relações sociais¹⁴⁰⁷. “Nesta situação surge como questão de princípio a exigência do respeito aos precedentes, admitindo afastar-se deles, mas cabendo em tal caso a *carga da argumentação* a quem queira se afastar. Rege, pois, o princípio de inércia perelmaniano que exige que uma decisão só pode ser mudada se se podem apresentar razões suficientes para isso”¹⁴⁰⁸. Nesses casos, as razões em favor da nova solução devem ser tão boas para justificar não somente a si próprio, como também para romper com a tradição. Parte-se do reconhecimento de que a superação justificada dos precedentes significa, de um lado, a impossibilidade de serem iguais na injustiça e, de outro, a obrigação da evolução do direito¹⁴⁰⁹.

Mas nem sempre é fácil estabelecer o que seja uma fundamentação especial, exigência que é vaga, inclusive na *Common law*¹⁴¹⁰. Entendemos que o juiz, quando considere que deva afastar-se dos precedentes estabelecidos, deve fazê-lo mediante uma fundamentação suficiente e razoável para que a mudança de critério não seja discriminatória e arbitrária¹⁴¹¹. Devem estar presentes, na decisão, razões jurídicas e não apenas razões sociais, econômicas ou culturais, demonstrando que o desenvolvimento da doutrina torna o precedente indiscutivelmente equivocado. Inclusive, essa fundamentação deve ser expressa e não implícita, pois constituiu o meio mais idôneo para assegurar o respeito a valores

¹⁴⁰⁴ GASCÓN ABELLÁN, In merito alla giurisprudenza..., 1993, p. 556.

¹⁴⁰⁵ Quem quer se afastar de um precedente, assume a carga de argumentação (ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica...*, 2005, p. 265).

¹⁴⁰⁶ ANGELONI, Franco. Ancora sul precedente di cassazione: questa volta sotto il profilo della responsabilità civile del magistrato che lo disattende senza indicare le ragioni della propria decisione. *Contratto e Impresa: Dialoghi con la Giurisprudenza Civile e Commerciale*, Padova, v. 17, p. 30-48, 2001. p. 44.

¹⁴⁰⁷ SILVA, *Do recurso extraordinário...*, 1963, p. 235.

¹⁴⁰⁸ ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica...*, 2005, p. 265.

¹⁴⁰⁹ GUSY, Ch. Richterrecht und Grundgesetz, *Die öffentliche Verwaltung*, 45, 1992, p. 468 *apud* SORIANO, *El precedente judicial*, 2002, p. 214.

¹⁴¹⁰ CONSTITUTIONAL stare decisis, 1989/90, p. 1346.

¹⁴¹¹ OLLERO, *Igualdad...*, 2005, p. 23, 58.

constitucionais. Além disso, a fundamentação deve ser compreensiva e exauriente, tanto em relação ao direito, como ao fato, observando-se o princípio do contraditório¹⁴¹².

Essa exigência permite evitar a alteração inconsciente, tácita ou implícita de orientação, sendo tratada como solução conscientemente diferenciada da anterior que vinha sendo adotada. Evita-se que simplesmente o precedente não seja seguido¹⁴¹³. Ademais, a adoção de uma teoria do precedente exigiria dos tribunais inferiores, no intento de afastar-se dos precedentes das cortes superiores, um estudo qualificado, não apenas do caso em si, como da doutrina atinente, a fim de argumentar a mudança de critério. É preciso ter presente que a superação do precedente obriga o juiz a estabelecer uma nova orientação, que passará a ter a potencialidade de ser seguida pelos demais juízes, visando à unidade e à evolução do direito.

Assim, a motivação da mudança de critério deve ter uma vocação de generalidade¹⁴¹⁴, isto é, a decisão deve ser tomada com o ânimo de estabelecer uma nova orientação universalizável¹⁴¹⁵. O juiz assume, dessa forma, uma responsabilidade que vai além do caso concreto¹⁴¹⁶. Se assim for, a nova orientação se justifica de forma objetiva e razoável, suscetível de ser aplicada em casos similares futuros. Isso porque é inegável que, quando se estabelece um critério singular ou uma ruptura ocasional para um determinado caso, existem suspeitas de que a decisão seja subjetiva, irracional ou arbitrária¹⁴¹⁷.

Cumprido destacar que Gino Gorla foi o primeiro, na doutrina italiana, a afirmar que o Tribunal de Cassação, sob o fundamento do art. 65 do ordenamento judiciário, tem o dever funcional ou institucional de não se distanciar dos próprios precedentes, a não ser que

¹⁴¹² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 453-482. p. 472-473.

¹⁴¹³ SASTRE, *El precedente...*, 2008, p. 151.

¹⁴¹⁴ A universalidade é tida para MacCormick como o elemento essencial da justificação de uma decisão judiciária racional: “*The present conception of justification takes universalizability to be essential to justification. [...] That justification requires universalization or universalizability in this sense follows for what one does, and thus depends on a conception of rationality and a commitment to rationality so conceived*” (MacCORMICK, *Rhetoric and the rule...*, 2005, p. 148-149).

¹⁴¹⁵ Esse entendimento tem relação direta com o princípio de universalização de Kant, profundamente difundido na nossa tradição cultural e jurídica, através da ideia da generalização das normas e das decisões. De acordo com esse princípio, uma decisão há de ser universalizável para poder estar justificada. Corresponde ao imperativo categórico kantiano: quem age deve pretender que a máxima de sua decisão torne-se máxima geral (KRIELE, *Il precedente nell'ambito giuridico...*, 1988, p. 521). É o critério, por exemplo, seguido pelo Tribunal Constitucional espanhol (GASCÓN ABELLÁN, *In merito alla giurisprudenza...*, 1993, p. 557).

¹⁴¹⁶ KRIELE, *Il precedente nell'ambito giuridico...*, 1988, p. 520.

¹⁴¹⁷ SASTRE, *El precedente...*, 2008, p. 299-300.

existam razões graves e congruentes que devem ser adequadamente motivadas, dever a que também estão sujeitos os juízes inferiores¹⁴¹⁸. Esse entendimento tem sido observado pela própria Corte de Cassação italiana, que atribui força aos seus precedentes e exige a devida justificação para afastar-se da orientação consolidada¹⁴¹⁹.

Na Espanha, não há uma regra que vincule, propriamente, os juízes aos precedentes, mas, no caso de haver uma mudança de orientação, há necessidade de motivá-la adequadamente¹⁴²⁰. Da mesma forma, o Tribunal Federal de Justiça alemão (BGH) sustenta que os valores da segurança jurídica e da proteção da confiança devem encontrar um justo equilíbrio com a evolução do Direito. Portanto, a ruptura da continuidade da jurisprudência, mediante a superação dos precedentes, ocorre somente por razões determinantes¹⁴²¹.

A motivação do julgador torna-se, dessarte, indispensável para a superação dos precedentes, para que se possa ter algum controle quanto à aplicação das decisões judiciais, o que despertou inclusive a atenção do legislador brasileiro¹⁴²².

Uma vez proferida a decisão, cumpre ainda dar a devida publicidade a ela, para que não apenas as partes, como a sociedade, possam ter conhecimento acerca da nova

¹⁴¹⁸ GORLA, Gino. L'uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi. *Il Foro Italiano*, Roma, n. 5, p. 113-144, 1976. c. 127 ss.; GORLA, Precedente giudiziale, 1990, p. 4.

¹⁴¹⁹ Seção III, 1.12.1995, n.º 1999, dep. 23.2.1996, rv 204465, decisão cujo excerto transcreve-se: “*benché non esista nel nostro sistema processuale una norma che imponga la regola dello ‘stare decisis’, essa, tuttavia, costituisce un valore [...], imannente nel nostro ordinamento, in forza del quale non ci si deve discostare da un’interpretazione consolidata del giudice di legittimità, investito istituzionalmente, della funzione di nomofilachia, senza una ragione giustificativa*”.

¹⁴²⁰ GASCÓN ABELLÁN, In merito alla giurisprudenza..., 1993, p. 554-560. Ilustrativamente, destaca-se a seguinte decisão do Tribunal constitucional espanhol: “[...] *un mismo Juez o Tribunal no puede modificar el sentido de las decisiones adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente idénticos a no ser que se aparte conscientemente de él, ofreciendo una fundamentación suficiente y razonable que motive el cambio de criterio o, en ausencia de tal motivación expresa, resulte patente que la diferencia de trato tiene su fundamento en un efectivo cambio de criterio por desprenderse así de la propia resolución judicial o por existir otros elementos de juicio externo que así lo indiquen, como podrían ser posteriores pronunciamientos coincidentes con la línea abierta por la sentencia impugnada* (STC 10/1988, FJ. 2 *apud* OLLERO, *Igualdad...*, 2005, p. 67).

¹⁴²¹ Ilustrativamente, destacam-se as seguintes decisões: 106, 34 (37); 125, 218 (222); e 128, 85 (91) *apud* SORIANO, *El precedente judicial*, 2002, p. 217.

¹⁴²² O anteprojeto do novo Código de Processo Civil, em tramitação no Congresso Nacional, contempla regra expressa exigindo a fundamentação adequada e específica: “Art. 847. Os tribunais velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte: [...] V - na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 1º A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas. [...]”

orientação estabelecida¹⁴²³. A publicidade é necessária sobretudo porque permite aos indivíduos ajustarem sua conduta ao novo entendimento. Para tanto, não basta publicar a decisão no órgão oficial, senão observar a forma adequada da publicação. Significa que a ementa do acórdão, por exemplo, deve corresponder adequadamente à decisão proferida, expondo a tese jurídica na sua integralidade, quer quanto às normas jurídicas aplicáveis, quer quanto aos fatos determinantes.

Desse modo, a adequada motivação na aplicação dos precedentes evita a multiplicação de recursos¹⁴²⁴, na medida em que a orientação resta devidamente externada, desestimulando a irresignação infundada, o que representa também um benefício à administração da Justiça.

5.5 Efeitos da alteração dos precedentes

Os efeitos da alteração dos precedentes são retroativos em regra e, excepcionalmente, prospectivos, havendo a possibilidade de sua modulação, para que sejam minoradas as suas consequências, exame que passa a ser desenvolvido.

5.5.1 Retroativos

A retroatividade é fenômeno que diz respeito à aplicação do direito no tempo. Costuma-se, entre outras classificações, distinguir entre retroatividade em sentido próprio (retroativa) e retroatividade em sentido impróprio (retrospectiva). A primeira existe quando a lei “intervém, ulteriormente, de forma alterante, em fatos efetuados, pertencentes ao passado”. Já a segunda “figura quando a lei atua, em verdade, diretamente só sobre fatos presentes,

¹⁴²³ Conforme destaca Nicola Picardi, “o dever de publicidade tanto quanto o da motivação, enquanto discurso justificativo, constituem os trâmites necessários para verificar se o juiz exerceu ou não corretamente o poder discricionário” (PICARDI, *La vocazione...*, 2004, p. 59).

¹⁴²⁴ Essa lógica é apreendida por Ovídio Araújo Baptista da Silva: “[...] é correto dizer que o número de recursos aumenta na mesma proporção que o número de provimentos judiciais carentes de fundamentação. O resultado inverso também é verdadeiro: quanto mais bem fundamentado o ato jurisdicional, tanto menor será o número dos recursos que o podem atacar” (SILVA, *Fundamentação das sentenças...*, 2008, p. 475).

ainda que não consumados, para o futuro, mas, com isso, ao mesmo tempo, desvaloriza ulteriormente a posição jurídica afetada de todo”¹⁴²⁵.

A Constituição Federal não estabelece uma regra geral de irretroatividade. O seu art. 5.º, XXXVI, dispõe tão somente que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. A irretroatividade é imposta, no entanto, em outros artigos, tais como garantia especial quanto à definição de crimes e ao estabelecimento de penas e quanto à instituição e à majoração de tributos. Em última análise, objetiva-se evitar a retroatividade que, no texto constitucional, está direcionada explicitamente à lei, e não aos atos dos demais Poderes¹⁴²⁶, a fim de preservar as relações mantidas em sociedade¹⁴²⁷.

Em regra, as decisões judiciais têm eficácia retroativa¹⁴²⁸, dado o seu caráter de comando concreto inerente à reconstrução fático-normativa, primeiro, porque os juízes aplicam o direito previamente existente e, segundo, porque dizem respeito, ordinariamente, a fatos ocorridos no passado, e não a fatos ainda por acontecer¹⁴²⁹, diferentemente das leis e dos atos administrativos, vocacionados a disciplinar o futuro. Essa é a lógica e a prática tradicional do sistema¹⁴³⁰, fundado no princípio da separação de poderes.

Da mesma forma, toda e qualquer alteração jurisprudencial, normalmente, tem efeitos retroativos¹⁴³¹, porquanto o novo entendimento se aplica, outrossim, a fatos e situações

¹⁴²⁵ HECK, *O tribunal constitucional federal...*, 1995, p. 187-188. J. J. Gomes Canotilho, por exemplo, utiliza outra classificação para expressar o mesmo sentido. Prefere falar em “retroatividade autêntica” e “retroatividade aparente”. A primeira tem efeitos sobre o passado (*ex tunc*), enquanto a segunda, pretendendo vigorar para o futuro (*ex nunc*), acaba por atingir situações, direitos ou relações jurídicas desenvolvidas no passado, mas ainda existentes. Apontam-se alguns exemplos: normas modificadoras dos pressupostos do exercício de uma profissão, regras de promoção nas carreiras públicas, normas que regulam de forma inovadora relações jurídicas contratuais tendencialmente duradouras, normas reguladoras dos regimes de pensão da previdência social etc. (GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional...*, 1998, p. 255).

¹⁴²⁶ “O princípio da irretroatividade, a rigor, não lhes diz respeito. Essa a razão mais profunda, que explica a ausência de consagração expressa do princípio em relação ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário. Espera-se que tais Poderes Executivos, ambos, cumpram sua função constitucional, a de respeitar as leis, a de cumpri-las estritamente. E como as leis não retroagem, porque isso não é de sua natureza, das leis, não podem os Poderes Executivos, inclusive o Judiciário, retroagir” (DERZI, *Modificações...*, 2009, p. 453).

¹⁴²⁷ Pontes de Miranda ressalta: “A irretroatividade defende o povo; a retroatividade expõe-no à prepotência” (PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967, 1967-1968*, v. 5, p. 20).

¹⁴²⁸ Carnelutti já dizia que a irretroatividade das leis corresponde à retroatividade da sentença (CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1933. v. 1. p. 132-137).

¹⁴²⁹ ROSELLI, *Sull'affidamento...*, 1994, p. 339; ZAVASCKI, *Processo coletivo...*, 2006, p. 247.

¹⁴³⁰ DERZI, *Modificações...*, 2009, p. 520.

¹⁴³¹ LUPOI, Maurizio. Valore dichiarativo della sentenza ed irretroattività del mutamento giurisprudenziale nel diritto statunitense. *Il Foro Italiano*, Roma, v. 92, p. 722-738, 1969. p. 723.

ocorridos no passado. É a chamada *retrospective overruling*, adotada como regra, no Direito inglês e no norte-americano, fruto da teoria clássica que concebe o precedente como resultado de uma atividade declaratória do julgador¹⁴³². Ao revogar a orientação, o juiz declara meramente o que já preexistia no ordenamento jurídico¹⁴³³. Em outras palavras, significa que a revogação opera efeito *ex tunc*, de modo que os efeitos da nova orientação podem ser invocados como paradigma de casos que aguardam julgamento¹⁴³⁴. O entendimento inovador passa a regular os fatos, os negócios e as relações já ocorridos ao tempo da existência da orientação jurisprudencial até então vigente.

Note-se que a retroatividade em questão, seja da decisão judicial em si, seja da alteração do precedente, refere-se aos processos em andamento, e não aos processos em que houve trânsito em julgado. Nestes casos, os efeitos da ulterior decisão não retroagem, pois deve ser respeitada a coisa julgada (CF, art. 5.º, XXXVI), corolário do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (indiscutível e imutável) e do princípio da segurança jurídica¹⁴³⁵. Reconhece-se, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal assim não tem entendido nos casos de interpretação da questão constitucional superveniente em controle difuso de constitucionalidade, entendendo ser cabível ação rescisória por violação literal de disposição de lei (CPC, art. 485, V), se a norma for constitucional, a despeito do disposto na Súmula 343 da Corte^{1436, 1437}. Diferentemente, Luiz Guilherme Marinoni sustenta, com propriedade, que não se trata de violação de norma constitucional, mas sim de direito superveniente que não

¹⁴³² BLACKSTONE destaca: “*If it be found that the former decision is manifestly unjust or absurd, it is declared, not that such sentence was bad law, but that it was not the law*” (*Commentaries on the law of England*, p. 69-70) *apud* LLOYD; FREEMAN, *Lloyd’s introduction...*, 1985, p. 1136. Outrossim, destaca-se: VIANELLO, *La relatività...*, 1992, p. 637.

¹⁴³³ BODENHEIMER, *Jurisprudence...*, 1974, p. 430-431.

¹⁴³⁴ SUMMERS, *Precedent in the United States...*, 1997, p. 398.

¹⁴³⁵ Revogação do precedente não importa em revogação da coisa julgada. “Neste caso, como é óbvio, não apenas não se supõe, como, em verdade, não se admite ou tolera a revogação da coisa julgada em virtude da alteração da compreensão geral do direito. Note-se que, no primeiro caso, a segurança se realiza pela previsibilidade, ao passo que, na hipótese de coisa julgada, a segurança jurídica está na imutabilidade e na indiscutibilidade” (MARINONI, *Eficácia vinculante...*, 2010, p. 26).

¹⁴³⁶ Eis o teor do enunciado da Súmula 343 do STF: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

¹⁴³⁷ Ilustrativamente, destaca-se o seguinte trecho da decisão do Min. Gilmar Mendes: “[...] Ora, se ao Supremo Tribunal Federal compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, é certo que a sua interpretação do texto constitucional deve ser acompanhada pelos demais Tribunais, em decorrência do efeito definitivo absoluto outorgado à sua decisão. Não estou afastando, obviamente, o prazo das rescisórias, que deverá ser observado. Há um limite, portanto, associado à segurança jurídica. Mas não parece admissível que esta Corte aceite diminuir a eficácia de suas decisões diretamente divergentes à interpretação constitucional aqui formulada. Assim, se somente por meio de controle difuso de constitucionalidade, portanto, anos após as questões terem sido decididas pelos Tribunais ordinários, é que o Supremo Tribunal Federal veio a apreciá-

tem efeito retroativo, cuja violação, por conseguinte, não comporta ação rescisória¹⁴³⁸. Da mesma forma, não se pode admitir que a declaração de inconstitucionalidade retroaja para atingir a coisa julgada que se fundou em lei declarada inconstitucional ou em interpretação de lei tida como incompatível com a Constituição Federal, impedindo a execução do título executivo judicial (CPC, arts. 475-L, § 1.º, e 741, parágrafo único¹⁴³⁹)¹⁴⁴⁰. Essa alegação de inexigibilidade do título, com efeito retroativo, caracteriza manifesta afronta da garantia constitucional da coisa julgada material e, por conseguinte, dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança¹⁴⁴¹. Nesse caso, ao menos, o STF decidiu recentemente que deveria ser proposta a ação rescisória do título executivo, não admitindo a simples resistência por meio de embargos ou de impugnação¹⁴⁴². É um indicativo positivo quanto à

las, é a ação rescisória, com fundamento em violação de literal disposição de lei, instrumento adequado para a superação de decisão divergente” (STF, Pleno, EDcl no RE 328.812-AM, DJE 02.05.2008).

¹⁴³⁸ Senão vejamos o que pondera Luiz Guilherme Marinoni: “Não pode haver dúvida que, se uma norma gera dúvida constitucional, expressa pela circunstância de existir dúvida interpretativa no controle difuso da constitucionalidade realizado pelos juízes e pelos tribunais, a decisão que adota uma das interpretações razoáveis não pode ser rescindida. Na realidade, pouco importa, para efeito de violação literal, se a norma é constitucional ou infraconstitucional, já que ambas podem gerar dúvida interpretativa e, nesta dimensão, excluir a ação rescisória. Portanto, a ação rescisória que se dirige contra decisão que tratou de questão prejudicial sobre a qual recaía divergência interpretativa não é fundada em ‘violação literal de lei’, mas em *ius superveniens*. Isto se torna evidente quando se percebe que esta rescisória não se preocupa com o teor da decisão rescindenda, ou seja, com a circunstância de a decisão ter violado literalmente, ou não, uma norma, bastando não só para a sua admissibilidade, mas também para a procedência do pedido desconstitutivo, apenas um pronunciamento do Supremo Tribunal Federal com sinal contrário ao da decisão que se almeja rescindir” (MARINONI, *Coisa julgada inconstitucional...*, 2008, p. 116-117).

¹⁴³⁹ O Conselho Federal da OAB propôs ação direta de inconstitucionalidade questionando o parágrafo único do art. 741 (STF, ADIn 2418-3/DF, rel. Min. Cezar Peluso). A ação aguarda julgamento, tendo sido apresentado parecer da Procuradoria-Geral da República no sentido da inconstitucionalidade da norma.

¹⁴⁴⁰ Luiz Guilherme Marinoni argumenta que as normas dos arts. 475-L, § 1.º, e 741, parágrafo único, do CPC permitem apenas uma interpretação: “a de que o executado poderá alegar a pronúncia do Supremo Tribunal Federal quando a sentença exequenda houver aplicado lei que já havia sido declarada inconstitucional, ou tiver adotado interpretação que já havia sido declarada incompatível com a Constituição” (MARINONI, *Coisa julgada inconstitucional...*, 2008, p. 132). Na mesma senda, Leonardo Greco entende que o parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil é inconstitucional: “Mas, ainda que se referisse o dispositivo em comento apenas à declaração de inconstitucionalidade pelo STF em ações de controle concentrado, não se livraria da eiva de inconstitucionalidade, porque, ao não sujeitar a qualquer limite, nem temporal, nem material, a retroação dos efeitos dessa declaração simplesmente suprimiu a segurança jurídica como direito fundamental, o que vulnera irremediavelmente o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal” (GRECO, *Coisa julgada...*, 2006, p. 300).

¹⁴⁴¹ Nesse sentido: MARINONI, *Coisa julgada inconstitucional...*, 2008, p. 128-132; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 1.132.

¹⁴⁴² “EMENTA: COISA JULGADA EM SENTIDO MATERIAL. INDISCUTIBILIDADE, IMUTABILIDADE E COERCIBILIDADE: ATRIBUTOS ESPECIAIS QUE QUALIFICAM OS EFEITOS RESULTANTES DO COMANDO SENTENCIAL. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL QUE AMPARA E PRESERVA A AUTORIDADE DA COISA JULGADA. EXIGÊNCIA DE CERTEZA E DE SEGURANÇA JURÍDICAS. VALORES FUNDAMENTAIS INERENTES AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. EFICÁCIA PRECLUSIVA DA “RES JUDICATA”. “TANTUM JUDICATUM QUANTUM DISPUTATUM VEL DISPUTARI DEBEBAT”. CONSEQÜENTE IMPOSSIBILIDADE DE REDISSCUSSÃO DE CONTROVÉRSIA JÁ APRECIADA EM DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO, AINDA QUE PROFERIDA EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. A QUESTÃO DO ALCANCE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 DO CPC.

aplicação do art. 741, parágrafo único, do CPC, embora exista entendimento doutrinário sustentando a força rescisória, ou declaratória de nulidade da sentença, também aos embargos à execução, pouco importando a época em que o precedente do STF foi editado, se antes ou depois do trânsito em julgado da sentença exequenda, seja em controle difuso, seja em controle concentrado de constitucionalidade¹⁴⁴³.

No que se refere à alteração dos precedentes, a retroatividade funda-se no entendimento de que a nova orientação corrige um erro do passado ou algo que não se poderia manter no presente, considerando as mudanças de circunstâncias fáticas¹⁴⁴⁴. Na verdade, parte-se da compreensão de que o novo entendimento não alterou a essência da norma. Apenas extraiu o sentido adequado que, desde o princípio, estava presente, conforme a dinâmica de Hans Kelsen de que toda norma acaba expressando o que a última decisão estabelece.

A teoria dos precedentes, proposta neste trabalho, não veda a modificação de entendimentos, porque não pode ser contrária ao Direito. Porém assegura que a revogação não ocorra imprudentemente. Os julgadores devem levar em conta as consequências inerentes à revogação do entendimento até então prevalente, em consonância com a sua função institucional¹⁴⁴⁵. Por essa razão, entende-se que a retroatividade da sentença é um princípio que sofre exceções quando, por exemplo, o juiz disciplina os efeitos ainda por acontecer de fatos já passados, na linha de uma valorização adequada da jurisprudência, conforme exame que passa a ser realizado.

MAGISTÉRIO DA DOUTRINA. RE CONHECIDO, PORÉM IMPROVIDO. - A sentença de mérito transitada em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória) que haja sido proposta na fluência do prazo decadencial previsto em lei, pois, com o exaurimento de referido lapso temporal, estar-se-á diante da coisa soberanamente julgada, insuscetível de ulterior modificação, ainda que o ato sentencial encontre fundamento em legislação que, em momento posterior, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer em sede de controle abstrato, quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade. - A decisão do Supremo Tribunal Federal que haja declarado inconstitucional determinado diploma legislativo em que se apóie o título judicial, ainda que impregnada de eficácia “ex tunc”, como sucede com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concentrada (RTJ 87/758 – RTJ 164/506-509 – RTJ 201/765), detém-se ante a autoridade da coisa julgada, que traduz, nesse contexto, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emanam, “in abstracto”, da Suprema Corte. Doutrina. Precedentes.” (STF, RE 594.350/RS, rel. Min. Celso de Mello, j. 25.05.2010, DJE 11.06.2010).

¹⁴⁴³ Nesse sentido: ZAVASCKI, Teori Albino. Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 125, p. 79-91, jul. 2005. p. 79-91; THEODORO JÚNIOR, A reforma do processo..., 2005, p. 68-76.

¹⁴⁴⁴ ROSELLI, Sull'affidamento..., 1994, p. 339.

¹⁴⁴⁵ CONSTITUTIONAL stare decisis, 1989/90, p. 1362.

5.5.2 Prospectivos

A *prospective overruling* é a hipótese em que a revogação tem eficácia *ex nunc*, ou seja, o *holding* ou a *ratio decidendi* do novo precedente somente se aplica aos casos futuros¹⁴⁴⁶. Existem diferentes variações dessa técnica. A superação prospectiva pode ser limitada (*limited prospectivity*), aplicável aos processos iniciados após a decisão (pendentes), inclusive ao processo originário, ou pode ser ilimitada (*pure prospectivity*), que sequer se aplica ao processo que lhe deu origem¹⁴⁴⁷. Nessa hipótese, o efeito é exclusivamente *pro futuro*, na medida em que o julgador ainda aplica a orientação até então dominante ao caso presente, mas já alerta que os casos futuros serão decididos de outra maneira¹⁴⁴⁸. Há ainda a possibilidade de a superação prospectiva projetar os seus efeitos a um momento certo no futuro (*prospective prospectivity*), de modo que a nova orientação seja aplicada somente a partir daquela data¹⁴⁴⁹.

Outrossim, quanto aos efeitos do *overruling*, a doutrina norte-americana desenvolveu a chamada *technique of signaling*. Essa técnica de sinalização objetiva comunicar que o precedente será revogado no futuro, evitando-se, assim, que os jurisdicionados sejam prejudicados em seus negócios ou afazeres por atuarem em conformidade com a ordem estatal¹⁴⁵⁰. É uma forma prudente de sinalizar para a revogação futura, dando aos advogados maior tempo para preparar os seus clientes no sentido de que não mais poderão se pautar no precedente, caso se entenda que o *overruling* com efeitos prospectivos não é suficiente para garantir a justificada confiança¹⁴⁵¹.

De um modo geral, a revogação prospectiva é uma técnica que surge na jurisprudência americana, principalmente em casos cuja proteção da confiança se fez mais

¹⁴⁴⁶ GORLA, Precedente giudiziale, 1990, p. 6.

¹⁴⁴⁷ MARTINS; MENDES, *Controle concentrado...*, 2009, p. 561; MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade...*, 1999, p. 743.

¹⁴⁴⁸ Quando se fala em *prospective overruling*, geralmente se trata da *pure prospectivity*, conforme destaca Ugo Mattei: “*La tecnica nota come prospective overruling si configura come la possibilità in capo ad un giudice di modificare un precedente (ritenuto dottrinarmente non più adeguato a regolare quella determinata fattispecie) per tutti i casi che si presenteranno di lì innanzi, decidendo tuttavia il caso di specie in applicazione della regola superata*” (MATTEI, *Stare decisis...*, 1988, p. 311).

¹⁴⁴⁹ ÁVILA, *A modulação de efeitos...*, 2009, p. 58.

¹⁴⁵⁰ EISENBERG, *The nature of the common law*, 1988, p. 122.

¹⁴⁵¹ MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, 2010, p. 335-342.

sensível, tal como em questões de direitos reais (proteção da propriedade), obrigacionais (contratuais) e inclusive demandas tributárias¹⁴⁵². Pontualmente, a revogação prospectiva teve a sua primeira explícita aplicação pelo célebre juiz Benjamin Nathan Cardozo, da Suprema Corte americana, no caso *Great Northern Railway Co. contra Sunburst Oil & Refining Co.*, em 1932 (287 US)¹⁴⁵³. O caso veio à Suprema Corte Federal por meio de um *certiorari*, interposto em face de decisão proferida pela Suprema Corte de Montana. A discussão envolvia a definição de tarifas para o transporte ferroviário intraestatal. Ao final, decidiu-se que a nova orientação deveria operar-se para o futuro, considerando-se as repercussões inerentes¹⁴⁵⁴. Registra-se, por oportuno, que é compreensível ter surgido essa doutrina por obra de Cardozo, célebre defensor do caráter constitutivo do *judge-made law*. Ora, se o juiz cria direito, é natural que os seus efeitos possam ser prospectivos, sob pena de violação ao princípio da irretroatividade do Direito.

Trata-se, portanto, de técnica excepcional, mesmo na *Common law*, frente à regra dos efeitos “*ex tunc*” das decisões judiciais, a qual não deixa de ser examinada com certas restrições. Teme-se, de um modo geral, que possa enfraquecer a doutrina *stare decisis*, estimulando os juízes a revogar as orientações estabelecidas¹⁴⁵⁵. Outrossim, há um receio de que os juízes possam tornar-se legisladores¹⁴⁵⁶. Essas razões têm sido determinantes para que a *House of Lords*, ainda conservadora de uma prática orientada pela teoria declaratória, tenha reservas na admissão da revogação prospectiva dos precedentes¹⁴⁵⁷, posição essa que não é

¹⁴⁵² MATTEI, *Stare decisis...*, 1988, p. 309, 325. Ilustrativamente, a adoção da revogação prospectiva foi desenvolvida para evitar o que aconteceu, por exemplo, no caso *People v. Graves* (273 N.Y.S. 582, Sup. Cit. App. Div., 1934). Senão vejamos. Em 1928, a Suprema Corte americana decidiu que os Estados não tinham o direito de cobrar imposto de renda decorrente da receita oriunda de direitos autorais. No entanto, em 1932, a Corte decidiu diferentemente, revogando o precedente mencionado. Durante os três anos em que vigorou a orientação anterior, Elmer Ricer, na condição de dramaturgo, auferiu significativa receita oriunda de direitos autorais, não tendo pago valor algum de imposto de renda. Posteriormente, com a mudança de orientação, Elmer Ricer viu-se obrigado a pagar significativa quantia de imposto de renda, com acréscimo de juros e multa. Trata-se de caso em que se entendeu que a segurança jurídica restou abalada (*apud* BODENHEIMER, *Jurisprudence...*, 1974, p. 430).

¹⁴⁵³ LUPOI, *Valore dichiarativo...*, 1969, p. 724; LLOYD; FREEMAN, *Lloyd's introduction...*, 1985, p. 1135. Destaca-se que, juntamente com Cardozo (CARDOZO, *The nature...*, 2005, 1921), Wigmore (*Science of legal method*, 1931) e Kocourek (*Retrospective decision and stare decisis*, 1931) foram catalizadores da doutrina da revogação prospectiva no direito norte-americano (MATTEI, *Stare decisis...*, 1988, p. 317, nota 128).

¹⁴⁵⁴ Há outros precedentes em que a Suprema Corte Federal americana adotou a revogação prospectiva: *Warring v. Colpoys*, 122 F. 2d 642, p. 645-646 (1941); *Commissioner of Internal Revenue v. Hall's Estate*, 153 F 2d 172, p. 175 (1946); Roger J. Traynor, “Bad Lands in an Appellate Judge’s Realm of Reason”, 7 *Utah Law Review* 157, p. 167-168 (1960); Note, 60 *Harv. L. Rev.* 437 (1947) *apud* BODENHEIMER, *Jurisprudence...*, 1974, p. 431, nota 20.

¹⁴⁵⁵ LLOYD; FREEMAN, *Lloyd's introduction...*, 1985, p. 1138.

¹⁴⁵⁶ CROSS; HARRIS, *Precedent in english law*, 2004, p. 232.

¹⁴⁵⁷ CROSS; HARRIS, *Precedent in english law*, 2004, p. 228-232.

isenta de críticas. Tanto é que Neil MacCormick chega a sustentar que, para resolver essa reticência, seria conveniente uma reforma legislativa, estabelecendo regras para limitar os efeitos retrospectivos dos precedentes¹⁴⁵⁸. Na *Civil law*, cumpre destacar, admite-se a eficácia prospectiva, por força de lei, somente no controle concentrado de constitucionalidade, não sendo aceita pela doutrina clássica nas demais hipóteses¹⁴⁵⁹.

Entretanto, a doutrina contemporânea começa a discutir essa questão¹⁴⁶⁰, porque há determinadas situações que exigem um tratamento diferenciado, principalmente quando se está diante de decisões proferidas pelos tribunais superiores e quando há quebra de confiança¹⁴⁶¹. Nessas hipóteses, a adoção da técnica da revogação prospectiva, limitada excepcionalmente a certos casos, busca resolver o conflito entre a exigência de inovar para fazer justiça ao caso concreto e a responsabilidade do julgador em preservar situações jurídicas pretéritas¹⁴⁶², a fim de atender à segurança jurídica¹⁴⁶³. Há uma preocupação com o fator tempo que propicia mudanças fáticas ou de compreensão jurídica. Nesse caso, quando a

¹⁴⁵⁸ Pela relevância da colocação, transcreve-se: “*Probably by legislation, it would be appropriate to introduce a practice of ‘prospective overruling’, through rules stating some criteria to limit the retrospective impact of any decision, and to ensure its appropriate prospectively of effect as a precedent*” (MacCORMICK, *Rhetoric and the rule...*, 2005, p. 265).

¹⁴⁵⁹ ROSELLI, Sull’affidamento..., 1994, p. 341-342.

¹⁴⁶⁰ FERRERES COMELLA; XIOL RÍOS, *El carácter vinculante...*, 2009, p. 92-95. Sergio Chiarloni, no entanto, é contrário à ideia de conferir força vinculante aos precedentes no Direito italiano. De qualquer maneira, é a favor da técnica do *overruling* prospectivo, de inspiração norte-americana (CHIARLONI, *Ruolo della giurisprudenza...*, 2002, p. 13).

¹⁴⁶¹ A obra de Karl Larenz explicita o exposto. Embora o célebre jurista alemão não reconheça a força formal vinculante às decisões judiciais, admite, por outro lado, que é preciso não frustrar as expectativas advindas da orientação consolidada, conforme se infere do seguinte excerto, ao analisar a jurisprudência da mais alta Corte da Alemanha: “O Supremo Tribunal Federal reconheceu que uma mudança da jurisprudência pode dar lugar ao desaparecimento da base do negócio, quando as partes de um acordo partiram, em consonância, da situação jurídica que resultava da jurisprudência anterior. Mas recusou, com razão, ater-se a uma jurisprudência que se sabe não ser adequada, somente porque as partes do respectivo processo tinham confiado na sua subsistência. No entanto, declarou possível aplicar, por analogia, a uma mudança da jurisprudência os princípios que hão-de ter-se em conta no caso das leis retroactivas, ‘uma vez pressuposto que tal analogia é obrigatória dado o estado das coisas’. Mas, no caso concreto, não se quis abster de aplicar à situação de facto pretérita uma interpretação que estava em contradição com a jurisprudência anterior. Também o Tribunal Constitucional Federal considera que os princípios de proibição da retroatividade das leis não poderiam estender-se, sem mais, às resoluções dos tribunais. ‘Isto conduziria a que os tribunais houvessem de estar vinculados a uma jurisprudência outrora consolidada, mesmo quando esta se revela insustentável à luz do conhecimento apurado ou em vista da mudança das relações sociais, políticas ou económicas.’ Mas com isso não está, todavia, resolvida a questão. Nos casos de uma ‘ruptura ético-jurídica’, como na resolução da revalorização do marco pelo Tribunal do Reich ou no reconhecimento do direito geral de personalidade pelo Tribunal Constitucional Federal, o tribunal já não podia voltar atrás em relação ao princípio por ele estabelecido sem gravíssima quebra de confiança. Em tais casos, pode aceitar-se uma imediata vinculação, sem que tivesse que se esperar, primeiramente, pela formação de um Direito consuetudinário. Mas em tudo o mais tem que ser suficiente que os tribunais, no caso em que intentem desviar-se de uma jurisprudência, tenham também em conta a confiança na permanência dessa jurisprudência. Quando esta confiança exista em considerável medida, só se desviarão na medida em que o desvio se lhes afigure indubitavelmente como obrigatório” (LARENZ, *Metodologia...*, 1989, p. 526-527).

¹⁴⁶² LUPOI, *Valore dichiarativo...*, 1969, p. 724.

¹⁴⁶³ SASTRE, *El precedente...*, 2008, p. 115; KEMMERICH, *Alteração jurisprudencial...*, 2008.

mudança improvisada do precedente comporta resultados iníquos, o juiz pode adaptar, moderar, limitar ou até postergar os efeitos de tal mudança, evitando, assim, prejuízos às partes do caso concreto e aos sujeitos em situações similares¹⁴⁶⁴. O objetivo da adoção da técnica, acima de tudo, é graduar progressivamente a efetividade da Constituição, sem pagar um preço de uma comoção social¹⁴⁶⁵.

Desse modo, preserva-se o valor da segurança jurídica, evitando que a parte seja colhida de surpresa pela reforma do entendimento jurisprudencial¹⁴⁶⁶. Por essa razão, a *House of Lords*, ao admitir a modificação da própria prática, distanciando-se do próprio precedente, ressaltou o perigo de perturbar retroativamente, por exemplo, a própria base sobre a qual foram estipulados contratos, decididas transferências e realizados pagamentos, sem mencionar a necessidade de certeza em matéria penal¹⁴⁶⁷.

Com efeito, a regularidade jurisprudencial, especialmente provocada por decisões dos tribunais superiores, confere presunção de acerto, orientando a tomada de decisões para adoção de medidas e proposição de negócios jurídicos¹⁴⁶⁸. Dessarte, a aplicação da nova regra, com efeitos “*ex tunc*”, pode representar graves consequências, não apenas aos processos pendentes, senão àquelas relações jurídicas que ainda não resultaram em conflito, as quais, entretanto, foram constituídas com base em um entendimento jurídico que acabou sendo modificado. Por essas razões, a mudança de orientação não pode ser suportada por poucos, devendo-se buscar equilíbrio para socializar as suas consequências. É o que sustenta Misabel Derzi, ao afirmar que, “por meio dos efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*, é absorvida igualmente, por todos, de forma diluída e difusa, a meta da segurança. Ela não se dá em detrimento de um grupo social, que suportaria, isoladamente, o peso da segurança”¹⁴⁶⁹.

O grande problema da adoção dos efeitos prospectivos é justificar a não aplicação da nova orientação ao caso sob julgamento¹⁴⁷⁰. Ora, se a contradição de julgados

¹⁴⁶⁴ CAPPELLETTI, *Juízes legisladores*, 1993, p. 86.

¹⁴⁶⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 92, p. 5-16, out./dez. 1989. p. 14.

¹⁴⁶⁶ CAPPELLETTI, *Juízes legisladores*, 1993, p. 85.

¹⁴⁶⁷ *Practice Statement* de 26 de julho de 1966.

¹⁴⁶⁸ FERRAZ JÚNIOR; CARRAZZA; NERY JUNIOR, *Efeito “ex nunc”...*, 2008, p. 6.

¹⁴⁶⁹ DERZI, *Modificações...*, 2009, p. 524.

¹⁴⁷⁰ Na *Common law*, apresentam-se quatro objeções à aceitação da *prospective overruling*: 1) trata-se de uma operação que deve competir ao legislador e não ao juiz; 2) cuida-se de um *obiter dictum* que não teria valor

escandaliza de certa forma, não menos chocante seria a declaração de uma corte de que reconhece a injustiça da decisão e, mesmo assim, segue-a por estar ligada ao precedente¹⁴⁷¹. Nessa hipótese, não seria lógico conceber que o juiz, admitindo que determinada regra seja a melhor, deixe de aplicá-la no caso concreto e recomenda a sua aplicação somente a seus colegas em futuros casos similares. Em outras palavras, seria admitir que a injustiça do caso concreto torne-se a justiça de um caso futuro¹⁴⁷².

Outro problema seria conciliar os interesses em conflito. Em demandas de natureza civil, por exemplo, há interesses individuais contrapostos, em situação de igualdade. Neste caso, seria difícil sustentar, em tese, que os efeitos da decisão devem restringir-se ao futuro, e não ao presente, privilegiando uma parte em detrimento da outra.

Na busca de um tratamento adequado a esses intrincados problemas, sustenta-se, inclusive, que, na hipótese de não ser adotada a eficácia prospectiva, uma alternativa seria reconhecer ao Estado uma obrigação de compensar economicamente o particular que confiou na adequação do Poder Público. A indenização seria equivalente ao dano ocasionado pela ruptura da confiança criada. Os seus defensores sustentam que seria o modo de proteção mais desejável para evitar o conflito com o princípio da legalidade. No entanto, não se pode ignorar que em muitos casos há interesses imateriais que não podem ser ressarcidos pecuniariamente¹⁴⁷³.

Ora, as críticas suscitadas não afastam a possibilidade excepcional de conferir eficácia prospectiva às decisões proferidas em certos casos. Deve-se partir do pressuposto de que, quando se trata da competência dos tribunais superiores, o julgamento dos casos individuais transcende o interesse particular, em decorrência do dever de uniformização da interpretação do direito, em decorrência da função nomofilática, de acordo com o exame realizado. Os tribunais superiores, sendo os últimos intérpretes das normas jurídicas, devem ter o cuidado de que a alteração jurisprudencial não surpreenda todo um universo de pessoas. Assim, a alteração da chamada “jurisprudência constante”, qualificação romano-germânica

jurídico; 3) enfraquece o poder de *overruling*; e 4) desincentiva a parte a recorrer da decisão se o resultado do recurso não lhe aproveitar (MATTEI, *Stare decisis...*, 1988, p. 322-323).

¹⁴⁷¹ TORNAGHI, *Comentários ao Código...*, 1976, p. 32.

¹⁴⁷² PERESSUTTI, *Metodo e strategie...*, 1998, p. 152.

¹⁴⁷³ SASTRE, *El precedente...*, 2008, p. 404-410.

típica¹⁴⁷⁴, pode comprometer a segurança jurídica, frustrando-se as expectativas dos jurisdicionados, as quais foram construídas com apoio em reiteradas e firmes decisões anteriores. Nessas hipóteses, o interesse público deve sobrepor-se ao interesse individual inerente ao caso singular sob julgamento, de modo que os efeitos da nova orientação devam restringir-se aos casos futuros.

De um modo geral, a doutrina não se dedicou ao estudo do delicado tema dos efeitos da superação dos precedentes¹⁴⁷⁵. Costuma-se amenizar o problema em questão sustentando que “a mudança jurisprudencial bem raramente advém sem pré-aviso, como se fosse um relâmpago em céu sereno”¹⁴⁷⁶. Entretanto, a realidade forense tem demonstrado um cenário diacrônico de contrastes, que preocupa muito e gera efeitos nefastos na prestação jurisdicional. Tal a importância da questão que o anteprojeto do novo Código de Processo Civil brasileiro, em tramitação no Congresso Nacional, inova e contempla regra expressa que permite a modulação dos efeitos da alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, dos demais tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos¹⁴⁷⁷. Note-se que há um equívoco do anteprojeto em considerar o fenômeno da “alteração da jurisprudência”, quando o correto deveria ser da “alteração dos precedentes”, porque estes, sim, permitem a aplicação e a superação metodologicamente. De qualquer maneira, trata-se de um passo importante que é dado pelo ordenamento processual, o que vem ao encontro das ideais defendidas nesta tese.

Portanto, atendendo-se aos ideais de *estabilidade*, *confiabilidade*, *previsibilidade* e *mensurabilidade* na atuação do Poder Público, os quais decorrem da segurança jurídica, é altamente recomendável que os efeitos da modificação e revogação do precedente operem efeitos prospectivos, quando restarem presentes certos pressupostos. Isso

¹⁴⁷⁴ ZENATI, La notion de divergence..., 2003, p. 62.

¹⁴⁷⁵ SASTRE, *El precedente...*, 2008, p. 393.

¹⁴⁷⁶ Patrick Devlin (Judges and lawmakers. *Modern Law Rev.*, n. 39, p. 10, 1976, nota 35 *apud* CAPPELLETTI, *Juízes legisladores*, 1993, p. 86).

¹⁴⁷⁷ “Art. 847. Os tribunais velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte: [...]”

“V - na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

“§ 1º A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas.

“§ 2º Os regimentos internos preverão formas de revisão da jurisprudência em procedimento autônomo, franqueando-se inclusive a realização de audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a elucidação da matéria”.

porque o precedente vinculativo equipara-se à norma, sendo imperioso respeitar o princípio da irretroatividade da lei, exceto se for para beneficiar o jurisdicionado, tal como disposto no art. 5.º, XXXVI, da CF/88¹⁴⁷⁸.

Para definir se é caso de limitação dos efeitos da alteração dos precedentes, o juiz deverá realizar um severo juízo de ponderação concreta. Com base no postulado da proporcionalidade, a revogação retroativa não deve ser aplicada se resultar no sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social¹⁴⁷⁹.

Por essa razão, Roque Antonio Carrazza sustenta: “Por força do dispositivo constitucional que manda respeitar o *direito adquirido* e o *ato jurídico perfeito*, a lei antiga, o ato administrativo antigo e a jurisprudência antiga, posto revogados, sobrevivem, continuando a disciplinar as situações que se consolidaram enquanto vigorantes. A lei nova, o ato administrativo novo e a jurisprudência nova absolutamente não podem prejudicar tais situações pré-constituídas”. Mais adiante, o autor arremata: “Ousamos dizer que é mais importante a irretroatividade da jurisprudência, que das próprias leis. Com efeito, é a jurisprudência que ao dizer o direito (de *ius dicere*), faz chegar, às pessoas, o verdadeiro significado, conteúdo e alcance das normas jurídicas constitucionais, legais ou infralegais. A observação cresce de ponto quando se está diante de jurisprudência firmada pelos tribunais Superiores, já que eles demarcam, em definitivo e com força institucional, o caminho que o Direito espera seja palmilhado pelas pessoas”¹⁴⁸⁰.

No mesmo sentido, Misabel Derzi acentua: “O princípio (da irretroatividade) não deve ser limitado às leis, mas estendido às normas e atos administrativos ou judiciais. O que vale para o legislador precisa valer para a Administração e os tribunais. O que significa que a Administração e o Poder Judiciário não podem tratar os casos que estão no passado de modo que se desviem da prática até então utilizada [...]”¹⁴⁸¹. Da mesma forma, Nelson Nery Jr. ressalta: “Quando houver superveniência de decisão do tribunal superior sobre

¹⁴⁷⁸ “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

¹⁴⁷⁹ MARTINS; MENDES, *Controle concentrado...*, 2009, p. 564-565.

¹⁴⁸⁰ CARRAZZA, *Segurança jurídica...*, 2008, p. 48, 49 e 62.

¹⁴⁸¹ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Notas às limitações constitucionais ao poder de tributar* (BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. rev. e ampl. à luz da Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional n. 10/1996. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 193).

determinado assunto, alterando jurisprudência anterior do mesmo tribunal já extratificada em sentido diverso, os efeitos dessa decisão terão de ser necessariamente *ex tunc*, isto é, para o futuro. Somente assim será preservado o respeito à Constituição Federal, porque se estará dando guarida aos princípios da *segurança jurídica* e da *boa-fé objetiva*. Mesmo depois de adotado novo posicionamento do tribunal sobre determinado assunto, o tribunal deve aplicar sua jurisprudência anterior aos casos futuros que lhe sejam apresentados, mas respeitantes a fatos ocorridos na vigência da jurisprudência anterior”¹⁴⁸².

Por essas considerações, o princípio da irretroatividade não pode mais restringir-se ao legislador. Deve-se aplicá-lo também aos atos administrativos e judiciais. Logo, o que vale para um dos poderes constituídos vale também aos demais, tal como têm decidido os tribunais alemães¹⁴⁸³. Não se pode olvidar que “a irretroatividade das *leis* refere-se à *lei* conforme uma de suas interpretações possíveis. Essa interpretação adotada pode ser alterada e, com isso, a lei, em termos do seu sentido, se altera. Em nome do direito à segurança, que exige certeza e confiança, não se pode restringir o princípio da irretroatividade à lei como mero enunciado, devendo compreender-se a lei como sua inteligência em determinado momento”¹⁴⁸⁴. Essa compreensão equivale a dizer que a irretroatividade é do Direito ou, em outras palavras, “irretroatividade da inteligência da lei aplicada a certo caso concreto”¹⁴⁸⁵.

Não se pode perder de vista que a essência da jurisprudência é a segurança jurídica e a proteção dos direitos da cidadania. De fato, a lógica da prudência é conatural à ciência do Direito. Com o pacífico entendimento dos tribunais acerca de determinados assuntos, as pessoas passam a acreditar no Poder Judiciário. Estabelecem-se parâmetros para as decisões dos juízes de graus inferiores, para que os advogados aconselhem os seus clientes e para que os indivíduos planejem suas condutas e negócios¹⁴⁸⁶.

Logo, em alguns casos, é adequado conferir à mudança dos precedentes o mesmo tratamento conferido à mudança legislativa, na qual é vedada a irretroatividade da

¹⁴⁸² NERY JUNIOR, *Boa-fé objetiva...*, 2008, p. 95.

¹⁴⁸³ FERRAZ JÚNIOR; CARRAZZA; NERY JUNIOR, *Efeito “ex nunc”...*, 2008, p. 10.

¹⁴⁸⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Segurança jurídica, coisa julgada e justiça. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 263-278, 2005. p. 267.

¹⁴⁸⁵ FERRAZ JÚNIOR; CARRAZZA; NERY JUNIOR, *Efeito “ex nunc”...*, 2008, p. 11.

¹⁴⁸⁶ CARRAZZA, *Segurança jurídica...*, 2008, p. 56.

lei¹⁴⁸⁷. Isso porque a técnica do precedente permite uma generalização ao estilo das normas, na medida em que, na sua essência, se encontra uma regra (*ratio decidendi*). Pois bem, se os precedentes são regras tais como as regras jurídicas do Direito europeu-continental, ainda que existam certos matizes em seu funcionamento, coincidem os fins que ambos perseguem: igualdade e segurança jurídica (previsibilidade, confiança e estabilidade)¹⁴⁸⁸.

5.5.3 Modulação dos efeitos

Restou examinado que existe a possibilidade de modificação ou revogação de precedentes quando, para tanto, se apresentam razões determinantes. O que precisa ser ponderado são as consequências dessa intervenção, tal como o impacto sobre as expectativas legítimas e o risco no abalo da confiança pública, da estabilidade e da igualdade na aplicação do direito, o que deve ser levado em consideração pelo juízo. Nesse contexto, discute-se a modulação dos efeitos das decisões como alternativa para minoração dessas consequências.

Como se sabe, a modulação dos efeitos da decisão é um tema cujo debate tem despertado o interesse da doutrina. Geralmente, a questão pode ser tratada em quatro cenários distintos: “a) a declaração de inconstitucionalidade em ação direta; b) a declaração de inconstitucionalidade em controle incidental; c) a declaração de constitucionalidade em abstrato; e d) a mudança da jurisprudência consolidada acerca de determinada matéria”¹⁴⁸⁹.

No Direito positivo brasileiro, a modulação tem fundamento legal apenas no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental perante o Supremo Tribunal Federal, quando, por “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, são modulados os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, nos termos, respectivamente, do art. 27 da Lei n.º 9.868/99 e do art. 11 da Lei n.º 9.882/99, conforme será examinado no momento oportuno¹⁴⁹⁰.

¹⁴⁸⁷ A Constituição Federal brasileira traz a principal regra a ser observada em matéria de direito intertemporal. Trata-se do art. 5.º, XXXVI, que dispõe: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, disposição que consiste no princípio da irretroatividade das leis.

¹⁴⁸⁸ SASTRE, *El precedente...*, 2008, p. 129.

¹⁴⁸⁹ BARROSO, *O controle...*, 2009, p. 76.

¹⁴⁹⁰ Capítulo 6.2.

Semelhantemente, com o objetivo de regulamentar a súmula vinculante, a Lei n.º 11.417/2006 também autoriza o Supremo Tribunal Federal a modular os efeitos dos enunciados a serem editados¹⁴⁹¹.

Destaca-se que, mesmo se não existisse o art. 27 da Lei n.º 9.868/99, o Supremo Tribunal Federal “teria o poder/dever de restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir a partir de que momento esta teria eficácia”, em razão da aplicação do princípio da segurança jurídica¹⁴⁹² e do princípio da boa-fé objetiva¹⁴⁹³, que são exigíveis perante qualquer ato de Poder – Legislativo, Executivo e Judiciário¹⁴⁹⁴. Até porque o dogma da teoria da nulidade da lei inconstitucional não decorreu da lei senão da construção jurisprudencial, que também deve assumir o compromisso de atenuá-la quando for necessário¹⁴⁹⁵. Tanto é assim que existem precedentes antigos, nos quais, em controle incidental, o Supremo Tribunal Federal deixou de atribuir efeitos retroativos à decisão de inconstitucionalidade¹⁴⁹⁶, “como consequência da ponderação com outros valores e bens jurídicos que seriam afetados”. Em outras palavras, reconhece-se que “a possibilidade de

¹⁴⁹¹ “Art. 4.º A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público”.

¹⁴⁹² CARRAZZA, Segurança jurídica..., 2008, p. 65.

¹⁴⁹³ NERY JUNIOR, Boa-fé objetiva..., 2008, p. 101.

¹⁴⁹⁴ GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional...*, 1998, p. 250.

¹⁴⁹⁵ É o que destaca Ana Paula Ávila: “De fato, se efeito de forma indiscriminada, o reconhecimento dos efeitos produzidos por norma inconstitucional pode romper com a supremacia da Constituição. Isso, porém, não ocorre *necessariamente*. Para se compreenderem as razões, primeiro há que se abrir mão da condição de dogma atribuída à regra da nulidade da lei inconstitucional, para considerá-la uma regra de preferência que, eventualmente, pode ser superada. Isso, no entanto, representa verdadeira ruptura com a tradição consolidada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – ruptura que se entende necessária para que a Corte possa cumprir, satisfatoriamente, a sua missão de guardar e proteger a Constituição em todos os casos. Como, inicialmente, os efeitos do controle abstrato de constitucionalidade não foram normativamente disciplinados no direito brasileiro, a forma de enfrentar o problema foi, assim como o sistema concreto de controle, absorvida do direito norte-americano. Diante da ausência de disciplina legal, foi na jurisprudência que se consolidou a tradição de se adotar a tese da nulidade da lei inconstitucional, à qual foi até mesmo conferida, segundo alguns, a condição de princípio implícito, de hierarquia constitucional” (ÁVILA, *A modulação de efeitos...*, 2009, p. 38-39).

¹⁴⁹⁶ STF, 2.ª T., RE 78.533-SP, j. 13.11.1981, DJ 26.02.1982, p. 1.290, rel. Min. Firmínio Paz. A posição radical da teoria da nulidade da norma inconstitucional foi também atenuada, por exemplo, no caso de magistrados que haviam recebido, de boa-fé, vantagem pecuniária declarada inconstitucional: a remuneração foi interrompida, mas eles não foram obrigados a restituí-la (STF, RE 122.202, DJU 8. abr. 1994, rel. Min. Francisco Rezek). Recentemente, a questão da possibilidade de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso foi enfrentada nos seguintes julgamentos: RE 556.664/RS, Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.06.2008, DJE de 13.11.2008; RE 559.882/RS, Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.06.2008, DJE de 13.11.2008; RE 559.943, Pleno, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 12.06.2008, DJE 25.09.2008; e RE 560.626, Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.06.2008, DJE 04.12.2008.

ponderar valores e bens jurídicos constitucionais não depende de previsão legal”¹⁴⁹⁷. Logo, o modelo difuso de controle de constitucionalidade não se mostra incompatível com a doutrina da limitação dos efeitos¹⁴⁹⁸.

Por outro lado, não obstante a solução que se vinha dando ao tema, a inovação legislativa foi importante para oficializar a prática e para exigir quórum qualificado, como requisito formal, para dar temperamento aos efeitos temporais da decisão, através da maioria de dois terços dos membros da Corte (Lei n.º 9.868/99, art. 27), tal como previsto na Constituição portuguesa (art. 282.1) e na Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã (§ 31). Essa exigência acaba repercutindo na prática, pois há hipóteses em que prevalece a necessidade de modulação, mas não se alcança o quórum qualificado, restando frustradas expectativas legítimas¹⁴⁹⁹. No entanto, entende-se que a exigência formal é salutar, porquanto se trata de uma medida que excepciona uma regra, sendo natural um rigor maior na sua adoção¹⁵⁰⁰.

¹⁴⁹⁷ BARROSO, *O controle...*, 2009, p. 127.

¹⁴⁹⁸ MARTINS; MENDES, *Controle concentrado...*, 2009, p. 559-564.

¹⁴⁹⁹ Um exemplo nesse sentido é o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da cobrança da COFINS dos escritórios de advocacia, por exemplo. O Tribunal, por maioria, declarou legítima a revogação da isenção do recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social sobre as sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada, prevista no art. 6.º, II, da LC 70/91, pelo art. 56 da Lei 9.430/96 (“Art. 56. As sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada passam a contribuir para a seguridade social com base na receita bruta da prestação de serviços, observadas as normas da Lei Complementar n.º 70, de 30 de dezembro de 1991.”) — v. Informativos STF 436, 452 e 459. Considerou-se a orientação fixada pelo STF no julgamento da ADC 1/DF (DJU de 16.6.95), no sentido de: a) inexistência de hierarquia constitucional entre lei complementar e lei ordinária, espécies normativas formalmente distintas exclusivamente tendo em vista a matéria eventualmente reservada à primeira pela própria CF; b) inexigibilidade de lei complementar para disciplina dos elementos próprios à hipótese de incidência das contribuições desde logo previstas no texto constitucional. Com base nisso, afirmou-se que o conflito aparente entre o art. 56 da Lei 9.430/96 e o art. 6.º, II, da LC 70/91 não se resolve por critérios hierárquicos, mas, sim, constitucionais quanto à materialidade própria a cada uma dessas espécies normativas. No ponto, ressaltou-se que o art. 56 da Lei 9.430/96 é dispositivo legitimamente veiculado por legislação ordinária (CF, art. 146, III, b, a *contrario sensu*, e art. 150, § 6.º) que importou na revogação de dispositivo inserto em norma materialmente ordinária (LC 70/91, art. 6.º, II). Concluiu-se não haver, no caso, instituição, direta ou indireta, de nova contribuição social a exigir a intervenção de legislação complementar (CF, art. 195, § 4.º). Vencidos os Ministros Eros Grau e Marco Aurélio, que davam provimento aos recursos, para que fosse mantida a isenção estabelecida no art. 6.º, II, da LC 70/91. Em seguida, o Tribunal, por maioria, rejeitou pedido de modulação de efeitos. Vencidos, no ponto, os Ministros Menezes Direito, Eros Grau, Celso de Mello, Carlos Britto e Ricardo Lewandowski, que deferiam a modulação, aplicando, por analogia, o disposto no art. 27 da Lei 9.868/99. O Tribunal também rejeitou questão de ordem que determinava a baixa do processo ao STJ, pela eventual falta da prestação jurisdicional, vencidos o Min. Marco Aurélio, que a suscitara, e o Min. Eros Grau. Por fim, o Tribunal acolheu questão de ordem suscitada pelo Min. Gilmar Mendes, relator, para permitir a aplicação do art. 543-B do CPC, vencido o Min. Marco Aurélio. Não participou da votação nas questões de ordem o Min. Joaquim Barbosa, ausente naquele momento. RE 377457/PR, rel. Min. Gilmar Mendes, 17.9.2008. (RE-377457).

¹⁵⁰⁰ ÁVILA, *A modulação de efeitos...*, 2009, p. 58-59.

Como requisito material, o legislador empregou, acertadamente, conceitos jurídicos indeterminados, exigindo do juiz a construção do próprio sentido da norma, a partir de elementos colhidos na situação de fato a ser decidida, pois não seria recomendável a fixação de regras previamente estabelecidas, dada à impossibilidade de abarcar todas as situações possíveis¹⁵⁰¹. Não obstante, objetivando uma determinação de sentido, pode-se dizer que “razões de segurança jurídica” são “as que prestigiam a idéia de que as pessoas, num Estado de Direito como o nosso, devem ter sempre garantida a possibilidade de calcular e prever, inclusive com base na jurisprudência, os efeitos jurídicos dos seus atos”¹⁵⁰². Aqui sobressai a importância da previsibilidade no sentido de se saber, de antemão, quais são as consequências dos atos praticados por qualquer indivíduo¹⁵⁰³. Já ao “excepcional interesse social” corresponde “o interesse de assinalado número de pessoas, que, com apoio em jurisprudência consolidada, amargariam assinalados prejuízos, caso a mudança de orientação não tenha efeitos prospectivos”¹⁵⁰⁴. Nesse caso, deve-se dar prevalência ao interesse da sociedade, quando contraposto aos interesses do próprio Estado¹⁵⁰⁵.

No entanto, além das hipóteses previstas no ordenamento jurídico, entende-se que, excepcionalmente, a modulação dos efeitos da decisão pode ser aplicada na alteração dos precedentes acerca de determinada matéria¹⁵⁰⁶. Isso porque, quando o Poder Judiciário altera o seu entendimento e muda a sua decisão, escolhendo outra solução entre as possíveis, reconstrói a norma, específica e determinada. Essa norma equivale a uma nova lei, a um Direito novo, esvaziando o sentido anteriormente atribuído pelo próprio Poder Judiciário.

Com efeito, é atordoante que, numa rápida e surpreendente decisão, passe a ser errado o que durante muito tempo foi considerado certo¹⁵⁰⁷. Não se admite, portanto, que o Tribunal, no momento da revogação judicial do precedente, ignore o grau de confiança nele depositado e as legítimas expectativas criadas¹⁵⁰⁸. Nesse caso, deve ocorrer a chamada revogação prospectiva, entendimento este que o Superior Tribunal de Justiça dá sinais de pôr

¹⁵⁰¹ Kelsen, *Jurisdição constitucional*, 2003, p. 172.

¹⁵⁰² CARRAZZA, *Segurança jurídica...*, 2008, p. 66.

¹⁵⁰³ ÁVILA, *A modulação de efeitos...*, 2009, p. 88.

¹⁵⁰⁴ CARRAZZA, *Segurança jurídica...*, 2008, p. 66.

¹⁵⁰⁵ ÁVILA, *A modulação de efeitos...*, 2009, p. 175.

¹⁵⁰⁶ MARINONI, *Eficácia vinculante...*, 2010, p. 26.

¹⁵⁰⁷ TORNAGHI, *Comentários ao Código...*, 1976, p. 34.

¹⁵⁰⁸ MARINONI, *Eficácia vinculante...*, 2010, p. 30-31.

em prática em alguns relevantes casos tributários¹⁵⁰⁹, assim como o Supremo Tribunal Federal, no controle incidental de constitucionalidade, em precedentes como o da composição das Câmaras Municipais e da progressão de regime em casos de crimes hediondos¹⁵¹⁰. Da mesma forma, a jurisprudência de nossos tribunais tem mantido algumas situações ilegais, assim reconhecidas pela Administração Pública, mas que ficaram provisoriamente sustentadas por liminares concedidas pelo Poder Judiciário, mesmo que a decisão final, proferida após o transcurso de largo tempo, tenha sido desfavorável ao interessado.

Note-se que, em comum, essas decisões têm esteio no princípio constitucional da segurança jurídica, na sua feição subjetiva, para que a confiança dos indivíduos não reste abalada, bem como não sejam frustradas as expectativas legítimas¹⁵¹¹. Essa face subjetiva de uma relação existente entre o Estado e os cidadãos corresponde ao princípio da proteção da confiança legítima, que gera tanto deveres de não fazer (eficácia negativa) – ilustrativamente, não revogar, não invalidar etc. – como deveres de fazer (eficácia positiva) –, por exemplo, colaboração e cooperação etc.¹⁵¹²

A grande questão é definir quando a confiança torna-se legítima a ponto de exigir a proteção jurídica, o que remete à delimitação dos seus requisitos. Conforme destacado anteriormente¹⁵¹³, o princípio da proteção da confiança desenvolveu-se doutrinária e jurisprudencialmente no Direito alemão como um sistema de defesa do cidadão contra intervenções administrativas, legislativas e judiciais¹⁵¹⁴. Justamente na perspectiva jurisdicional, argumenta-se que a mudança de orientação jurisprudencial pode provocar violação às expectativas dignas de proteção do cidadão, devendo-se estabelecer certos limites, a fim de preservar aquelas situações que tiveram origem no passado. Para ensejar essa

¹⁵⁰⁹ Ver matéria divulgada pelo jornal *Valor Econômico* sob o título “Tribunal discute ‘prazo de validade’ de jurisprudência”, em 14/06/2007.

¹⁵¹⁰ STF, RE 266.994-SP, *DJU*, 21 maio 2004, rel. Min. Maurício Corrêa.

¹⁵¹¹ Ilustrativamente, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul julgou inconstitucional certa lei municipal que cria cargos em comissão sem a definição das respectivas atribuições, por entender que houve violação ao artigo 32 da Constituição Estadual. Presentes as razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, foi modulada a eficácia da declaração de inconstitucionalidade, dado o elevado número de cargos em comissão e a diversidade das secretarias a que estão vinculados, pois o imediato desligamento dos servidores comprometeria a continuidade do serviço público (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70032608879, Tribunal Pleno, Rel. Des. Maria Isabel de Azevedo Souza, julgada em 22/03/2010).

¹⁵¹² MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança ..., 2002, p. 237-238.

¹⁵¹³ Vide exame sobre segurança jurídica (ponto 3.5.2) e boa-fé objetiva (ponto 3.5.3).

¹⁵¹⁴ CASTILLO BLANCO, Federico A. *La protección de confianza en el derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 1998. p. 115.

proteção essencial à modulação dos efeitos, é necessário, primeiro, que o entendimento jurisprudencial tenha gerado confiança e, segundo, que essa confiança seja legítima.

Quanto ao primeiro requisito, a confiança é gerada no momento em que o precedente é formado, a fim de que possa gerar, a partir daí, a expectativa legítima.

O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, no julgamento do crédito presumido de IPI, ao promover a alteração da sua jurisprudência (RE 370.682-9/SC), entendeu que o precedente anterior (RE 350.446-1/PR) não havia transitado em julgado, razão pela qual não se poderia considerar que se tenha formado uma expectativa legítima. Logo, não seria o caso de modular os efeitos da nova orientação.

No entanto, a Corte Suprema desconsiderou o fato de que o precedente anterior havia sido proferido pela sua composição plenária, tendo sido fundamento determinante de inúmeras decisões monocráticas ao longo de cinco anos de contínua jurisprudência. Isso porque os Tribunais, de um modo geral, quando alteram a sua jurisprudência, aplicam o novo entendimento mesmo antes da publicação do respectivo acórdão, o que revela outra patologia, pois inibe o exercício do direito fundamental ao contraditório. Logo, o argumento apresentado é incongruente, pois, para aplicar a nova orientação jurisprudencial, não é necessária a publicação, muito menos o trânsito em julgado da decisão. Todavia, para modular os efeitos da decisão em benefício do cidadão, exige-se que a orientação resulte decisão definitiva e imutável, sob pena de não caracterizar expectativa legítima. Ora, no caso do crédito presumido de IPI, a nova orientação passou a produzir efeitos tão logo o precedente anterior foi publicado na imprensa oficial, não tendo transitado em julgado, em razão de sucessivos embargos de declaração opostos, cujos requisitos de cabimento não convêm examinar.

Portanto, entende-se que a confiança exigida para a modulação dos efeitos forma-se a partir da publicação do precedente, independentemente do seu trânsito em julgado.

No que se refere ao segundo requisito à modulação dos efeitos, deve-se verificar se a confiança gerada é legítima, a fim de que as repercussões geradas em razão da *ratio decidendi* objeto do precedente devam ser amparadas. Entende-se que a legitimidade do precedente depende, sobretudo, dos argumentos da autoridade e da correção material do

precedente¹⁵¹⁵, além da sua reiteração no tempo. Preenchidos esses requisitos, a modulação dos efeitos é medida que se impõe.

Destaca-se que os efeitos do novo entendimento judicial podem ser aplicados prospectivamente em diferentes momentos e circunstâncias: a) a fatos que vierem a ocorrer após a publicação do acórdão que o encampa ou a partir do seu trânsito em julgado, não atribuindo efeito retroativo à sua decisão; b) a fatos que ocorreram anteriormente ao novo entendimento, mas cuja demanda ainda não foi ajuizada; c) a fatos que ocorreram anteriormente ao novo entendimento, mas cuja demanda ainda não transitou em julgado; d) para fixar em algum momento no futuro o início da produção dos efeitos da decisão, dando à norma uma sobrevida; e) para restringir os efeitos da decisão, excluindo determinada categoria de pessoas que sofreriam ônus excessivo ou insuportável¹⁵¹⁶.

Por fim, é preciso ressaltar que a modulação dos efeitos, em qualquer dos âmbitos de sua aplicação, é medida excepcional em benefício do cidadão e da sociedade, não podendo ser invocada a favor do Estado¹⁵¹⁷. Portanto, como exceção deve ser tratada¹⁵¹⁸, exigindo-se uma ponderação concreta dos diferentes interesses constitucionais em jogo¹⁵¹⁹. A propósito, a advertência de Rui Medeiros, embora se destine ao exame da decisão de inconstitucionalidade, aplica-se também ao tema da alteração dos precedentes: “O afastamento da eficácia retroactiva e repristinatória só é admissível quando se demonstre, com base numa ponderação concreta, que a adopção de uma declaração de inconstitucionalidade pura e simples envolveria o sacrifício excessivo da segurança jurídica, da equidade ou de outro interesse público de excepcional relevo”¹⁵²⁰.

¹⁵¹⁵ Vide os argumentos inerentes à teoria normativa dos precedentes (ponto 4.9).

¹⁵¹⁶ Essas possibilidades podem ser extraídas das seguintes obras: BARROSO, *O controle...*, 2009, p. 210; e VIGORITI, *Problemi del processo costituzionale...*, 1967, p. 1486-1487. No exame do controle de constitucionalidade, ao comentar o art. 27 da Lei nº 9.868/99, Gilmar Mendes vislumbra que o STF poderá proferir uma das seguintes decisões: “a) declarar a inconstitucionalidade apenas a partir do trânsito em julgado da decisão (declaração de inconstitucionalidade *ex nunc*), com ou sem repristinação da lei anterior; b) declarar a inconstitucionalidade com a suspensão dos efeitos por algum tempo a ser fixado na sentença (declaração de inconstitucionalidade com efeito *pro futuro*), com ou sem repristinação da lei anterior; c) declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, permitindo que se opere a suspensão de aplicação da lei e dos processos até que o legislador, dentro de prazo razoável, venha a se manifestar sobre a situação inconstitucional (declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade = restrição de efeitos); e, eventualmente, d) declarar a inconstitucionalidade dotada de efeito retroativo, com a preservação de determinadas situações” (MARTINS; MENDES, *Controle concentrado...*, 2009, p. 565-566).

¹⁵¹⁷ ÁVILA, *A modulação de efeitos...*, 2009, p. 154-155.

¹⁵¹⁸ ÁVILA, *A modulação de efeitos...*, 2009, p. 67-68.

¹⁵¹⁹ MARINONI, *Coisa julgada inconstitucional...*, 2008, p. 174-175.

¹⁵²⁰ MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade...*, 1999, p. 716.

Na linguagem comum, “ponderar” significa examinar alguma coisa com atenção e cuidado, refletindo sobre os aspectos a ela atinentes. No Direito, ponderação retrata uma regra hermenêutica, um modo de pensar que envolve o sopesamento e a consideração de ideias contrárias, designando, sobretudo, uma forma de decidir. Esse procedimento de ponderação estrutura-se em três fases distintas: “primeiro, a identificação e análise dos princípios (valores, direitos, interesses, etc.) que estejam em conflito em face do caso concreto; segundo, a atribuição de peso e importância correspondente a cada princípio objeto de ponderação; e, terceiro, a determinação da prevalência de um princípio sobre os demais”¹⁵²¹.

Em resumo, verificados os pressupostos respectivos, a limitação dos efeitos é um dever a que não se pode furtar¹⁵²². Especificamente em relação à alteração dos precedentes, o julgador deve proceder à ponderação de valores entre a justiça do caso concreto e a segurança jurídica, visando à preservação e prevalência de direitos fundamentais do indivíduo¹⁵²³, tais como liberdade, igualdade, propriedade etc., considerando-se o tempo razoável para que ocorra a assimilação do novo entendimento judicial, para que os seus efeitos passem a valer *erga omnes*. O julgador deve, em última análise, promover justiça, comutativa ou distributiva, não de forma estática, senão de forma dinâmica, incluindo a dimensão temporal, tanto retrospectiva como prospectiva, levando em conta os princípios éticos de uma justiça corretiva.

5.5.4 Aplicação em causas penais, cíveis, tributárias e administrativas

Os precedentes judiciais, no Direito brasileiro, são aplicados em todas as áreas do ordenamento jurídico, na medida em que se trata de uma prática inerente à unicidade da jurisdição¹⁵²⁴. Isso não significa que a sua aplicação seja uniforme em todas elas, pois há particularidades que devem ser observadas.

¹⁵²¹ ÁVILA, *A modulação de efeitos...*, 2009, p. 92.

¹⁵²² MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade...*, 1999, p. 736-737.

¹⁵²³ ÁVILA, *A modulação de efeitos...*, 2009, p. 130.

¹⁵²⁴ “Nisso o processo civil brasileiro diferencia-se de importantes modelos europeus e latino-americanos em que há certas limitações relacionadas com o Estado em juízo. Nosso sistema é o da chamada *jurisdição una* e

Ante a massificação dos processos judiciais, os precedentes tendem a adquirir relevância cada vez maior, porquanto funcionam como verdadeiros critérios orientadores de decisão. Mediante a aplicação adequada dos precedentes, os casos repetitivos podem receber tratamento uniforme, visando à efetividade e celeridade processuais. Dessa forma, a prestação jurisdicional pode concentrar-se na solução de conflitos que exigem análise particularizada, da chamada “jurisdição convencional”¹⁵²⁵.

Inicialmente, os precedentes adquirem maior relevância naqueles ramos do Direito em que o interesse público se sobrepõe ao interesse particular, de modo que a manutenção da estabilidade interessa a uma coletividade, razão pela qual é enfatizada. É o que ocorre, por exemplo, no Direito Tributário. Desse modo, quando o interesse individual preponderar como ocorre no Direito de Família, os precedentes tendem a perder a sua força, na medida em que a solução desses conflitos depende de aspectos particulares dos casos, exigindo-se uma constante atividade criativa para adequar o Direito à realidade fática. Por outro lado, os precedentes tendem a ganhar importância quando se busca preservar as expectativas legítimas dos indivíduos, razão pela qual, no âmbito cível, os precedentes têm maior aplicação em questões contratuais.

Dada a limitação deste trabalho, pretende-se enfrentar as particularidades da aplicação dos precedentes judiciais, ao menos brevemente, em quatro searas: nas causas penais, cíveis, tributárias e administrativas.

5.5.4.1 Causas penais

Em causas penais, a questão adquire contornos peculiares. O processo penal, assim como o civil, tem duas partes com interesses contrapostos: o Ministério Público, ordinariamente¹⁵²⁶, e o réu. No entanto, os interesses em jogo são de natureza diversa. Por um

também o Estado se sujeita aos juízes integrantes do Poder Judiciário e às regras do direito processual civil” (DINAMARCO, *Instituições...*, 2009, v. 1, p. 40).

¹⁵²⁵ RODRIGUES, *Ações repetitivas...*, 2010, p. 41.

¹⁵²⁶ Uma de suas funções institucionais, como sabido, é a de “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei” (CF, art. 129, I).

lado, tem-se o interesse público na persecução penal¹⁵²⁷, consubstanciado no poder-dever de punir do Estado (*ius puniendi*); de outro, o interesse particular do réu, na defesa da sua liberdade (*ius libertatis*)¹⁵²⁸. Por isso, o processo penal, por mandamento constitucional (CF, art. 5.º, LVII), parte da presunção de inocência do réu, a menos que se prove o contrário (*in dubio pro reo*). Nessa perspectiva, a alteração da jurisprudência pode representar consequências diversas.

Para resolver questões dessa natureza no Direito Penal, há dois princípios constitucionais específicos a serem observados: o princípio da legalidade¹⁵²⁹, de maior abrangência, e o princípio da irretroatividade¹⁵³⁰, considerado um subproduto daquele. O princípio da legalidade é inegavelmente o mais importante no Direito Penal, o que o torna um “sistema fechado”, por ser a lei a sua fonte formal exclusiva¹⁵³¹. Essa lei, no entanto, precisa ter algumas qualidades. Daí advém os seus subprincípios como o da determinação ou taxatividade¹⁵³², o da irretroatividade da norma penal¹⁵³³ e o da reserva legal¹⁵³⁴. Trata-se, todos somados, de rígida limitação ao *ius puniendi* do Estado, em sua confrontação com o *ius libertatis* do indivíduo integrante da sociedade¹⁵³⁵.

¹⁵²⁷ CAPPELLETTI, Formazioni sociali..., 1975, p. 368.

¹⁵²⁸ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 27.

¹⁵²⁹ “Art. 5.º [...] XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, o que corresponde ao aforismo *nulla poena et nullum crimen sine lege*.

¹⁵³⁰ “Art. 5.º [...] XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;”.

¹⁵³¹ TUCCI, *Direitos e garantias individuais...*, 2009, p. 242. Quanto à compreensão do princípio, Luigi Ferrajoli destaca: “O princípio de mera legalidade que atua, conforme a fórmula *nulla poena, nullum crimen sine lege*, como norma de reconhecimento de todas as prescrições penais legalmente vigentes ou positivamente existentes, e somente delas, tem para o jurista o valor de uma regra metacientífica, que chamarei de *primeiro postulado do positivismo jurídico*: trata-se, mais precisamente, de uma regra semântica que identifica o direito vigente como objeto exaustivo e exclusivo da ciência penal, estabelecendo que somente as leis (e não também a moral ou outras fontes externas) dizem o que é delito e que as leis somente dizem o que é delito (e não também o que é pecado)” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 302).

¹⁵³² O princípio da determinação dirige-se especialmente ao legislador, impondo-o o dever de editar leis de forma clara e precisa, de que modo que possam ser compreendidas pelos cidadãos e juristas com univocidade de sentido (CADOPPI, *Il valore del precedente...*, 2007, p. 45).

¹⁵³³ Cuida-se de princípio também dirigido precipuamente ao legislador, sendo defeso editar leis punitivas sobre fatos já cometidos (CADOPPI, *Il valore del precedente...*, 2007, p. 48).

¹⁵³⁴ O princípio da reserva legal exige do Poder Legislativo certas garantias necessárias para definir quais são as condutas criminosas em certo ordenamento jurídico e quais são as sanções decorrentes. É o que destaca Luigi Ferrajoli: “Enquanto o axioma de mera legalidade se limita a exigir a lei como condição necessária da pena e do delito (*nulla poena, nullum crimen sine lege*), o princípio da legalidade estrita exige todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal (*nulla lex poenalis sine necessitate, sine injuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*)” (FERRAJOLI, *Direito e razão...*, 2002, p. 76).

¹⁵³⁵ TUCCI, *Direitos e garantias individuais...*, 2009, p. 241.

Senão vejamos a questão específica acerca da evolução da jurisprudência. Sob o ponto de vista do imputado, a alteração de entendimento pode representar uma posição que lhe é favorável (*pro reo*) ou desfavorável (*contra reum*). Aqui entram em jogo os fundamentos do princípio da legalidade, especialmente o interesse de quem está sendo protegido. Não há dúvida de que, nesse caso, o princípio da legalidade, com os seus atributos de garantia, tem como destinatário o réu. Portanto, pode-se sustentar que a aplicação retroativa da jurisprudência somente poderia ser aplicada em hipóteses de entendimento *pro reo*, aplicando-se os efeitos prospectivos aos casos de alteração *contra reum*¹⁵³⁶.

Por essa razão, a Corte Europeia dos Direitos do Homem mantém entendimento jurisprudencial que veda a retroatividade em casos penais em que a mudança de orientação não tenha o caráter de “razoável previsibilidade”. A mesma Corte de Justiça da Comunidade Europeia confirmou a jurisprudência de Estrasburgo, vedando a retroatividade de mudanças jurisprudenciais “*in peius*”¹⁵³⁷.

Um exemplo de decisão que beneficia a posição jurídica do réu e à qual tem sido conferidos efeitos retroativos é a que envolve o exame de inconstitucionalidade de dispositivos legais que impedem ou limitam o direito de o réu recorrer em liberdade¹⁵³⁸.

¹⁵³⁶ CADOPPI, *Il valore del precedente...*, 2007, p. 316-318.

¹⁵³⁷ Corte de Justiça da Comunidade europeia, Seção II, 8 de fevereiro de 2007, Groupe Danone v. Comissão da Comunidade europeia (causa C-3/06 P), in Cass. Pen., 2007, p. 2200 ss), com menção de CADOPPI, *Il valore del precedente...*, 2007, p. XXVII. Outrossim, pode-se mencionar o caso decidido pela Corte de Justiça da Comunidade europeia, em acórdão de 8 de abril de 1976, *Gabrielle Defrenne versus S. A. Sabena* (processo 43-75), em *Raccolta della Giurisprudenza della Corte*, 1976, I, p. 455 e s., especialmente p. 477-479 *apud* CAPPELLETTI, *Juízes legisladores*, 1993, p. 86.

¹⁵³⁸ A discussão havida no Supremo Tribunal Federal pode ser ilustrada na Reclamação 2.391, Boletim Informativo n.º 334:1, dez. 2003, rel. para acórdão Min. Joaquim Barbosa: “Retomado o julgamento de questão suscitada pelo Min. Cezar Peluso nos autos de medida cautelar em reclamação, em que se discute, em face do princípio da não-culpabilidade, a constitucionalidade dos artigos 9º da Lei 9.034/95 e 3º da Lei 9.613/98 - art. 9º: "o réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta Lei"; art. 3º: "os crimes disciplinados nesta Lei são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória e, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade" – v. Informativos 320 e 323. O Min. Gilmar Mendes, acompanhando os votos proferidos pelos Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso, proferiu voto-vista no sentido da concessão do habeas corpus de ofício e declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 9º da Lei 9.034/95, emprestando ao art. 3º da Lei 9.613/98 interpretação conforme a Constituição, no sentido de que o juiz, na hipótese de sentença condenatória, fundamente sobre a existência ou não dos requisitos para a prisão cautelar. Prosseguindo em seu voto, o Min. Gilmar Mendes - tendo em conta o fato de que, na espécie, estar-se-ia revisando jurisprudência firmada pelo STF, amplamente divulgada e com inegáveis repercussões no plano material e processual -, admitindo a possibilidade da limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade prevista no art. 27 da Lei 9.868/99, em sede de controle difuso, emprestou à sua decisão efeitos ex nunc (Lei 9.868/99, art. 27: "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").

“Cuidava-se de hipótese em que a jurisprudência pacífica do Tribunal (STF) encaminhava-se no sentido de considerar legítima a fórmula legislativa, constante do direito pré-constitucional e que vinha sendo reproduzida em diversos textos legislativos posteriores”¹⁵³⁹. Entretanto, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 84.078, pela primeira vez, revisando a jurisprudência da Corte, firmou entendimento de que a prisão do réu em face da sentença penal condenatória somente pode ocorrer após o trânsito em julgado, sendo admitida, antes desse momento, somente a prisão a título cautelar. Resta assentado o entendimento da inconstitucionalidade da “execução antecipada da sentença” penal condenatória, por força da aplicação dos arts. 5.º, LVII¹⁵⁴⁰, e 1.º, III¹⁵⁴¹, da CF/88.

Destaca-se, também, recente decisão do Supremo Tribunal Federal que aplicou retroativamente, a fatos ocorridos anteriormente ao início da sua vigência, a nova redação do art. 213 do Código Penal, alterado pela Lei n.º 12.015/2009, que, entre outras alterações no Título VI do Código Penal, unificou as redações dos antigos arts. 213 e 214 em um tipo único os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, em face da norma penal mais benéfica (CF, art. 5.º, XL)¹⁵⁴². O caso em questão não trata de alteração de jurisprudência, mas reflete a possibilidade de retroagir os efeitos da lei somente para a hipótese de beneficiar o réu.

Outra discussão interessante refere-se à polêmica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da interpretação do art. 5.º, XLVI, da CF/88, especificamente sobre a natureza do princípio da individualização da pena. A questão assumiu relevo em razão da expressa disposição da Lei de Crimes Hediondos, que nega a possibilidade de progressão de regime. No julgamento do HC 69.657-1, essa questão foi amplamente

¹⁵³⁹ MARTINS; MENDES, *Controle concentrado...*, 2009, p. 569.

¹⁵⁴⁰ “Art. 5.º [...] LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”.

¹⁵⁴¹ “Art. 1.º 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: [...] III – a dignidade da pessoa humana;”.

¹⁵⁴² STF, Boletim Informativo, n.º 577, de 1º a 5 de março de 2010: “A Turma deferiu habeas corpus em que condenado pelos delitos previstos nos artigos 213 e 214, na forma do art. 69, todos do CP, pleiteava o reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Observou-se, inicialmente, que, com o advento da Lei 12.015/2009, que promovera alterações no Título VI do CP, o debate adquirira nova relevância, na medida em que ocorrera a unificação dos antigos artigos 213 e 214 em um tipo único [CP, Art. 213: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009).”]. Nesse diapasão, por reputar constituir a Lei 12.015/2009 norma penal mais benéfica, assentou-se que se deveria aplicá-la retroativamente ao caso, nos termos do art. 5º, XL, da CF, e do art. 2º, parágrafo único, do CP” (HC 86.110/SP, Min. Cezar Peluso, j. 02.03.2010).

discutida, tendo sido vencedora a orientação que sustentava a constitucionalidade da norma da Lei n.º 8.072/90, que veda a progressão de regime¹⁵⁴³.

No entanto, passada mais de uma década, o Supremo Tribunal Federal retomou a questão no julgamento do HC 82.959-7, tendo declarado, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90. A particularidade é que o Tribunal, por votação unânime, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois considerou-se que a decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo juiz competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão¹⁵⁴⁴.

Nitidamente, a decisão do Supremo Tribunal Federal, que representa autêntico *overruling* em matéria penal, modulou os efeitos da declaração da inconstitucionalidade da disposição legal em questão, estabelecendo-os de forma “*ex nunc*”, considerando que, reiteradamente, o Tribunal reconhecera a constitucionalidade da vedação da progressão de regime nos crimes hediondos, bem como todas as possíveis repercussões que a declaração de inconstitucionalidade haveria de ter nas searas civil, processual e penal.

5.5.4.2 Causas cíveis

Diferentemente do que ocorre no processo penal, no civil tem-se, ordinariamente, a existência de, ao menos, duas partes com interesses contrapostos da mesma ordem¹⁵⁴⁵, embora extraordinariamente, cada vez mais, tem incremento a tutela coletiva. Daí advém o conceito clássico de lide, proposto por Carnelutti¹⁵⁴⁶ ou de litígio, noções que não se aplicam ao processo penal em razão da indisponibilidade e impessoalidade dos interesses em

¹⁵⁴³ STF, Tribunal Pleno, HC 69.657-1/SP, rel. Min. Francisco Rezek, j. 18.12.1992, DJ 18.06.1993, p. 12.111.

¹⁵⁴⁴ STF, Tribunal Pleno, HC 82.959-7/SP, rel. Marco Aurélio, j. 23.02.2006, DJ 01.09.2006, p. 00018.

¹⁵⁴⁵ Ilustrativamente, “condenar a pagar o réu que não deve ou privar o verdadeiro credor do seu crédito, constituem injustiças de igual natureza e teor” (DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 2005, p. 307).

¹⁵⁴⁶ Lide é o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro. Senão vejamos a clássica lição: “*Chiamo lite il conflitto di interessi qualificato dalla pretesa di uno degli interessati e dalla resistenza dell’altro*” (CARNELUTTI, *Sistema del diritto...*, 1936, p. 40, n. 14).

jogo, razão pela qual não há que se falar em pretensões, muito menos resistências¹⁵⁴⁷. Desse modo, no processo civil, não há, como regra, diferença axiológica sensível entre a pretensão do autor e a defesa do réu, o que remete o enquadramento da matéria dentro da justiça comutativa¹⁵⁴⁸. Nesse contexto, inexistente razão para que o Estado-legislador ou Estado-juiz manifeste preferência por algum deles¹⁵⁴⁹. Essa circunstância dificulta a aplicação da teoria dos precedentes, pois os princípios da igualdade, segurança jurídica e boa-fé objetiva protegem ambas as partes em contraposição ao Estado.

Nesse caso, a mudança de orientação jurisprudencial prejudica, ao menos, uma das partes, com direitos fundamentais individuais de mesma natureza¹⁵⁵⁰. Uma delas pode objetivar a manutenção da regra de direito objeto do precedente, enquanto a outra pode almejar a superação da mesma. A igualdade de interesses, portanto, torna tormentosa a aplicação da teoria dos precedentes em causas cíveis. Isso não significa que não possam ser traçadas algumas diretrizes em razão da superação dos precedentes.

Por essa razão, a teoria dos precedentes tem maior aplicação nas hipóteses em que a visão do processo, de perfil individual-patrimonialista, tornou-se insuficiente e deficitária, hipótese em que se faz necessário “o estabelecimento de novas regras para a tutela dos direitos coletivos e das situações em que os direitos seriam mais bem atendidos se compreendidos como coletivos os fins de tutela, caso específico dos direitos individuais homogêneos”¹⁵⁵¹. Nesses casos, envolvendo relações de massa em comunidades ou grupos mais ou menos amplos, aquilo que vier a ser decidido pelo juiz tem repercussões *erga omnes* ou ao menos *ultra partes*. Destaca-se, a propósito, que as ações de massa, na atualidade do Poder Judiciário brasileiro, assumiram proporção assustadora, o que tem gerado preocupação quanto às suas consequências¹⁵⁵². Daí a importância cada vez maior dos precedentes. Da mesma forma, a teoria dos precedentes tem difusa aplicação em demandas cíveis repetitivas,

¹⁵⁴⁷ TUCCI, *Direitos e garantias individuais...*, 2009, p. 36-40.

¹⁵⁴⁸ No processo civil, a característica marcante, na perspectiva da igualdade, é a busca pelo equilíbrio de vantagens entre as partes: “*In sostanza, l’eterno problema della disciplina del processo come risoluzione di conflitti consiste nel bilanciare i vantaggi delle parti per fornirle di armi pari*” (DAMAŠKA, *I volti della giustizia...*, 2005, p. 182-183).

¹⁵⁴⁹ DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 2005, p. 307.

¹⁵⁵⁰ CADOPPI, *Il valore del precedente...*, 2007, p. 318.

¹⁵⁵¹ DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, *Curso...*, 2009, p. 49.

¹⁵⁵² Tanto é que o principal mote do anteprojeto do novo Código de Processo Civil, em tramitação no Congresso Nacional, é a institucionalização do chamado “incidente de resolução de ações repetitivas”, que permitirá que uma única decisão da Justiça seja adotada nas ações de massa relativas a um mesmo assunto. Na prática, o instrumento consistirá na adaptação do atual recurso repetitivo, utilizado pelo STJ, para os demais tribunais.

especialmente quando envolvem direito do consumidor, cuja proteção é privilegiada em razão da sua vulnerabilidade no mercado de consumo (CDC, art. 4.º, I)¹⁵⁵³.

Na busca de critérios orientadores, deve-se partir do pressuposto de que os precedentes visam a assegurar a previsibilidade e a confiança legítima. Logo, em causas cíveis, a preservação das expectativas legítimas deve ocorrer naquelas hipóteses em que as partes já constituem as suas relações jurídicas materiais com esse propósito. É o que ocorre, por exemplo, na formação dos contratos, em que as partes almejam atender as suas expectativas, ou em situações jurídicas consolidadas ao longo do tempo¹⁵⁵⁴. Naturalmente, nesses casos, a superação dos precedentes deve ser realizada de tal forma que as expectativas sejam minimamente frustradas¹⁵⁵⁵. Outrossim, as expectativas legítimas devem ser também observadas naquelas demandas em que se formou uma jurisprudência consolidada, cuja orientação gerou a confiança de que o entendimento dominante viesse a ser aplicado no futuro.

5.5.4.3 Causas tributárias

No Direito Tributário, à semelhança do que ocorre no Direito Penal, o princípio da segurança jurídica assume maior intensidade. “Maior é a exigência de cuidados com a observância da segurança jurídica porque a taxatividade da atividade individual interfere significativamente na viabilidade, no planejamento e na gestão das empresas e dos patrimônios das pessoas físicas e jurídicas”¹⁵⁵⁶. Por essa razão, o princípio da legalidade configura-se como uma reserva absoluta da lei formal, nos termos do art. 150, I, da Constituição Federal¹⁵⁵⁷. Parte-se do pressuposto de que o contribuinte precisa fazer seu

¹⁵⁵³ As ações repetitivas diferenciam-se das ações convencionais, conforme destaca Ruy Zoch Rodrigues: “O litígio se estabelece com efetiva controvérsia nos primeiros casos. Depois, nos seguintes, o que se dá é a repetição incessante das mesmas iniciais, contestações, e conseqüentemente, das mesmas sentenças” (RODRIGUES, *Ações repetitivas...*, 2010, p. 16). Daí a importância de, uma vez definida a resolução da controvérsia, aplicar a respectiva *ratio decidendi* aos demais casos, promovendo-se os ideais da teoria dos precedentes (igualdade, segurança jurídica, boa-fé objetiva e eficiência da prestação jurisdicional).

¹⁵⁵⁴ Nessa quadra, destaca Cármen Lúcia Antunes Rocha: “O homem, ser intranquilo em sua aventura humana, quer se fazer, pois, tranquilo ao menos no que concerne aos negócios jurídicos, sobre quais as normas incidem segundo o sistema que lhe é previamente apresentado, dado ao seu conhecimento e ao seu saber quanto à eficácia a se produzir” (ROCHA, *O princípio da coisa julgada...*, 2009, p. 169).

¹⁵⁵⁵ DUXBURY, *The nature...*, 2008, p. 161.

¹⁵⁵⁶ THEODORO JÚNIOR, *As reformas...*, 2008, p. 247.

¹⁵⁵⁷ “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça; [...]”.

planejamento tributário sob pena de inviabilizar sua atividade empresária ou mesmo de pessoa física. Soma-se a isso o fato de que a tributação implica transferência de recursos do patrimônio privado para o erário. Daí a importância de se estabelecerem limitações ao poder de tributar.

De fato, o conteúdo normativo da legalidade tributária extrapola o da legalidade geral. “A legalidade tributária implica reserva absoluta de lei, impondo que os tributos sejam instituídos não apenas com base em lei ou por autorização legal, mas pela própria lei, dela devendo ser possível verificar todos os aspectos da norma tributária impositiva de modo a permitir ao contribuinte o conhecimento dos efeitos tributários dos atos que praticar ou posições jurídicas que assumir”¹⁵⁵⁸.

Da mesma forma, no Direito Tributário brasileiro, há vedação específica à irretroatividade, consoante art. 150, III, “a”, da Constituição Federal¹⁵⁵⁹. Assegura-se a proteção do contribuinte contra a voracidade retroativa do fisco. Logo, a irretroatividade tributária “implica a impossibilidade de que a lei tributária impositiva mais onerosa seja aplicada relativamente a situações pretéritas, independentemente de qualquer outro condicionamento”. Procura-se, assim, “preservar o passado da atribuição de novos efeitos tributários, reforçando a própria garantia a legalidade”¹⁵⁶⁰. A vedação, em matéria tributária no Direito brasileiro, é tanto da retroatividade própria como da imprópria, de modo que os arts. 105¹⁵⁶¹ e 144, § 2.º¹⁵⁶², do CTN não foram recepcionados pela vigente Constituição¹⁵⁶³.

¹⁵⁵⁸ PAULSEN; ÁVILA; SLIWKA, *Segurança jurídica...*, 2006, p. 92.

¹⁵⁵⁹ “Art. 150 [...]: [...] III – cobrar tributos: a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado; [...]”.

¹⁵⁶⁰ Essas são as palavras de Leandro Paulsen *et al.* (PAULSEN; ÁVILA; SLIWKA, *Segurança jurídica...*, 2006, p. 120-121). A propósito, não estão sozinhos. Hugo de Brito Machado reforça a posição: “A rigor, a norma do art. 105, que admite a aplicação da lei ao fato gerador pendente, não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, porque configura evidente hipótese de retroatividade no que diz respeito aos elementos de fato já consumados” (MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 99). No entanto, a questão é controvertida na doutrina. Por exemplo, Misabel Abreu Machado Derzi considera que o art. 144 do CTN não ofende o princípio constitucional da irretroatividade (DERZI, Misabel Abreu Machado. O princípio da irretroatividade do Direito na Constituição e no Código Tributário Nacional. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 67, p. 237-251, 1996. p. 250-251), entendimento este que tem amparo na jurisprudência do STF (RE 183.119-7/SC).

¹⁵⁶¹ “Art. 105. A legislação tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes, assim entendidos aqueles cuja ocorrência tenha tido início mas não esteja completa nos termos do artigo 116”.

¹⁵⁶² “Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada. [...] § 2.º O disposto neste artigo não se aplica aos impostos lançados por períodos certos de tempo, desde que a respectiva lei fixe expressamente a data em que o fato gerador se considera ocorrido”.

¹⁵⁶³ PAULSEN; ÁVILA; SLIWKA, *Segurança jurídica...*, 2006, p. 137-141.

Admite-se, no entanto, a retroação benéfica ao contribuinte, retroatividade autorizada expressamente na Constituição (art. 150, § 6.º) e que depende de disposição legislativa expressa e específica¹⁵⁶⁴.

A rigor, as garantias e os direitos fundamentais em questão são exclusivos do contribuinte¹⁵⁶⁵, e podem ser enquadrados como limitações ao poder de tributar. Situam-se no plano do legislador, e não do julgador. No entanto, sustenta-se, neste trabalho, que não há razão para estabelecer diferença entre a constituição e aplicação do direito, na medida em que o princípio da segurança jurídica norteia tanto a atuação do legislador como a do aplicador do direito¹⁵⁶⁶. Portanto, em matéria tributária, decisões onerosas que alcancem fatos consumados são, em geral, incompatíveis com o princípio da segurança jurídica, ainda mais quando os contribuintes não tinham que ter em consideração a possibilidade de alteração. Isso significa que os precedentes judiciais que onerem os contribuintes, no que diz respeito à interpretação relacionada à instituição e majoração de tributos, devem ter necessariamente caráter prospectivo, sob pena de inconstitucionalidade da eventual retroatividade que determinar. Somente assim serão preservados atos, fatos ou situações já ocorridos, não sendo admitido que novos precedentes criem efeitos tributários não previstos quando da sua ocorrência¹⁵⁶⁷.

Frisa-se que o conhecimento antecipado das imposições tributárias é tamanho que a Constituição da República, no art. 150, III, “b” e “c”¹⁵⁶⁸, estabelece o que se denomina de anterioridade tributária, assegurando um interstício mínimo de noventa dias entre a publicação da lei instituidora ou majoradora de tributos (anterioridade nonagesimal mínima) e, ainda, o conhecimento, num exercício, da tributação à qual o contribuinte se sujeitará no exercício seguinte (anterioridade de exercício). Tal garantia de anterioridade é exclusiva do

¹⁵⁶⁴ DERZI, *Modificações...*, 2009, p. 427.

¹⁵⁶⁵ Também é essa a posição do Supremo Tribunal Federal, de acordo com o enunciado da Súmula 654: “A garantia da irretroatividade da lei, prevista no art. 5.º, XXXVI, da Constituição da República, não é invocável pela entidade estatal que a tenha editado”.

¹⁵⁶⁶ PAULSEN; ÁVILA; SLIWKA, *Segurança jurídica...*, 2006, p. 121.

¹⁵⁶⁷ Humberto Ávila ressalta: “Seguindo esse entendimento e sendo a segurança jurídica um sobreprincípio constitucional fundamental, o intérprete deverá considerar vedada a modificação retroativa das conseqüências jurídicas, a ligação retroativa da hipótese de incidência tanto no caso das leis com referência pretérita total quanto naquelas com referência pretérita parcial, bem como a hipótese de regulação posterior de fatos pré-causados. Interpretação diversa atribui ao intérprete um ônus argumentativo maior, assim como a demonstração de que sua decisão está amparada por princípios constitucionais de igual suporte axiológico. O não-cumprimento dessa exigência viola não só o princípio da segurança jurídica como, também, o sobreprincípio do Estado de Direito” (ÁVILA, *Sistema constitucional tributário*, 2004, p. 152-153).

¹⁵⁶⁸ “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] III – cobrar tributos: [...] b) no mesmo exercício financeiro em que

Direito Tributário, não encontrando paralelo relativamente a obrigações de outra natureza, nem mesmo para o estabelecimento de tipos penais e aumento de penas. Busca-se “garantir um interstício de tempo entre a publicação da lei nova mais gravosa e o início da sua incidência, permitindo que o contribuinte se prepare para aquilo que sabe, por força de lei já publicada, que lhe será imposto”¹⁵⁶⁹.

Ademais, a aplicação do Direito Tributário deve ser isonômica, não sendo admitido conferir tratamento desigual entre contribuintes que se encontram em situação equivalente, conforme princípio da igualdade tributária, previsto explicitamente no art. 150, II, da Constituição Federal¹⁵⁷⁰. Logo, viola o princípio da igualdade a aplicação de precedentes distintos em casos similares, ao menos que ocorram fundamentos determinantes que precisam ser expressamente apresentados¹⁵⁷¹.

Note-se que, em matéria tributária, o princípio da segurança jurídica – que tem como corolários a legalidade, a irretroatividade e a anterioridade –, somado ao princípio da igualdade, visa a evitar surpresas para o contribuinte, o que precisa necessariamente estender-se ao plano da aplicação do direito.

A propósito, ressalta-se que a Lei do Processo Administrativo (Lei n.º 9.784/99), ao enumerar os princípios que devem ser obedecidos, dispõe: “Art. 2.º, parágrafo

haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou; c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b; [...]”.

¹⁵⁶⁹ PAULSEN; ÁVILA; SLIWKA, *Segurança jurídica...*, 2006, p. 145, 153.

¹⁵⁷⁰ “Art. 150. [...] II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos; [...]”.

¹⁵⁷¹ Humberto Ávila analisa a dimensão normativa do princípio da igualdade tributária: “Na perspectiva da sua dimensão enquanto limitação ao poder de tributar, a igualdade qualifica-se preponderantemente do seguinte modo: quanto ao nível em que se situa, caracteriza-se, na feição de princípio e de regra, como uma *limitação de primeiro grau*, porquanto se encontra no âmbito das normas que serão objeto de aplicação e, na função de postulado, como *limitação de segundo grau*, já que orienta o aplicador na relação que deve investigar relativamente aos sujeitos, ao critério e à finalidade da diferenciação; quanto ao objeto, qualifica-se como uma *limitação positiva de ação e também negativa*, na medida em que exige uma atuação do Poder Público para igualar as pessoas (igualdade de chances, ações afirmativas), bem como proíbe a utilização de critérios irrazoáveis de diferenciação ou o tratamento desigual para situações iguais; quanto à forma, revela-se como uma *limitação expressa, material e formal*, na medida em que, sobre ser expressamente prevista na Constituição Federal (art. 5º e art. 150, II), estabelece tanto o conteúdo quanto a forma de tributação (ÁVILA, *Sistema constitucional tributário*, 2004, p. 335). Mais adiante, o autor reforça a necessidade de justificação da diferenciação: “[...] é preciso ultrapassar o controle formal, aplicativo e limitado à evidência de arbitrariedade em favor de um modelo material, integral e justificativo de controle do princípio de igualdade. O Estado pode diferenciar, mas deve dizer por que o faz. Não é o particular que deve apresentar um motivo objetivo para ser tratado igualmente; é o Estado que deve apresentar um motivo fundamentado

único [...]: XIII – interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação” (destaque nosso). Embora a lei em questão não se aplique ao processo administrativo tributário, cuja disciplina decorre do Decreto n.º 70.235/72 ¹⁵⁷², o dispositivo transcrito já se encontrava no art. 146 do Código Tributário Nacional: “Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução” [destaque nosso].

Ressalta-se que a segurança jurídica em matéria tributária manifesta-se nas restrições jurídicas às mutações retroativas em prejuízo do contribuinte, de acordo com os arts. 100 e 146 do CTN. Significa que, uma vez incorporada a jurisprudência ao lançamento, a mutação jurisprudencial ulterior somente pode nortear os novos lançamentos referentes a fatos geradores supervenientes.

Portanto, adota-se o entendimento de que o Poder Judiciário, especialmente os tribunais superiores, em causas tributárias, não pode aplicar o novo entendimento em casos concretos para fins de sancionar, agravar a situação dos contribuintes ou denegar-lhes pretensões, de sorte que somente se aplicam aos casos ocorridos posteriormente à mudança de orientação. Isso porque devem ser aplicados os princípios da igualdade, segurança jurídica e boa-fé objetiva, os quais não se aplicam se as modificações de jurisprudência ocorrem em

para fazer a diferenciação. O ônus argumentativo – repita-se o quanto for necessário – é do Estado e, não, do cidadão [...]” (*Ibidem*, p. 351-352).

¹⁵⁷² Cumpre destacar, no entanto, que os princípios insculpidos na Lei n.º 9.784/99 aplicam-se ao processo administrativo tributário. Senão vejamos: “A Lei 9.874/99 [*sic*] estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração. Até a edição dessa lei, não existia lei de regência que abrangesse todas as esferas da administração federal, as duas principais, do ponto de vista tributário, sendo a Secretaria da Receita Federal (SRF) e a Secretaria da Receita Previdenciária (SRP). Continuam em vigor o Decreto 70.253/72 (que rege o processo administrativo no âmbito da SRF, recentemente alterado em diversos artigos) e as regras que disciplinam o processo do INSS. Os princípios introduzidos, entretanto, porque decorrentes diretamente de princípios constitucionais reprisados na referida lei, sobrepõem-se às regras preexistentes, quando incompatíveis. Mesmo não havendo derrogação ou revogação expressa dos dispositivos referentes a processos administrativos específicos, há prevalência dos dispositivos da Lei 9.784/99 em razão de aqueles não serem compatíveis com os princípios constitucionais preexistentes (a CF/88 não os recepcionou, ou são inconstitucionais, porque editados com violação ao seu texto)” (PAULSEN, Leandro; ÁVILA, René Bergmann; SLIWKA, Ingrid Schroder. *Direito processual tributário: processo administrativo fiscal e execução fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 12).

detrimento das Fazendas Públicas, na medida em que são considerados limitações constitucionais do poder de tributar¹⁵⁷³.

5.5.4.4 Causas administrativas

No Direito Administrativo, os princípios fundadores dos precedentes judiciais também têm aplicação diferenciada, especialmente a segurança jurídica e a boa-fé objetiva. Assume os precedentes judiciais, por conseguinte, uma funcionalidade destacada nos conflitos de ordem administrativa, na medida em que se procura proteger o particular frente à Administração Pública. Significa que as orientações firmadas pela Administração em dada matéria “não podem, *sem prévia e pública notícia*, ser modificadas em casos concretos para fins de sancionar, agravar a situação dos administrados ou denegar-lhes pretensões, de tal sorte que só se aplicam aos casos ocorridos depois de tal notícia”¹⁵⁷⁴.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal julgou um caso representativo do tema em questão. Trata-se do exame em mandado de segurança de uma decisão do Tribunal de Contas da União – TCU que havia anulado a aposentadoria de um servidor, ao mudar a sua orientação, por considerar indevido o aproveitamento do tempo por ele trabalhado como aluno-aprendiz em escola técnica. No caso, a relatora, Min. Carmen Lúcia, entendeu que a mudança de entendimento do Tribunal de Contas da União não poderia ser admitida, sob pena de violação aos princípios da segurança jurídica, da confiança e da boa-fé¹⁵⁷⁵.

¹⁵⁷³ DERZI, *Modificações...*, 2009, p. 607.

¹⁵⁷⁴ BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito...*, 2010, p. 125.

¹⁵⁷⁵ “Anulação de Aposentadoria: Contagem de Tempo como Aluno-Aprendiz e Súmula 96 do TCU – 2. Entendeu-se que, depois de quase 14 anos da publicação da aposentadoria do impetrante, o TCU não poderia negar o registro respectivo por mudança de seu próprio entendimento ocorrida posteriormente àquele ato, sob pena de serem malferidos os princípios constitucionais da segurança jurídica, da confiança e da boa-fé. Após fazer retrospectiva da legislação nacional sobre o aluno-aprendiz, observou-se que não teria ela apresentado alteração no tocante à natureza dos cursos de aprendizagem nem no conceito de aprendiz, e que a única mudança havida seria a nova redação dada à Súmula 96 do TCU (“Conta-se, para todos os efeitos, como tempo de serviço público, o período de trabalho prestado, na qualidade de aluno-aprendiz, em Escola Pública Profissional, desde que haja vínculo empregatício e retribuição pecuniária à conta do Orçamento.”), aprovada, em 8.12.94, e publicada no DOU, em 3.1.95” (STF, Pleno, MS 27.185/DF, rel. Min. Carmen Lúcia, j. 17.02.2010, *DJe* 12.03.2010).

Outro caso ilustrativo é o julgamento que está em curso no Supremo Tribunal Federal, referente ao limite de idade em concurso público para ingresso nas Forças Armadas. Por mais de duas décadas, admitiu-se limitação de idade por meio de regulamentos da marinha, exército e aeronáutica (Lei n.º 6.880/80, art. 10). No entanto, em exame de recursos extraordinários, a Min. Carmen Lúcia entendeu que o referido dispositivo legal não foi recepcionado pelo art. 142, § 3.º, X, da CF, que estabelece a reserva legal, não se admitindo que um ato administrativo estabelecesse a restrição. Ao firmar o precedente, a Relatora ressaltou que, “com base no princípio da segurança jurídica, tendo em conta que passados quase 22 anos de vigência da CF/88, nos quais vários concursos foram realizados com observância daquela regra geral, propôs que a decisão somente se aplique aos concursos para ingresso nas Forças Armadas iniciados a partir deste julgamento, preservado o direito daqueles que já tenham ajuizado ações com o mesmo objeto jurídico da que ora se examina”¹⁵⁷⁶.

¹⁵⁷⁶ Boletim Informativo STF n.º 580, de 22 a 26 de março de 2010: “O Tribunal iniciou julgamento de recurso extraordinário em que se discute a constitucionalidade, ou não, do estabelecimento de limite de idade por edital de concurso para ingresso nas Forças Armadas. Trata-se, na espécie, de recurso interposto pela União contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região que entendera que, em relação ao ingresso na carreira militar, a Constituição Federal exigiria que lei dispusesse a respeito do limite de idade (CF, art. 142, § 3º, X: ‘a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra.’), não se admitindo, portanto, que um ato administrativo estabelecesse a restrição, sob pena de afronta ao princípio constitucional da ampla acessibilidade aos cargos públicos. Preliminarmente, o Tribunal julgou prejudicado, por perda de objeto, o RE 572499/SC, apregoadado em conjunto, em virtude de nele terem os impetrantes requerido o cancelamento da matrícula no curso de formação. A Min. Cármen Lúcia, relatora, negou provimento ao recurso por entender que, tendo a Constituição Federal determinado, em seu art. 142, § 3º, X, que os requisitos para o ingresso nas Forças Armadas são os previstos em lei, com referência expressa ao critério de idade, não caberia regulamentação por meio de outra espécie normativa. Considerou, por conseguinte, não recepcionada pela Carta Magna a expressão ‘e nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica’, contida no art. 10 da Lei 6.880/80, que dispõe sobre o Estatuto dos Militares (‘Art. 10 O ingresso nas Forças Armadas é facultado mediante incorporação, matrícula ou nomeação, a todos os brasileiros que preenchem os requisitos estabelecidos em lei e nos regulamentos da marinha, do exército e da aeronáutica.’). Afirmou ser inquestionável a prerrogativa das Forças Armadas de instituir por regulamento de cada Força, e até mesmo nos editais de concursos, os procedimentos relativos a todo o certame. Aduziu que o conteúdo definido constitucionalmente como sendo objeto de cuidado a ser levado a efeito por lei haveria de ser desdobrado, de forma detalhada, nos atos administrativos, tais como os regulamentos e editais. Observou, contudo, que esses atos não poderiam inovar nos pontos em que a legislação não tivesse estatuído. Registrou, ainda, que, no item específico relativo à definição dos limites de idade, a fixação do requisito por regulamento ou edital, categoria de atos administrativos, esbarraria, inclusive, na Súmula 14 do STF (‘Não é admissível, por ato administrativo, restringir, em razão da idade, inscrição em concurso para cargo público.’). Por fim, a relatora, com base no princípio da segurança jurídica, tendo em conta que passados quase 22 anos de vigência da CF/88, nos quais vários concursos foram realizados com observância daquela regra geral, propôs que a decisão somente se aplique aos concursos para ingresso nas Forças Armadas iniciados a partir deste julgamento, preservado o direito daqueles que já tenham ajuizado ações com o mesmo objeto jurídico da que ora se examina. Ainda determinou expedição de ofício à recorrente para cumprimento de decisão proferida em primeira instância, inclusive quanto ao direito do ora recorrido de ter acesso às informações sobre a sua situação. Em divergência, o Min. Dias Toffoli deu provimento ao recurso, e reputou recepcionada pela CF/88 a Lei 6.880/80, ao fundamento de ali se tratar de questões relativas à

Desse modo, a aplicação dos precedentes em causas administrativas deve tutelar de forma diferenciada a figura do particular, protegendo a sua confiança legítima e a sua expectativa frente ao Estado.

5.5.5 Aplicação em questões de ordem processual

A teoria dos precedentes se aplica aos conflitos em geral. Além dos casos envolvendo direito material, emprega-se também nas questões de ordem processual¹⁵⁷⁷, ainda mais porque se trata de seara do Direito que se sujeita às normas publicistas. Registra-se, no entanto, que, na *Common law*, há quem entenda que o *stare decisis*, para os casos processuais, tem uma importância secundária em comparação com controvérsias envolvendo, por exemplo, direito de propriedade e direitos contratuais¹⁵⁷⁸. Da mesma forma, costuma-se apontar que o *stare decisis*, em questões processuais, costuma ter uma aplicação menos rígida do que se verifica no exame de questões substanciais¹⁵⁷⁹, o que ocorre em razão do seu caráter instrumental voltado à tutela do direito material. Isso não significa, entretanto, que os precedentes processuais não tenham força, pois também geram confiança, expectativa e estabilidade na aplicação das respectivas normas.

Um exemplo emblemático é o caso do cancelamento pelo Supremo Tribunal Federal da Súmula n.º 394, que previa a subsistência do foro por prerrogativa de função (CF, art. 102, I, b), mesmo após o acusado do crime haver deixado o exercício funcional. Ao superar essa orientação, firmando o entendimento de que a competência para processar e julgar ex-membro do Congresso Nacional é do juízo de 1.º grau e não sua, a Corte ressaltou a

natureza específica das corporações militares, ou seja, questões relativas a critérios de idade, de condições físicas. Asseverou, assim, que a Lei 6.880/80 teria regulamentado a matéria na forma como exige o art. 142, § 3º, X, da CF, e que o legislador ordinário poderia estabelecer critérios gerais e determinar ao regulamento que fixasse outros critérios, em razão da especificidade das Forças Armadas e das características e dos critérios necessários ao ingresso nas Armas. Após, pediu vista dos autos o Min. Ricardo Lewandowski” (RE 572.499/SC e RE 600.225/RS, rel. Min. Cármen Lúcia).

¹⁵⁷⁷ SHAHABUDDEEN, *Precedent in the World Court*, 2007, p. 18.

¹⁵⁷⁸ Esse entendimento foi adotado pela Suprema Corte americana no julgado 737 (*apud* BRENNER; SPAETH. *Stare indecisis...*, 1995, p. 8).

¹⁵⁷⁹ CROSS; HARRIS, *Precedent in english law*, 2004, p. 163; CARDOZO, *The nature...*, 2005, p. 152.

validade de todos os atos e decisões proferidos até então, com base na súmula que estava cancelando¹⁵⁸⁰.

Na mesma linha, o Supremo Tribunal Federal tem atribuído efeitos prospectivos à alteração de entendimento acerca da competência em razão da matéria, nos casos de indenizações por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, os quais passaram da Justiça comum dos Estados à Justiça do Trabalho:

[...] O Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência *ex ratione materiae*. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto. 6. Aplicação do precedente consubstanciado no julgamento do Inquérito 687, Sessão Plenária de 25.08.99, ocasião em que foi cancelada a Súmula 394 do STF, por incompatível com a Constituição de 1988, ressalvadas as decisões proferidas na vigência do verbete. 7. Conflito de competência que se resolve, no caso, com o retorno dos autos ao Tribunal Superior do Trabalho¹⁵⁸¹.

Outro caso representativo envolve a questão do conhecimento do recurso especial não retificado ou reiterado no prazo recursal, quando interposto na pendência do julgamento de embargos de declaração opostos pela parte contrária contra o acórdão recorrido. Em 2007, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça firmou orientação de que o recurso especial, nessa hipótese, não deve ser conhecido¹⁵⁸², entendimento que

¹⁵⁸⁰ STF, QO no Inq. 687-DF, *DJU*, 9 nov. 2001, rel. Min. Sydney Sanches: “Ementa: - Direito constitucional e processual penal. Processo criminal contra ex-Deputado Federal. Competência originária. Inexistência de foro privilegiado. Competência de Juízo de 1º grau. Não mais do Supremo Tribunal Federal. Cancelamento da Súmula 394. [...] 3. Questão de Ordem suscitada pelo Relator, propondo cancelamento da Súmula 394 e o reconhecimento, no caso, da competência do Juízo de 1º grau para o processo e julgamento de ação penal contra ex-Deputado Federal. Acolhimento de ambas as propostas, por decisão unânime do Plenário. 4. Ressalva, também unânime, de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com base na Súmula 394, enquanto vigorou”.

¹⁵⁸¹ STF, CC 7.204-MG, *DJU*, 9 dez. 2005, rel. Min. Carlos Ayres Britto.

¹⁵⁸² Com efeito, a Corte Especial, por maioria, não conheceu do REsp. 776.265/SC (Rel. p/ acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 6.8.2007, p. 445), conforme nota divulgada através do Informativo de Jurisprudência n.º 317/STJ, do seguinte teor: “Trata-se de processo remetido da Terceira Turma diante da existência de divergência, no âmbito deste Superior Tribunal, quanto à tempestividade do recurso especial interposto na pendência de julgamento de embargos declaratórios opostos pela parte contrária ao acórdão da apelação. Note-se que, no caso, o REsp foi interposto na pendência dos embargos de declaração opostos em fac-símile e registrados bem depois de interposto o REsp. Para o Min. Cesar Asfor Rocha, condutor da tese vencedora, o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, ou seja, antes de esgotada a jurisdição prestada pelo tribunal de origem, é prematuro e incabível, por isso ele deve ser reiterado ou ratificado no prazo recursal. Explicou, citando precedente de sua relatoria, que a CF/1988, no art. 105, III, prevê o cabimento do recurso especial em causas decididas em última instância e, nos julgamentos de embargos declaratórios, é possível a alteração do julgado pelo reconhecimento de omissão ou erro material

recentemente resultou no enunciado da Súmula n.º 418¹⁵⁸³. A particularidade é que a Corte tem reafirmado seu entendimento de que a referida decisão do Órgão Especial não deve ensejar efeitos retroativos a incidir em situações anteriores à publicação de seu acórdão¹⁵⁸⁴.

Ressalta-se, ademais, um interessante caso de irretroatividade de decisão revogadora de precedente perante o Superior Tribunal de Justiça. Ao julgar o HC 83.255/SP, o Supremo Tribunal Federal alterou a regra judicial a respeito do prazo recursal para o Ministério Público, que desde então passou a ser contado a partir da data da entrada do processo nas dependências da instituição. Por sua vez, ao acompanhar a nova orientação, o Superior Tribunal de Justiça preservou a tempestividade dos recursos que se fundaram na regra judicial que ainda prevalecia quando da interposição, não admitindo a retroatividade do novo entendimento para descaracterizar a tempestividade recursal¹⁵⁸⁵.

ou, ainda, se não houve nenhuma modificação, o acórdão dos aclaratórios passa a integrar o aresto embargado, formando a última decisão prevista na Constituição. Observou que, nos termos do art. 538 do CPC, os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos por qualquer das partes. Assim, ainda que se considere não ser possível antever se a outra parte irá ou não opor embargos de declaração, não se afasta a intempestividade do recurso especial, pois, com a intimação do julgamento dos aclaratórios, tem o embargado a ciência inequívoca da interrupção do prazo recursal. Logo, caberia ao recorrente, nesse prazo recursal, ratificar o recurso especial interposto prematuramente a fim de viabilizar a via eleita. Para o Min. Relator, tese vencida, a exigência de ratificar o recurso especial somente faria sentido quando os embargos de declaração fossem recebidos com alteração do acórdão embargado ou quando fossem opostos os aclaratórios pelo próprio recorrente, do contrário, permanecendo íntegro o aresto, não fazia sentido exigir-se ratificação. De acordo com o voto-vista do Min. Cesar Asfor Rocha, a Corte Especial, ao prosseguir o julgamento, por maioria, não conheceu do recurso especial. Precedentes citados do STF: AgRg no RE 447.090-SC, DJ 24/6/2005, e AgRg no Ag 601.837-RJ, DJ 24/11/2006; do STJ: REsp 498.845-PB, DJ 13/10/2003; REsp 778.230-DF, DJ 25/4/2006, e REsp 643.825-PB, DJ 24/6/2004. REsp 776.265-SC, Rel. originário Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. para acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 18/4/2007”.

¹⁵⁸³ Súmula n. 418 do STJ: “É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação”.

¹⁵⁸⁴ Citam-se, ilustrativamente, os seguintes precedentes: REsp. 776.265-SC, DJ 6/8/2007; AgRg. no Ag. 827.293-RS, DJ 22/11/2007; e EDcl. no REsp. 779.637-MG, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 15/12/2009.

¹⁵⁸⁵ STJ, 5.^a T, HC 28.598/MG, rel. Min. Laurita Vaz, DJ 01.08.2005: *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. TEMPESTIVIDADE DO RECURSO MINISTERIAL. MUDANÇA DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DAS CORTES SUPERIORES. APLICAÇÃO AOS CASOS FUTUROS. 1. De fato, o Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento plenário do *Habeas Corpus* n.º 83.255/SP (informativo n.º 328), decidiu que o prazo recursal para o Ministério Público conta-se a partir da entrada do processo nas dependências da Instituição. O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, aderiu à nova orientação da Suprema Corte. 2. Não se pode olvidar, todavia, que o entendimento jurisprudencial, até então, há muito sedimentado no STF e no STJ, era justamente no sentido inverso, ou seja, entendia-se que a intimação pessoal do Ministério Público se dava com o ‘ciente’ lançado nos autos, quando efetivamente entregues ao órgão ministerial. 3. Dessa maneira, constata-se que o Procurador de Justiça, nos idos anos de 2000, tendo em conta a então sedimentada jurisprudência das Cortes Superiores, valendo-se dela, interpôs o recurso dentro do prazo legal. 4. Não se poderia, agora, exigir que o órgão ministerial recorrente se pautasse de modo diverso, como se pudesse antever a mudança do entendimento jurisprudencial. Essa exigência seria inaceitável, na medida em que se estaria criando obstáculo insuperável. Vale dizer: depois de a parte ter realizado o ato processual, segundo a orientação pretoriana prevalente à época, seria apenas com o não-conhecimento do recurso, quando não mais pudesse reagir à mudança. Isso se traduziria, simplesmente, em

Destaca-se, ainda, recente caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, envolvendo uma série de incidentes de exceção de suspeição de juiz provocados por determinada empresa de telefonia em diversas demandas repetitivas. Não tendo sido reconhecida a suspeição pelo juiz, o exame da questão foi submetido ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que, por sua vez, suscitou incidente de prevenção de divergência (CPC, art. 555, § 1.º), que restou acolhido pela 5.ª Turma Cível da Corte, por maioria, para rejeitar os incidentes de suspeição¹⁵⁸⁶. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça acabou provendo o recurso especial interposto, reconhecendo a suspeição do juiz, tendo em vista que ele movia ação idêntica contra a mesma operadora, além do fato de ter ajuizado posterior ação indenizatória por danos morais em razão dos incidentes suscitados. A particularidade é que os efeitos da decisão, ao reconhecer a suspeição por violação ao art. 135, I, II e V, do CPC, revertendo uma orientação anterior, foram limitados ao futuro, preservando-se as decisões anteriormente proferidas, em nítida aplicação do princípio da segurança jurídica, tendo sido reconhecido o caráter transcendental do precedente constituído frente aos demais casos na mesma situação fática¹⁵⁸⁷.

usurpação sumária do direito de recorrer, o que não pode existir em um Estado Democrático de Direito, mormente se a parte recorrente representa e defende o interesse público. 5. Ordem denegada”.

¹⁵⁸⁶ Incidente de Prevenção de Divergência n.º 70027461235, Quinta Turma Cível, TJRS, rel. Orlando Heemann Jr., j. 03.04.2009.

¹⁵⁸⁷ Boletim Informativo STJ n. 430, de 12 a 16 de abril de 2010: “EXCEÇÃO. SUSPEIÇÃO. JUIZ. EFEITOS. *In casu*, operadora de telefonia apresentou exceção de suspeição contra o juiz da causa, porque ele movia ação idêntica, no mesmo sentido do pleito dos autores, bem como move ação de indenização por danos morais contra aquela mesma operadora (excipiente), em razão de a excipiente ter suscitado, pelo mesmo motivo, suspeição do juiz excepto em outros trinta processos. Diante desses fatos, o TJ suscitou incidente de uniformização de jurisprudência nestes autos, que foi rejeitado, sendo admitido, apenas, incidente de prevenção de divergência. Por esse motivo, a excipiente interpôs o REsp, sustentando que, ao afastar a exceção de suspensão, o tribunal *a quo* malferiu o art. 135, I, II e V, do CPC. Para o Min. Relator, o recurso merece provimento, pois ainda que o magistrado não se sinta afetado em sua imparcialidade, o caso amolda-se aos referidos artigos e ele deveria ter-se afastado alegando foro íntimo (art. 135, parágrafo único, do mesmo código). Observa que o REsp traz questão nova em vários aspectos: seja porque foi interposto contra acórdão em assunção de competência (art. 555, § 1º, do CPC ou, conforme a denominação dada nos autos, incidente de prevenção de divergência); ou seja, porque o recurso foi interposto contra juiz – que já julgou inúmeros processos abrangidos pela exceção e está ligado a outros por julgar. Daí o caráter *ultra partes* e, como consequência, a decisão deste processo aplicar-se-á aos demais na mesma situação fático-jurídica. Afasta ainda qualquer idéia de anulação dos processos já julgados, (em massa), pois os atos devem ser preservados, até porque praticados antes da declaração de suspeição. Outrossim, como posto pelo TJ nos autos, essas decisões e sentenças foram consentâneas com a orientação do próprio tribunal *a quo*. Por outro lado, essas decisões e sentenças também são válidas porque atacáveis pelos recursos que as devolvem à apreciação, por inteiro, nos tribunais. Diante do exposto, a Seção reconheceu a suspeição do magistrado excepto, para todos os processos que envolvam a excipiente e que os efeitos dessa declaração de suspeição, em caráter transcendental, valem somente para o futuro (*ex nunc*), contando-se a partir de 14/4/2010, preservados os atos processuais anteriores. REsp 1.165.623-RS, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), julgado em 14/4/2010.”

Note-se que, em todos esses casos, de uma forma ou de outra, procura-se conferir operacionalidade aos precedentes judiciais de ordem processual, a fim de atender aos seus fundamentos orientadores.

5.6 Regras no uso dos precedentes

A observância dos precedentes, conforme restou demonstrado, contribui ao ordenamento jurídico, desde que decorra de uma prática esclarecida e orientadora. Por isso, a adoção de uma teoria normativa dos precedentes, de cunho racional teórico-prático, exige a formulação de algumas regras que são balizadoras tanto da aplicação, como da superação dos precedentes¹⁵⁸⁸.

Como se sabe, as regras são normas jurídicas que se particularizam pelo conteúdo descritivo de condutas, tendo caráter deôntico-deontológico¹⁵⁸⁹. Podem ser divididas em dois grandes grupos: o das *regras comportamentais* e o das *regras constitutivas*. “As *regras comportamentais* descrevem comportamentos como obrigatórios, permitidos ou proibidos. As *regras constitutivas* atribuem efeitos jurídicos a determinados atos, fatos ou situações...”¹⁵⁹⁰. Neste trabalho, as regras apresentadas são normas comportamentais que indicam como proceder em face dos precedentes judiciais.

Não se pretende, com isso, estabelecer um modelo pré-concebido de interpretação ou de aplicação dos precedentes, o qual será sempre desenvolvido no caso concreto. O que sobressai é que a decisão judicial, enquanto elemento final do discurso jurídico, necessita de certas prescrições para se possa desenvolver de maneira adequada¹⁵⁹¹. Trata-se de regras imprescindíveis à legitimação da jurisdição como poder; apontam o

¹⁵⁸⁸ Embora não as formule, Aleksander Peczenik é favorável à adoção de certas regras ao uso dos precedentes (PECZENIK, *Sui precedentibus...*, 1996, p. 39-41). A busca pelos cânones orientadores é um dos desafios desta tese.

¹⁵⁸⁹ É o que destaca Humberto Ávila: “Enfim, as regras são prescrições cujo elemento frontal é o descritivo. Daí possuírem caráter deôntico-deontológico: *deôntico*, porque estipulam razões para a existência de obrigações, permissões ou proibições; *deontológico*, porque as obrigações, permissões e proibições decorrem de uma norma que indica “o que” deve ser feito. Daí afirmar-se que as regras são *normas-do-que-fazer* (*ought-to-do-norms*): seu conteúdo diz diretamente respeito a ações (*actions*)” (ÁVILA, *Teoria dos princípios...*, 2006, p. 72).

¹⁵⁹⁰ *Ibidem*, p. 81.

¹⁵⁹¹ MARINONI, *Coisa julgada inconstitucional...*, 2008, p. 56.

caminho, mas que não deixam de depender do intérprete¹⁵⁹². Constituem, em última análise, expressão de uma teoria normativa dos precedentes judiciais, modelo que desempenha a função de controle¹⁵⁹³, indispensável em uma jurisdição que opera numa realidade crescentemente complexa, de uma sociedade desafiadoramente de massa e cada dia mais exigente e sofisticada¹⁵⁹⁴. Vejamos:

- 1) os precedentes judiciais devem ser aplicados pelos órgãos jurisdicionais, em todos os graus de jurisdição, seja no plano horizontal, seja no plano vertical, porquanto exercem importante função tanto na interpretação da norma jurídica a ser aplicada ao caso concreto como na argumentação da decisão adotada. O uso dos precedentes é procedimento de argumentação, exigido por razões práticas, sendo, portanto, uma medida racional, cujo valor depende da qualidade da sua fundamentação;
- 2) os precedentes judiciais são formados a partir da sua publicação, quando passam a produzir efeitos jurídicos, independentemente do seu trânsito em julgado;
- 3) para a aplicação dos precedentes, o juiz deve fundamentar a sua decisão concretamente, expondo a adequação fático-jurídica da *ratio decidendi* do precedente ao caso presente sob julgamento, mediante argumentação baseada em analogia;
- 4) o princípio constitucional da igualdade exige que o Poder Judiciário adote a mesma solução para hipóteses equivalentes (CF, art. 5.º, *caput*). Uma vez definida a orientação do tribunal sobre certa matéria, os fatos iguais ao precedente, que se realizam sob a sua regência, devem ser avaliados e julgados segundo aquela posição, autêntica norma judicial de orientação de conduta;

¹⁵⁹² A advertência foi feita por Herbert L. A. Hart: “*Canons of ‘interpretation cannot eliminate, though they can diminish, these uncertainties; for these canons are themselves general rules for the use of language, and make use of general terms which themselves require interpretation’*” (HART, *The concept of law*, 1994, p. 126).

¹⁵⁹³ Nicola Picardi destaca que mais importante que o poder e a sua forma de legitimação é o controle do seu exercício. E esse controle depende necessariamente de uma adequada organização das instituições, contexto em que se insere a jurisdição (PICARDI, *La vocazione...*, 2004, p. 42).

¹⁵⁹⁴ TEIXEIRA, *A efetividade...*, 1995, p. 95.

- 5) o princípio constitucional da segurança jurídica impõe limitações à atuação do Poder Judiciário, pois as suas decisões geram nos jurisdicionados uma expectativa legítima que não deve ser frustrada, quer na aplicação, quer na superação dos precedentes (CF, art. 1.º, *caput*);
- 6) a aplicação dos precedentes judiciais pelos órgãos jurisdicionais é uma exigência de economia, celebridade e eficiência da prestação jurisdicional, de acordo com o princípio constitucional da duração razoável do processo (CF, art. 5.º, LXXVIII);
- 7) as decisões proferidas pelos tribunais superiores ostentam autoridade diferenciada e vinculam juridicamente os demais órgãos jurisdicionais sujeitos à sua competência. Por conseguinte, devem ser observadas tanto pelos próprios integrantes dos tribunais como, sobretudo, pelos órgãos jurisdicionais inferiores;
- 8) quanto mais os tribunais superiores aplicarem seus precedentes de forma positiva, de modo que a interpretação adquira a pretensão à generalidade, maior será a autoridade de suas decisões e menor será a probabilidade dos juízos inferiores virem a interpretá-los de forma negativa;
- 9) os tribunais superiores devem explicitar a *ratio decidendi* na motivação dos seus precedentes, a fim de que as orientações estabelecidas sejam observadas mediante adequado conhecimento quanto à sua extensão e limites;
- 10) a publicidade é indispensável à aplicação dos precedentes tanto na sua constituição, como na sua superação, para que não apenas as partes como a sociedade possam ter conhecimento acerca da orientação estabelecida;
- 11) os órgãos jurisdicionais podem, excepcionalmente, distinguir, modificar ou revogar os seus precedentes, desde que assumam a respectiva carga de fundamentação, expondo de forma suficiente e razoável a mudança de

critério com base no próprio sistema normativo, sob pena de violação aos princípios constitucionais da segurança jurídica, da igualdade e da fundamentação das decisões judiciais (CF, arts. 1.º, *caput*, 5.º, *caput*, e 93, IX e X) e às respectivas normas infraconstitucionais (CPC, arts. 125, I, e 458, II), o que enseja a interposição dos recursos extraordinários aos tribunais superiores (CF, arts. 102, III, e 105, III), seja para cassação, seja para revisão da respectiva decisão;

- 12) os órgãos jurisdicionais estão autorizados a modificar ou revogar os seus precedentes quando ocorrer: a) a inovação legislativa (direito objetivo), seja por modificação, seja por revogação, implícita ou explicitamente; b) a inovação tecnológica ou mudança do estado da técnica; c) a mudança de valores sociais e culturais; ou d) o equívoco interpretativo em face de nova concepção geral do direito, em termos de teoria ou dogmática jurídica, sustentada pela comunidade jurídica;
- 13) a simples alteração de entendimento pessoal por parte do juiz na compreensão do direito ou a mera alteração na composição do tribunal não é suficiente para modificar ou revogar os seus precedentes;
- 14) a razoabilidade e a proporcionalidade, enquanto postulados normativos aplicativos, servem de critério determinante da avaliação das condições de modificação e revogação dos precedentes;
- 15) a eficácia *ex tunc* da superação dos precedentes tem prioridade de aplicação. No entanto, a atribuição de efeitos *ex nunc* deve ser observada nos casos em que o precedente modificado ou revogado gerou confiança legítima ao jurisdicionado (CF, art. 1.º, *caput*), impondo-se a eficácia prospectiva;
- 16) para modulação dos efeitos da alteração dos precedentes, entende-se que a legitimidade do precedente, que requer a proteção da confiança, depende dos argumentos da sua autoridade, da sua correção material e da sua reiteração no tempo; e

17) Os efeitos do novo precedente podem ser aplicados prospectivamente em diferentes momentos e circunstâncias: a) a fatos que vierem a ocorrer após a publicação do acórdão que o encampa ou a partir do seu trânsito em julgado, não atribuindo efeito retroativo à sua decisão; b) a fatos que ocorreram anteriormente ao novo entendimento, mas cuja demanda ainda não foi ajuizada; c) a fatos que ocorreram anteriormente ao novo entendimento, mas cuja demanda ainda não transitou em julgado; d) para fixar em algum momento no futuro o início da produção dos efeitos da decisão, dando à norma uma sobrevida; e e) para restringir os efeitos da decisão, excluindo determinada categoria de pessoas que sofreriam ônus excessivo ou insuportável.

6 PRECEDENTES PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Cumprido destacar, neste momento, os principais instrumentos que permitem constituir precedentes perante o Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de enfrentar o tratamento a que se tem conferido, principalmente na hipótese de sua superação.

6.1 Perfil histórico da Corte

A origem histórica do Supremo Tribunal Federal remonta ao período da colonização do Brasil, no qual se estabeleceram as chamadas Casas de Relação e, posteriormente, a Casa de Suplicação do Brasil¹⁵⁹⁵. Com o advento da independência do país em 1822, foi constituído o chamado o Supremo Tribunal de Justiça, nos termos do art. 163 da Constituição de 1824.

A denominação “Supremo Tribunal Federal” somente foi adotada na Constituição Provisória publicada com o Decreto n.º 510, de 22 de junho de 1890, e repetiu-se no Decreto n.º 848, de 11 de outubro do mesmo ano, que organizou a Justiça Federal. Portanto, essa data representa a constituição formal da Corte, criando-se o recurso que viria a ser o recurso extraordinário, conforme será examinado.

¹⁵⁹⁵ A organização judiciária do reino lusitano já vem desenhada de forma satisfatória nas Ordenações Afonsinas (1446). Foram estabelecidos dois tribunais superiores: a Casa de Suplicação, a principal corte de justiça, e a Casa do Cível, à qual eram dirigidos os recursos de apelação, organização que se mantém nas Ordenações Manuelinas (1521). A mudança vem com as Ordenações Filipinas (1603), mediante a extinção da Casa do Cível de Lisboa e a criação da Casa da Relação do Porto. Alguns anos mais tarde é criada a Casa da Relação do Brasil, sediada em Salvador, que constituía a instância intermediária entre os juízes monocráticos e o tribunal superior da Casa da Suplicação. Posteriormente, em 16 de fevereiro de 1751, é criada a Casa da Relação do Rio de Janeiro. Em 10 de maio de 1808, o Príncipe-Regente, D. João, em substituição ao Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, cria a Casa da Suplicação do Brasil, com características e atribuições análogas àquelas da de Lisboa. O mesmo monarca, em 13 de maio de 1812, institui a Casa de Relação do Maranhão, estabelecendo a competência dos desembargadores de modo semelhante aos tribunais congêneres, nos limites territoriais da Relação. Em 6 de fevereiro de 1821, D. João VI funda a Relação da Província de Pernambuco, atribuindo-lhe a mesma graduação e alçada que a do Maranhão. Posteriormente, com a independência do Brasil, a Casa de Suplicação não tinha mais razão para continuar existindo, sendo extinta em 30 de julho de 1833 (CRUZ E TUCCI; AZEVEDO, *Lições de história...*, 2009, p. 211-225).

No ano seguinte, a primeira Constituição republicana, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, dedicou ao Supremo Tribunal Federal os artigos 55 a 59, tendo sido instituído o controle difuso da constitucionalidade das leis¹⁵⁹⁶, mediante o emprego do modelo de raiz norte-americana¹⁵⁹⁷. Essas disposições constitucionais definem a competência da Corte tanto para o controle da constitucionalidade das leis como para a legalidade do direito federal¹⁵⁹⁸. Desde a sua criação, em 1890, a ele compete “precipualemente, a guarda da Constituição”, como órgão de cúpula do Judiciário.

Historicamente, a jurisdição constitucional¹⁵⁹⁹ assume relevância, entretanto, a partir da Segunda Guerra Mundial. Com a derrocada dos regimes totalitários (nazifascistas), restou evidente a necessidade de serem criados catálogos de direitos e garantias fundamentais para defesa do cidadão, bem como mecanismos de controle do poder, principalmente através da jurisdição constitucional. Com esse propósito, surgem, na Europa, diversas Constituições¹⁶⁰⁰, em que a dignidade da pessoa humana passa a ser o núcleo axiológico da tutela jurídica.

Em 1965, a Emenda Constitucional n.º 16 introduziu o controle concentrado de constitucionalidade, mediante representação do Procurador-Geral da República, legitimidade esta que, com o passar do tempo, gradualmente foi sendo estendida.

Com a restauração da democracia, a Constituição de 1988 realçou expressamente a competência precípua do Supremo Tribunal Federal como guarda da Constituição, tendo atribuído ao Superior Tribunal de Justiça a competência para controle da

¹⁵⁹⁶ Constituição Federal de 1891. “Art. 59 – Ao Supremo Tribunal Federal compete: [...] § 1º – Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas”.

¹⁵⁹⁷ LEAL, *O efeito vinculante...*, 2006, p. 130.

¹⁵⁹⁸ Em 21 de abril de 1960, em decorrência da mudança da capital federal, o Supremo Tribunal Federal transferiu-se para Brasília, junto à Praça dos Três Poderes, depois de ter funcionado durante 69 anos no Rio de Janeiro.

¹⁵⁹⁹ A jurisdição constitucional, bem entendida, não se restringe ao controle de constitucionalidade das leis e tampouco é exercida apenas pelo Supremo Tribunal Federal. “Ela congrega todos os órgãos do Poder Judiciário e compreende o conjunto das atribuições jurisdicionais que digam respeito à salvaguarda e à efetividade das normas constitucionais” (ZAVASCKI, *Eficácia das sentenças...*, 2001, p. 14). Em última análise, a jurisdição constitucional envolve toda matéria que tenha por objeto a interpretação/aplicação da Constituição.

¹⁶⁰⁰ São exemplos as Constituições alemã (1949, com a criação da Corte Constitucional em 1951), italiana (1947, com a criação da Corte Constitucional em 1956), portuguesa (1976) e espanhola (1978).

aplicação do direito federal, nos termos dos artigos 101 a 103. Desse modo, o Supremo Tribunal Federal deixou de funcionar em litígios referentes ao direito federal, tendo centralizado a sua função no controle de constitucionalidade das normas jurídicas, na condição de órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, geralmente conceituado como instância de sobreposição¹⁶⁰¹.

Nos termos da organização judiciária estabelecida pela ordem constitucional, o Supremo Tribunal Federal pode exercer competência originária (art. 102, I), ordinária (art. 102, II) e extraordinária (art. 102, III). Na competência originária, o STF é o primeiro e único órgão jurisdicional a conhecer, processar e julgar determinadas causas. Na ordinária, o STF atua como revisor, na condição de órgão de segundo grau de jurisdição. Na extraordinária, o STF atua mediante “recursos de direito estrito”, a fim de uniformizar a interpretação e aplicação do direito constitucional federal. A questão do direito constitucional federal, em sede extraordinária, deve merecer reexame, por ter repercussão geral (art. 102, § 3.º, da CF).

Apresentadas essas breves notas quanto à sua evolução histórica, cumpre destacar que o Supremo Tribunal Federal, ao desempenhar a sua função constitucional, tem o dever de constituir precedentes constitucionais, cuja observância é impositiva em um sistema fundado no direito à igualdade das decisões, na segurança jurídica e na previsibilidade das decisões judiciais.

Teoricamente, a Corte Suprema tem plenas condições de constituir precedentes constitucionais, na medida em que os efeitos dos seus julgados são enormemente potencializados por circunstâncias peculiares, ilustrativamente pela sua validade *erga omnes* (controle concentrado) e pela força vinculante que deles provém (controles concentrado e difuso). Ademais, a sua jurisdição, em todo o território nacional, permite estabelecer a unidade de interpretação do direito constitucional. Para tanto, a Corte mantém estrutura unitária e compacta, composta de 11 (onze) Ministros, semelhantemente aos tribunais superiores dos países de *Common law*, o que permite, em tese, atender às suas funções

¹⁶⁰¹ Sobrepõe-se a todos os demais órgãos judiciários e organismos judiciários (justiça comum e justiças especiais), porém aprecia exclusivamente questões jurídicas.

constitucionais¹⁶⁰². No entanto, para manter hígida a sua autoridade, o Supremo Tribunal Federal precisa limitar o número de processos submetidos ao seu exame. Essa tem sido a principal preocupação. Para tanto, reformas têm sido implementadas para restringir, primeiro, a sua competência jurisdicional e, segundo, para limitar a admissibilidade dos recursos extraordinários interpostos.

É preciso reconhecer, no entanto, que, não obstante o papel do Supremo Tribunal Federal tenha sido intensificado pela Constituição Federal vigente e por reformas constitucionais e infraconstitucionais implementadas, as suas decisões ainda têm significado limitado, na medida em que, majoritariamente, não têm eficácia para além do objeto litigioso, embora existam alguns indicativos de mudança de cenário, conforme restará examinado. Além do mais, a renitência da magistratura ordinária em respeitar os precedentes constitucionais compromete a função precípua da Corte Suprema. Com isso, a prestação jurisdicional, como um todo, perde um importante instrumento de orientação para aplicação e uniformização do direito constitucional.

Acredita-se que a implementação da teoria dos precedentes é indispensável para alterar esse panorama, razão pela qual passam a ser examinados os principais instrumentos que permitem estabelecer precedentes orientadores da jurisprudência do Pretório Excelso. Esses instrumentos seguem tendência contemporânea de outorgar às decisões de mérito do Supremo Tribunal Federal eficácia contra todos e efeito vinculante para o restante da sociedade.

6.2 Controle concentrado de constitucionalidade e inconstitucionalidade

No Direito brasileiro, quanto ao órgão judicial, adota-se o sistema eclético, híbrido ou misto de controle de constitucionalidade das leis, em que convivem o controle por

¹⁶⁰² A composição do Supremo Tribunal Federal, ao longo da sua história, nem sempre foi a mesma. No Império, com o nome de Supremo Tribunal de Justiça, contava com dezessete “Juízes Letrados”. Com a Constituição republicana em 1891, compunha-se de quinze juízes. Na Constituição de 1934 eram onze seus integrantes, número que não se alterou nas Cartas de 1937 e 1946. Em 1966, o Ato Institucional n.º 2 elevou o número para dezesseis, o que ficou mantido na Constituição de 1967. Porém, em 1969, o Ato Institucional n.º 6 reduziu o número novamente a onze os ministros do STF, situação que perdurou na EC 1/69 (art. 118) e que permaneceu na vigente Constituição Federal de 1988 (art. 101).

via principal e concentrado, implementado com a Emenda Constitucional n.º 16, de 26.11.1965 (sistema continental europeu), e o controle por via incidental e difuso, vigente desde o início da República (sistema americano). Pode-se dar mediante ação direta, dirigida ao Supremo Tribunal Federal, ou no curso de qualquer ação voltada à resolução de litígio¹⁶⁰³.

Sabidamente o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade inspirou-se no sistema americano¹⁶⁰⁴, que, ao menos desde 1803, no julgamento do caso *Marbury v. Madison*, impõe a todos os juízos, inferiores ou superiores, o dever de não aplicar norma que viole disposição constitucional¹⁶⁰⁵. Coube, em razão disso, ao juiz Marshall, no caso mencionado, o mérito de demonstrar que o ato legislativo, ou executivo, incompatível com a Constituição, é nulo, írrito e desprovido de força vinculativa¹⁶⁰⁶. Diferentemente, boa parte de países europeus de *Civil law*, por razões políticas, institucionais e culturais¹⁶⁰⁷, adotaram um sistema centralizado, de inspiração austríaca¹⁶⁰⁸, restringindo apenas ao Tribunal Constitucional o controle da constitucionalidade, como ocorre na Áustria, Alemanha, Itália, França e Espanha¹⁶⁰⁹.

¹⁶⁰³ Para o exame das técnicas de controle de constitucionalidade no direito comparado (os sistemas norte-americano, austríaco e alemão), vide a obra (MARTINS; MENDES, *Controle concentrado...*, 2009, p. 1-29).

¹⁶⁰⁴ A influência norte-americana, cumpre destacar, fez-se sentir em grande parte dos países da América Latina, com especial destaque ao controle de constitucionalidade exercido na Argentina e no México (difuso, incidental, especial e declarativo). Diferentemente, Guatemala, Peru e Chile adotaram o modelo austríaco de controle de constitucionalidade (concentrado, principal, geral e constitutivo) (GARRO, *Eficacia y autoridad...*, 1989, p. 13-43). Quanto à influência norte-americana, Mauro Cappelletti vai mais além. Sustenta que o *judicial review* é uma contribuição americana à ciência política dos povos em geral (CAPPELLETTI, *Alcuni precedenti...*, 1966, p. 52-55). Tanto é que o Direito português seguiu o sistema de constitucionalidade misto de inspiração norte-americana.

¹⁶⁰⁵ Na verdade, todo e qualquer controle de constitucionalidade, atribuído ao Poder Judiciário, tem como origem o Direito norte-americano: “A idéia de atribuir ao Poder Judiciário a competência para negar aplicação às leis, consideradas inconstitucionais, é, segundo a doutrina dominante, uma criação original do direito público norte-americano” (BUZAID, *Da ação...*, 1958, p. 17).

¹⁶⁰⁶ MARSHALL, John. *The writings upon the Federal Constitution*, Washington, 1890, p. 25 *apud* BUZAID, *Da ação...*, 1958, p. 21.

¹⁶⁰⁷ Roger Stiefelmann Leal resume os motivos da não adoção do *judicial review* na Europa: “Assim, a rejeição do modelo de jurisdição constitucional norte-americano na Europa se deu, de um lado, por questões circunstanciais do constitucionalismo europeu do século XIX, como a defesa do princípio monárquico, a difusão das idéias de Lassale, a *sacralização da lei* e o apego a uma *visão rígida* da separação dos poderes. De outro lado, ocorreu também por razões institucionais como a forma de estruturação do sistema judicial” (LEAL, *O efeito vinculante...*, 2006, p. 46).

¹⁶⁰⁸ A Corte de Justiça Constitucional na Áustria foi instituída em 1920, fruto das ideias defendidas por Hans Kelsen, que passou a integrá-la na condição de membro permanente (KELSEN, *Jurisdição constitucional*, 2003, p. 125).

¹⁶⁰⁹ CAPPELLETTI, *The doctrine of stare...*, 1981, p. 390. Para uma análise das diferenças entre os sistemas concentrado e difuso de controle de constitucionalidade, destaca-se o seguinte artigo de Hans Kelsen: “O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana)”, in KELSEN, *Jurisdição constitucional*, 2003, p. 299-319.

A forma de exercício do controle concentrado ocorre geralmente por via principal ou ação direta, que não constitui mecanismo de tutela de direitos subjetivos, senão técnica de preservação da harmonia do sistema jurídico, a fim de eliminar qualquer norma incompatível com a Constituição¹⁶¹⁰. Por isso, há quem considere um exercício atípico de jurisdição, porque nele não há um litígio, caso concreto ou conflito de interesses a ser solucionado mediante a aplicação do direito pelo órgão julgador. Seu objeto é o pronunciamento acerca da própria lei ou do chamado “controle de normas”¹⁶¹¹. No entanto, essa visão restrita de jurisdição não é adotada nesta tese, pois se entende que jurisdição é antes de tudo uma manifestação do poder do Estado, cujo exercício se leva a cabo por meio das mais diversas funções judiciárias¹⁶¹². Sabidamente a evolução da sociedade e do Direito passou a exigir o exercício da jurisdição com o objetivo de tutelar não apenas direitos subjetivos, senão a própria ordem constitucional, mediante solução de controvérsias acerca da legitimidade da “norma juridicamente abstrata”, independentemente de sua incidência em específicos suportes fáticos, como ocorre no controle abstrato de constitucionalidade¹⁶¹³.

A ação direta é veiculada à proteção do próprio ordenamento jurídico¹⁶¹⁴, para que se evite a presença de um elemento não harmônico, incompatível com a Constituição¹⁶¹⁵. As espécies são a ação direta de inconstitucionalidade e a declaratória de constitucionalidade, conforme previsto no art. 102, I, “a”, da CF, sendo que a arguição de descumprimento de preceito fundamental, contemplada no art. 102, § 1.º, da CF, está disciplinada na Lei n.º 9.882/99¹⁶¹⁶.

¹⁶¹⁰ BARROSO, *O controle...*, 2009, p. 50.

¹⁶¹¹ Luís Afonso Heck esclarece: “Por controle de normas entende-se todo o procedimento de tribunais constitucionais que contém o exame e a decisão de obrigatoriedade geral, ou seja, com força de lei, sobre se um preceito legal no ordenamento jurídico, no qual ele aparece com pretensão normativa, foi criado de forma válida (controle de validade formal) ou, se um preceito legal, tornado, por meio de criação ou de recepção, parte integrante do ordenamento jurídico, no qual ele aparece com pretensão normativa, é compatível, em seu conteúdo, com preceitos legais de hierarquia superior (controle de validade material)” (HECK, *O tribunal constitucional federal...*, 1995, p. 126-127).

¹⁶¹² Nesse sentido, tem-se que “a jurisdição de um ato é aferida na medida em que é fruto de um órgão estatal, dotado de império, investido em garantias funcionais que lhe outorguem imparcialidade e independência, cuja função é aplicar o direito (e não apenas a lei) de forma específica, dotado o seu pronunciamento de irreversibilidade externa” (ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, *Curso de processo civil...*, 2010, p. 125).

¹⁶¹³ ALVARO DE OLIVEIRA, *Teoria e prática...*, 2008, p. 94.

¹⁶¹⁴ A inspiração da via direta de controle também é fruto da influência do Direito norte-americano, que adotou a ação declaratória a partir de 1918 (BUZAID, *Da ação...*, 1958, p. 27). Ressalta-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade, tem efeito vinculante e *erga omnes* desde a criação dessa forma de proteção da supremacia do texto constitucional, por meio da Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965.

¹⁶¹⁵ BARROSO, *O controle...*, 2009, p. 154.

¹⁶¹⁶ A arguição de descumprimento de preceito fundamental é uma modalidade de controle concentrado de constitucionalidade. Consiste na possibilidade de os legitimados do art. 103 alçarem diretamente ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal a discussão de questões sensíveis, envolvendo risco ou lesão a

Como se sabe, a Emenda Constitucional n.º 3, de nítida inspiração no modelo germânico, introduziu a ação declaratória de constitucionalidade¹⁶¹⁷, cujas decisões têm caráter vinculante e obrigatório para todos os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 102, § 2.º, da CF). Até então, não havia qualquer dispositivo legal ou constitucional que apontasse expressamente que as decisões judiciais pudessem ter efeito vinculante.

Registra-se que a ação declaratória de constitucionalidade não apresenta similar próximo no direito comparado, tendo gerado muitas dúvidas quanto à sua constitucionalidade¹⁶¹⁸. Com efeito, quando da promulgação da EC n. 3/93, a ação declaratória de constitucionalidade foi amplamente contestada pela doutrina. Arguiu-se violação à separação dos Poderes, ao acesso ao Judiciário, ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa. No entanto, o Supremo Tribunal Federal acabou rejeitando todas as objeções por ocasião do julgamento de questão de ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1. Em última análise, entende-se que a medida justifica-se para afastar a incerteza jurídica e estabelecer uma orientação homogênea na matéria, a fim de pacificar a controvérsia¹⁶¹⁹.

Portanto, a decisão proferida no controle concentrado, em qualquer das suas modalidades, produz efeitos retroativos (*ex tunc*), gerais ou para todos (*erga omnes*), repristinatórios e vinculantes¹⁶²⁰, nos termos do art. 102, § 2.º, da CF¹⁶²¹ e parágrafo único do art. 28 da Lei n.º 9.868/99¹⁶²². Com efeito, “a retroactividade dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade é uma consequência inerente à anulabilidade, pois, apesar de eficaz, a lei é *ab initio* inconstitucional. A norma é originariamente inválida e, por isso, tem uma

preceito fundamental ou relevante controvérsia constitucional (Lei n.º 9.882/99, art. 1.º e parágrafo único, c/c o art. 2.º, I).

¹⁶¹⁷ Para um amplo exame da ação declaratória de constitucionalidade, consulte-se: MENDES, Gilmar Ferreira. A ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3 de 1993. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: São Paulo: Saraiva, 1994. p. 51-106.

¹⁶¹⁸ Entre as vozes contrárias à medida destaca-se Lenio Luiz Streck (*Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002. p. 587-593).

¹⁶¹⁹ BARROSO, *O controle...*, 2009, p. 230.

¹⁶²⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 729-736.

¹⁶²¹ “Art. 102 [...] § 2.º 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”.

¹⁶²² “Art. 28. [...] Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

eficácia precária: um efeito precário, enquanto vive, não é qualitativamente diverso de qualquer outro efeito; mas pode sempre vir a ser destruído retroactivamente”¹⁶²³. Quanto à sua generalidade, a eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade tem plena razão de ser. “A força obrigatória geral pretende, no fundo, atribuir à declaração força ou vinculatividade paralela à da norma controlada. A força obrigatória geral da declaração de inconstitucionalidade é uma consequência do objecto da declaração: a norma contém uma regulamentação geral e abstracta e, por isso, a consequente declaração de inconstitucionalidade deve atingir as mesmas situações e pessoas abrangidas pela norma em causa”¹⁶²⁴. Considera-se, a propósito, que a eficácia *erga omnes* da decisão do Supremo Tribunal Federal refere-se somente à parte dispositiva do julgado¹⁶²⁵. Já o efeito reprecinatório é, outrossim, uma consequência lógica. Se a norma revogatória é inválida desde a origem, ela não possui capacidade de modificação da ordem jurídica e não pode revogar validamente a norma precedente sobre a mesma matéria¹⁶²⁶. Por fim, o efeito vinculante, que atinge não apenas o dispositivo como os chamados fundamentos determinantes da decisão¹⁶²⁷, “significa que a autoridade da coisa julgada deverá prevalecer na solução de qualquer lide que esteja logicamente subordinada à questão já resolvida”¹⁶²⁸, de modo a vincular todos os órgãos judiciais, além dos órgãos da Administração¹⁶²⁹. Portanto,

¹⁶²³ MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade...*, 1999, p. 538-539.

¹⁶²⁴ MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade...*, 1999, p. 800-801.

¹⁶²⁵ MARTINS; MENDES, *Controle concentrado...*, 2009, p. 585.

¹⁶²⁶ MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade...*, 1999, p. 656.

¹⁶²⁷ É o que destacou o Min. Gilmar Mendes no julgamento da Reclamação 1987: “Vale ressaltar que o alcance do efeito vinculante das decisões não pode estar limitado à sua parte dispositiva, devendo, também, considerar os chamados ‘fundamentos determinantes’ ” (STF, Pleno, Reclamação 1987/DF, rel. Min. Maurício Correia, j. 01.10.2003, DJU 21.05.2004, p. 33).

¹⁶²⁸ BARROSO, *O controle...*, 2009, p. 197.

¹⁶²⁹ Em relação aos destinatários do efeito vinculante, as decisões em controle concentrado aplicam-se à Administração direta e indireta. Note-se que a EC n.º 45/2004, ao alterar a redação do art. 102, § 2.º, da CF, estabeleceu que a vinculação volta-se apenas ao exercício da função administrativa, não mais alcançando o Poder Executivo como um todo. “Na prática, a atividade legislativa desenvolvida pelo *Poder Executivo* fica liberada de observar a *ratio decidendi* dos julgamentos proferidos em ação declaratória de constitucionalidade” (LEAL, *O efeito vinculante...*, 2006, p. 156). Da mesma forma, os demais órgãos do Poder Judiciário deverão observar, em face do efeito vinculante, a solução interpretativa firmada pelo Supremo Tribunal Federal (*Ibidem*, p. 157-158). Por fim, o Poder Legislativo não está obrigado, de acordo com o ordenamento brasileiro, a observar a *ratio decidendi* que fundamenta as decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade (*Ibidem*, p. 159-161). Esse tem sido o entendimento do Supremo Tribunal Federal, pelo qual os efeitos vinculantes não se aplicam ao Poder Legislativo, pois isso “afetaria a relação de equilíbrio entre o tribunal constitucional e o legislador, reduzindo o último a papel subordinado perante o poder incontrolável do primeiro, acarretando prejuízo do espaço democrático-representativo da legitimidade política do órgão legislativo, bem como criando mais um fator de resistência a produzir o inaceitável fenômeno da chamada fossilização da Constituição” (STF, Pleno, Rcl 2617 AgR/MG, rel. Min. Cezar Peluso (*Informativo STF* n. 377 e 386)).

diferentemente da eficácia *erga omnes*, que é limitada à parte dispositiva da decisão, o efeito vinculante tem por objeto a *ratio decidendi* subjacente ao julgado¹⁶³⁰.

Quanto à sua natureza, todo ato contrário à Constituição é considerado nulo de pleno direito, na esteira dos clássicos pronunciamentos da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, cuja razão reside no princípio da supremacia da Constituição. Tal incompatibilidade pode decorrer de duas formas. Primeiro, decorre da não observância, pelo legislador ordinário, das formalidades estabelecidas na Constituição para a criação de normas infraconstitucionais, o que caracteriza inconstitucionalidade formal. Segundo, advém da antinomia ou ausência de adequação entre a norma (regra ou princípio) constitucional e o conteúdo da norma inferior, caracterizando a inconstitucionalidade material. Daí advém o conceito de inconstitucionalidade: “uma lei é inconstitucional quando ela, no todo ou em parte, ofende a Constituição”¹⁶³¹.

Sob essa perspectiva, quando é editada, a lei já nasce em conformidade ou em desconformidade com a Constituição. Ocorrendo a segunda hipótese, a lei é nula desde a sua origem, pois, caso contrário, haveria uma inversão na hierarquia das normas, passando a Constituição a ocupar posição inferior à da lei ordinária, o que logicamente não seria admissível¹⁶³². Desse modo, as leis inconstitucionais são executórias, embora inválidas¹⁶³³. Portanto, prevalece entre os juristas nacionais, inspirados em Rui Barbosa, a teoria ou o princípio da nulidade do ato inconstitucional¹⁶³⁴, cujo caráter é declaratório¹⁶³⁵ – e não constitutivo –, limitando-se a reconhecer uma situação preexistente¹⁶³⁶, embora haja quem entenda se tratar de tutela constitutivo-negativa¹⁶³⁷. Em regra, os seus efeitos produzem-se

¹⁶³⁰ MORAES, *Direito constitucional*, 2007, p. 733; LEAL, *O efeito vinculante...*, 2006, p. 150.

¹⁶³¹ BUZAID, *Da ação...*, 1958, p. 43.

¹⁶³² COUTO E SILVA, *O princípio da segurança jurídica...*, 2004, p. 42.

¹⁶³³ BUZAID, *Da ação...*, 1958, p. 132.

¹⁶³⁴ ÁVILA, *A modulação de efeitos...*, 2009, p. 37.

¹⁶³⁵ ZAVASCKI, *Eficácia das sentenças...*, 2001, p. 48-49; MARTINS; MENDES, *Controle concentrado...*, 2009, p. 451.

¹⁶³⁶ GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional...*, 1998, p. 797, 834-835; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2005. (Manual de direito constitucional, v. 6). p. 66.

¹⁶³⁷ Hans Kelsen é notório defensor da teoria da anulabilidade à decisão de inconstitucionalidade (KELSEN, *Jurisdição constitucional*, 2003, p. 143-148). Destaca-se a síntese do seu pensamento: “Resulta de nossas explicações precedentes que, se quisermos que a Constituição seja garantia com eficácia, é necessário que o ato submetido ao controle do tribunal constitucional seja diretamente anulado por decisão própria, se considerado irregular. Essa decisão, mesmo se se referir a normas gerais – e é precisamente esse o caso principal –, deve ter força anulatória” (*op. cit.*, p. 170). Pontes de Miranda é outro que defendia a natureza constitutiva negativa negando o caráter declaratório à decisão: “Para que a decisão positiva sobre inconstitucionalidade fôsse declaratória, seria preciso que a lei, eivada de tal vício, não existisse, de jeito que

retroativamente¹⁶³⁸, desde o momento em que a lei ingressou no mundo jurídico¹⁶³⁹, entendimento que tem a chancela do Supremo Tribunal Federal¹⁶⁴⁰.

No entanto, não se trata de norma absoluta, porquanto a prática demonstrou que a lei inconstitucional, em determinadas hipóteses, antes de declarada a sua inconstitucionalidade, gera legítimas expectativas nos indivíduos, principalmente em razão da presunção de constitucionalidade de que as leis se revestem¹⁶⁴¹. Por isso, considera-se que “a declaração de nulidade não configura técnica adequada para a eliminação da situação inconstitucional” em certas hipóteses¹⁶⁴², ou seja, das consequências substanciais da inconstitucionalidade da lei. De fato, algumas situações tornam-se irreversíveis e exigem um tratamento peculiar, levando-se em conta, inclusive, a gravidade do vício¹⁶⁴³, a fim de evitar situações indesejadas pelo próprio texto constitucional, tal como o princípio da unidade da

o juiz ou o tribunal diria: ‘Não existe’; e a eficácia seria a de toda decisão declaratória” (PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967, 1967-1968*, v. 5. p. 294).

¹⁶³⁸ A tutela declaratória desencadeia efeitos *ex tunc*, conforme destaca Cândido Rangel Dinamarco: “Como afirmação que é, toda declaração tem sempre por objeto direitos e obrigações preexistentes a ela, resultantes de fatos também pretéritos (*supra*, n. 5 e 889), sendo por isso natural que a eficácia das sentenças declaratórias se reporte à situação existente no momento em que o fato ocorreu ou seu efeito jurídico-material se produziu. Elas têm efeito *ex tunc*, colhendo as realidades desse passado e assim prevalecendo quanto aos atos e fatos ocorridos depois” (DINAMARCO, *Instituições...*, 2009, v. 3, p. 232). No entanto, conforme destacado anteriormente (ponto 5.5.1), a retroatividade tem limites, pois “a coisa julgada material não pode automaticamente desaparecer diante da decisão do Supremo Tribunal Federal, sob pena de se estar atribuindo a esta decisão o poder de nulificar as decisões legitimamente tomadas pelos juízes e pelos tribunais” (MARINONI, *Cosa julgada inconstitucional...*, 2008, p. 163-164).

¹⁶³⁹ Essa teoria faz parte da tradição brasileira, conforme destaca Luís Roberto Barroso: “A teoria da nulidade da norma constitucional foi amplamente acolhida no Direito brasileiro desde o início da República, quando Ruy Barbosa averbou que ‘toda medida legislativa, ou executiva, que desrespeitar precedentes constitucionais, é, de sua essência, nula’ ” (BARBOSA, Rui. *Os actos inconstitucionales do congresso e do executivo ante a justiça federal*, 1893, p. 47 *apud* BARROSO, *O controle...*, 2009). Na mesma linha seguiram os autores de textos clássicos sobre o tema – como Francisco Campos (*Direito constitucional*, v. 1. 1956, p. 430-431), Alfredo Buzaid (BUZOID, *Da ação...*, 1958, p. 132), Castro Nunes (*Teoria e prática do Poder Judiciário*, 1943, p. 588-9) e Lúcio Bittencourt (*O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, 1997, p. 131) – , em substancial reprodução da doutrina americana na matéria” (*apud* BARROSO, *O controle...*, 2009, p. 18).

¹⁶⁴⁰ STF, Pleno, ADIn 652-MA, rel. Min. Celso de Mello, j. 02.04.1992, DJU 02.03.1993: “A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do Poder Público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe - ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos - a possibilidade de invocação de qualquer direito”.

¹⁶⁴¹ COUTO E SILVA, *O princípio da segurança jurídica...*, 2004, p. 42.

¹⁶⁴² MARTINS; MENDES, *Controle concentrado...*, 2009, p. 559.

¹⁶⁴³ Rui Medeiros entende que o instituto da limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade permite atribuir relevância à diferente gravidade do vício. Citando Jorge Miranda, destaca que “quanto mais próxima do cerne da Constituição material se situar a norma violada, mais forte será a reacção contra o acto inconstitucional. Quanto mais valioso for o seu conteúdo – seja um direito fundamental, seja um princípio de participação política, de organização económica ou de interdependência de órgãos de soberania – menor valor será atribuído ao comportamento que lhe seja desconforme. Quanto mais intangível se almejar, menor protecção será dada aos eventuais efeitos que em concreto do acto tenham resultado” (MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade...*, 1999, p. 718).

Constituição obriga¹⁶⁴⁴. Por todas essas razões, sustenta-se que existe uma tendência, na jurisdição constitucional, de relativização da teoria da nulidade da declaração de inconstitucionalidade¹⁶⁴⁵.

Um exemplo dessa prática tem sido a criação de Município, sem observância dos requisitos constitucionais, levando o Supremo Tribunal Federal a adotar eficácia *ex nunc* à sentença declaratória de inconstitucionalidade¹⁶⁴⁶. Há outros tantos exemplos de declaração de inconstitucionalidade, cujo efeito *ex tunc* poderia abalar a segurança jurídica, como nas hipóteses de eleitos em exercício do cargo, criação de comarcas dentro da organização judiciária, regime de servidores públicos, aprovação de orçamentos e planos de investimentos governamentais etc.¹⁶⁴⁷.

O advento das Leis n.ºs 9.868/99 e 9.882/99 permitiu a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na esteira da evolução proporcionada pela Constituição Federal vigente, que conferiu ênfase ao modelo concentrado de constitucionalidade¹⁶⁴⁸. A primeira lei veio disciplinar o processo e julgamento tanto da ação direta de inconstitucionalidade como a ação declaratória de constitucionalidade. Já a segunda lei objetivou regulamentar o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Com efeito, os arts. 27 e 11, respectivamente, abrem ao Tribunal uma nova via para a mitigação de efeitos no âmbito do controle concentrado de inconstitucionalidade. Assegura-se ao Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, por maioria dos seus membros, restringir os

¹⁶⁴⁴ Novamente, invoca-se aqui a lição de Rui Medeiros: “O princípio da unidade da Constituição obriga, mesmo em sede de determinação dos efeitos da inconstitucionalidade, a tomar em consideração os diferentes interesses constitucionalmente protegidos. A renúncia à declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroactiva e repristinatória decorre da verificação de que, em certos casos, a declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos assegura melhor a normatividade da Constituição do que a pura e simples declaração de inconstitucionalidade.” E mais adiante complementa o constitucionalista português: “Mas há casos em que se afigura manifesto que a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo – que não se confunde com razões de índole política – podem *impor* a restrição dos efeitos do julgamento concreto de inconstitucionalidade. Por outras palavras, sempre que se esteja perante uma situação em que se conclua que a desaplicação da norma julgada inconstitucional conduz a resultados constitucionalmente mais graves do que aqueles que advêm da sua aplicação, as decisões de limitação de efeitos devem considerar-se líticas. Doutra forma, correr-se-ia o risco de o órgão fiscalizador fugir pura e simplesmente à declaração de inconstitucionalidade no caso concreto, e essa solução seria inapelavelmente pior” (MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade...*, 1999, p. 744-745).

¹⁶⁴⁵ MARINONI, *Cosa julgada inconstitucional...*, 2008, p. 173.

¹⁶⁴⁶ STF, ADIns 2.240-BA, 3.316-MT e 3.489-SC, DJU, 17 maio 2007, todas relatadas pelo Min. Eros Grau.

¹⁶⁴⁷ DERZI, *Modificações...*, 2009, p. 582.

¹⁶⁴⁸ MARTINS; MENDES, *Controle concentrado...*, 2009, p. 87.

efeitos da declaração ou determinar que ela só tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

O controle de constitucionalidade também pode ser feito através das técnicas da “interpretação conforme a Constituição”¹⁶⁴⁹ e da “declaração parcial de nulidade (ou de inconstitucionalidade) sem redução de texto”¹⁶⁵⁰ (art. 28, parágrafo único, Lei n.º 9.868/99), seja mediante ação direta, seja incidentalmente.

Cumprе destacar, por fim, que os sistemas de controle de constitucionalidade ganharam o mundo, tendo sido instituídas diversas Cortes constitucionais, sejam inspiradas no modelo americano – como foi o caso do Tribunal Constitucional português –, sejam inspiradas no modelo austríaco. Em comum, ambos os modelos, no controle concentrado de constitucionalidade, conferem efeitos vinculantes às decisões de suas Cortes, visando à primazia da jurisdição constitucional em face dos demais poderes de Estado.

Na Corte Constitucional da Itália, por exemplo, a decisão de declaração de inconstitucionalidade de uma norma legal tem força vinculante aos juízes italianos, tal como as decisões proferidas pela Corte de Justiça da Comunidade europeia¹⁶⁵¹.

Da mesma forma, a prática do efeito vinculante é observada na ordem constitucional espanhola, consoante o art. 164.1 da Constituição¹⁶⁵² e o art. 38.1 da Lei

¹⁶⁴⁹ Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal elege uma via interpretativa com o objetivo de conformar o texto legal impugnado à Constituição, tornando-se vinculativa em relação aos órgãos judiciais ordinários (LEAL, *O efeito vinculante...*, 2006, p. 159). A interpretação em conformidade com a Constituição é encarada por Canotilho como uma das “situações constitucionais imperfeitas”: “No caso de polissemia de sentidos de um acto normativo, a norma não deve considerar-se inconstitucional enquanto puder ser interpretada de acordo com a constituição. A interpretação das leis em conformidade com a Constituição é um meio de o TC (e os outros tribunais) neutralizarem violações constitucionais, escolhendo a alternativa interpretativa conducente a um juízo de compatibilidade do acto normativo com a Constituição” (GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional...*, 1998, p. 843).

¹⁶⁵⁰ A técnica da declaração parcial de nulidade sem redução de texto permite que o Tribunal se limite a considerar inconstitucional apenas determinada hipótese de aplicação da lei, sem proceder à alteração do seu programa normativo. “Enquanto na interpretação conforme à Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na *declaração de nulidade sem redução de texto*, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas *hipóteses de aplicação (Anwendungsfälle)* do *programa normativo* sem que se produza alguma alteração expressa do texto legal (MARTINS; MENDES, *Controle concentrado...*, 2009, p. 462).

¹⁶⁵¹ CADOPPI, *Il valore del precedente...*, 2007, p. 208.

¹⁶⁵² “Art. 164.1. Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el Boletín Oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una Ley o

Orgânica do Tribunal Constitucional¹⁶⁵³. De acordo com a jurisprudência constitucional, o precedente judicial tem relevância, na medida em que a sua violação representa vulneração à segurança jurídica e ao princípio da igualdade na aplicação da lei (respectivamente, arts. 9 e 14 da Constituição espanhola)¹⁶⁵⁴. Em última análise, o controle de constitucionalidade, com efeito vinculante, praticado na Espanha, segue os parâmetros gerais que caracterizam o instituto, de modo que os fundamentos determinantes das sentenças do Tribunal Constitucional obrigam todos os demais poderes públicos, exceto o próprio Tribunal¹⁶⁵⁵.

Na Espanha, as últimas reformas legislativas do processo administrativo¹⁶⁵⁶ e do processo civil¹⁶⁵⁷ apresentam forte tendência a reconhecer o efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal. Admite-se, em virtude de lei, um recurso ao Supremo Tribunal, contra uma decisão judiciária, se esta violou a *doctrina jurisprudencial*.

No Direito alemão, a única regra de vinculação aos precedentes judiciais refere-se às decisões de controle de (in)constitucionalidade proferidas pelo Tribunal Constitucional Federal (BVerfG – *Bundesverfassungsgericht*)¹⁶⁵⁸, situado na cidade de Karlsruhe, de acordo com § 30, alínea 2, da Lei do Tribunal Constitucional Federal (BVerfGG – *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*). Essa disposição legal atribui “força de lei” (*Gesetzkraft*) às decisões proferidas que declaram a (in)constitucionalidade das normas jurídicas. Por outro lado, o § 31, alínea 2, do mesmo diploma legal, amparado pelo art. 94, alínea 2, frase 1, da Lei Fundamental alemã, estabelece que todas as demais decisões da Corte Constitucional têm valor vinculante (*Bindungswirkung*) para os órgãos constitucionais, judiciais e demais

de una norma con fuerza de Ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos”.

¹⁶⁵³ Ley Orgánica n.º 2/1979, art. 38.1: “Las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los poderes públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado”.

¹⁶⁵⁴ SASTRE, *El precedente...*, 2008, p. 139; XIOL RÍOS, *El precedente judicial...*, 2005, p. 214.

¹⁶⁵⁵ LEAL, *O efeito vinculante...*, 2006, p. 123.

¹⁶⁵⁶ Ley 29/1998, de 13 de julho, que disciplina a *Jurisdicción Contencioso-administrativa* (art. 100).

¹⁶⁵⁷ Ley 1/2000, de 7 de janeiro, de *Enjuiciamiento Civil: Artículo 493. Sentencia. La sentencia que se dicte en los recursos en interés de la ley respetará, en todo caso, las situaciones jurídicas particulares derivadas de las sentencias alegadas y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina jurisprudencial. En este caso, se publicará en el "Boletín Oficial del Estado" y, a partir de su inserción en él, complementará el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a todos los Jueces y tribunales del orden jurisdiccional civil diferentes al Tribunal Supremo.*

¹⁶⁵⁸ Para exame analítico do Tribunal Constitucional Federal alemão, indica-se a tese de doutorado de Luís Afonso Heck, *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional alemã*, a qual foi orientada por Konrad Hesse perante a Universidade de Freiburg. Outrossim, para exame da instituição, história, competência e processo, perante o

autoridades, inclusive ao Poder Legislativo¹⁶⁵⁹. A força jurídica é única: vinculação estrita às suas decisões¹⁶⁶⁰.

Discute-se, na doutrina alemã, qual seria a diferença entre a força de lei e a força vinculante. Sustenta-se que a diferença não é quanto ao objeto, senão quanto aos sujeitos que se sujeitam à vinculação. A força de lei, no controle de (in)constitucionalidade, significa que a *ratio decidendi* das decisões proferidas têm efeitos *erga omnes*. Note-se que não é apenas a parte dispositiva (*Tenor*) que tem efeito vinculante, mas também os motivos determinantes (*targende Gründe*)¹⁶⁶¹. Portanto, a sua inobservância por qualquer indivíduo é motivo de controle mediante o recurso correspondente. Já as demais decisões, com força apenas vinculante, estendem os seus efeitos somente aos órgãos estatais e suas autoridades¹⁶⁶².

Por derradeiro, o Conselho Constitucional francês (*Conseil constitutionnel*), órgão incumbido do controle de constitucionalidade, profere decisões com efeito vinculante aos poderes públicos e a todas as autoridades administrativas e jurisdicionais, conforme regra expressa prevista na Constituição de 1958 (art. 62)¹⁶⁶³.

Infere-se, por conseguinte, que o controle de constitucionalidade brasileiro segue uma tendência universal de consolidação da jurisdição constitucional, havendo uma

Bundesverfassungsgericht, aponta-se: MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 3-19.

¹⁶⁵⁹ Cumpre destacar: “A referência contida no § 31, n.º 1, da Lei do Tribunal Constitucional Federal aos órgãos constitucionais da federação e dos Estados aplica-se também ao Poder Legislativo, ou seja, o inclui entre os destinatários do efeito vinculante. No entanto, eventual juízo confirmatório da constitucionalidade da lei, ainda que mediante o uso da técnica da interpretação conforme à Constituição, não impede o legislador de modificá-la ou revogá-la” (LEAL, *O efeito vinculante...*, 2006, p. 120). No entanto, o constitucionalista gaúcho reconhece que a jurisprudência alemã atenua o efeito vinculante em relação ao legislador: “De outra parte, o Tribunal Constitucional Federal, em julgado de 1987, reconheceu expressamente ao Parlamento o direito de, naquele assunto, reintroduzir disciplina legislativa materialmente semelhante àquela declarada inconstitucional, flexibilizando, no caso, a força do efeito vinculante em relação ao legislador. Segundo a Corte, *desapareceria a abertura à mudança das condições de existência e da consciência social*, se o legislador ficasse submetido, na hipótese, à estrita vinculação aos fundamentos da decisão” (*op. cit.*, p. 120).

¹⁶⁶⁰ SORIANO, *El precedente judicial*, 2002, p. 194-195; HECK, *O tribunal constitucional federal...*, 1995, p. 161.

¹⁶⁶¹ MARINONI; MITIDIERO, *Repercussão geral...*, 2007, p. 25-26.

¹⁶⁶² SCHLÜCHTER, E. *Mittlerfunktion der Präjudizien*. Berlin: Gruyter, 1986, p. 26 *apud* SORIANO, *El precedente judicial*, 2002, p. 195.

¹⁶⁶³ “Article 62. Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l’article 61 ne peut être promulguée ni mise en application. Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l’article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d’une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d’être remis en cause. Les décisions du

busca permanente por instrumentos adequados ao seu regular funcionamento, mediante o necessário fortalecimento dos seus precedentes, a fim de conferir efetiva proteção às normas constitucionais, com clareza e coerência.

Nesse contexto, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade constituem autênticos precedentes constitucionais, pois, embora já produzam coisa julgada *erga omnes*, os seus motivos determinantes ou a sua *ratio decidendi* são imprescindíveis para que a Corte possa dar efetiva tutela à Constituição Federal.

6.3 Súmulas persuasivas e vinculantes

O Direito brasileiro adotou a Súmula, pela primeira vez, em 1963¹⁶⁶⁴, mediante emenda do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal¹⁶⁶⁵. Os 370 primeiros enunciados, da chamada “Súmula da jurisprudência dominante”, foram publicados em 1.º de março de 1964, no então início do ano judiciário, fruto do trabalho organizado pela Comissão

Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles”.

¹⁶⁶⁴ A origem das súmulas, no entanto, é bastante antiga. Conforme destacado anteriormente, as súmulas são inspiração do regime dos assentos portugueses, que, desde as Ordenações Manuelinas, tinham previsão expressa no ordenamento. Durante o império, várias leis regularam no Brasil o regime jurídico dos assentos. Ilustrativamente, a Lei n.º 2.684, de 23.10.1875, reconheceu a validade dos assentos da Casa de Suplicação de Lisboa, depois da criação da do Rio de Janeiro até a época da independência, salvo os que pela legislação posterior tivessem sido revogados. Posteriormente, com o advento da República, os assentos foram abolidos no Brasil, tendo sido substituídos por outros instrumentos que objetivaram a uniformização da jurisprudência, como os institutos da revista, do prejudgado e do recurso extraordinário (BUZAI, Uniformização de jurisprudência, 1985, p. 196). As súmulas assemelham-se ainda às máximas da Corte de Cassação italiana, que, desde 1924, tem publicado máximas que representam a reiterada exegese que a Corte atribui a determinada norma legal, gozando de autoridade mais intensa do que a resultante de qualquer outro precedente. “A definição da máxima obedece a um procedimento especial e não resulta da aplicação de um caso concreto; é estabelecida à luz da certeza de que, pela reiteração de julgados em determinado sentido, a interpretação adotada está mais conforme com a lei e com o sentimento de justiça” (*op. cit.*, p. 203).

¹⁶⁶⁵ Atualmente, a súmula do STF está prevista no art. 102 do seu Regimento Interno:

“Art. 102. A jurisprudência assentada pelo Tribunal será compendiada na *Súmula do Supremo Tribunal Federal*.

“§ 1.º A inclusão de enunciados na *Súmula*, bem como a sua alteração ou cancelamento, serão deliberados em Plenário, por maioria absoluta.

“§ 2.º Os verbetes cancelados ou alterados guardarão a respectiva numeração com a nota correspondente, tomando novos números os que forem modificados.

“§ 3.º Os adendos e emendas à *Súmula*, datados e numerados em séries separadas e sucessivas, serão publicados três vezes consecutivas no *Diário da Justiça*.

“§ 4.º A citação da *Súmula*, pelo número correspondente, dispensará, perante o Tribunal, a referência a outros julgados no mesmo sentido.”

de Jurisprudência, formada pelos Ministros Gonçalves de Oliveira, Victor Nunes Leal, principal idealizador¹⁶⁶⁶, e Pedro Chaves¹⁶⁶⁷. Na mesma reforma, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal passou a incluir, na competência do relator, o poder de “mandar arquivar o recurso extraordinário ou o agravo de instrumento indicando o correspondente número da súmula” (art. 15, IV)¹⁶⁶⁸.

Note-se que o termo *Súmula*, inclusive nos referidos documentos oficiais, não é empregado como cada uma das proposições ou teses jurídicas consagradas no Tribunal, mas sim para designar o respectivo conjunto, que lhe resume a jurisprudência¹⁶⁶⁹. Entretanto, o rigor terminológico, com o passar do tempo, acabou não sendo observado, inclusive pelo próprio legislador ao conceber a chamada “súmula vinculante”, de modo que as “súmulas” passaram a ser individualmente consideradas, equivalendo-se aos seus enunciados, o que nos obriga a seguir no mesmo compasso, sob pena de perdermos o trem da história. Isso não significa que as súmulas se tornarem precedentes. Conforme destacado anteriormente¹⁶⁷⁰, súmula e precedente não se confundem. Precedente é um caso anteriormente apreciado e julgado por um juiz ou tribunal, enquanto a súmula representa a síntese de uma tendência jurisprudencial consolidada, oriunda de reiteradas decisões sobre determinada matéria¹⁶⁷¹. A particularidade é que a súmula procura otimizar os efeitos das decisões singularmente proferidas. Daí decorre a relação com os precedentes judiciais.

Na concepção da súmula, o modelo seguido foi o próprio *stare decisis*, que restou utilizado como ferramenta para potencializar a jurisprudência preponderante. Seu objetivo era controlar o discurso jurídico, restringindo as possibilidades de sentido da norma jurídica, principalmente para facilitar a resolução de casos fáceis que se repetem. E a sua

¹⁶⁶⁶ Victor Nunes Leal foi o relator da respectiva emenda regimental como dos 370 primeiros enunciados da súmula da jurisprudência predominante do STF. Acerca da sua compreensão quanto às súmulas, ver NUNES LEAL, *Passado e presente...*, 1982, p. 46-67.

¹⁶⁶⁷ TUCCI, Rogério Lauria. Súmula de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: FRANÇA, R. Limongi. (Coord.). *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 71. p. 334.

¹⁶⁶⁸ Tempos depois, a chamada *Lei dos Recursos* (Lei n. 8.038, de 28.05.1990) trouxe para o plano legal o que era meramente regimental, ratificando aqueles poderes do relator e dando igual tratamento ao recurso especial, perante o Superior Tribunal de Justiça (art. 28, parágrafos 2º e 3º).

¹⁶⁶⁹ BARBOSA MOREIRA, *Súmula, jurisprudência...*, 2005, p. 8; ARRUDA ALVIM, José Manuel. Súmula e súmula vinculante. In: MEDINA, José Miguel Garcia *et al.* (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. p. 1147-1160. p. 1149.

¹⁶⁷⁰ Vide ponto 3.3 deste trabalho.

¹⁶⁷¹ Essa precisão nem sempre é bem observada pela melhor doutrina: “O que, no direito brasileiro, poderíamos identificar como precedentes vinculantes ou com marcante influência nas decisões do Judiciário? Sem

função era manter equilíbrio, assegurando o valor segurança na prestação jurisdicional¹⁶⁷². Buscava-se, dessa forma, “por um clima de segurança na ordem jurídica, sem a qual fenecem as esperanças na administração da justiça”¹⁶⁷³. A súmula surgia, ademais, como “uma das técnicas idealizadas com o objetivo de buscar saídas para o notório, antigo e angustiante problema da sobrecarga da Corte Suprema brasileira”¹⁶⁷⁴, com o objetivo principal de sanar a “crise do Supremo Tribunal Federal”¹⁶⁷⁵.

No entanto, a súmula foi prevista em lei, pela primeira vez, somente com a edição do Código de Processo Civil de 1973, de acordo com o art. 479, inserido no capítulo da uniformização de jurisprudência perante os tribunais locais¹⁶⁷⁶. Desse modo, a súmula restou definida como o resultado da jurisprudência predominante de um tribunal brasileiro, autorizado a emití-la toda vez que existir um incidente de uniformização de jurisprudência, por força dos seus respectivos regimentos internos, previstos expressamente no art. 96, I, “a”, da CF/88.

Os enunciados da súmula, representativa do resultado da jurisprudência predominante de um tribunal, são considerados persuasivos por não terem força vinculante. Trata-se de enunciados descritivos do entendimento acerca das normas jurídicas, não prescrevendo conduta a ser seguida pelos órgãos individuais e colegiados do Poder Judiciário¹⁶⁷⁷. Ao conferir-se a força persuasiva, o objetivo foi alcançar um meio-termo, entre a estabilidade da jurisprudência e a rigidez dos antigos assentos da Casa de Suplicação da legislação portuguesa. Almejava-se um instrumento flexível, que simplificaria o trabalho da Justiça em todos os graus, mas sem evitar a petrificação do Direito¹⁶⁷⁸.

dúvida, nesta lista devem figurar em primeiro lugar as súmulas vinculantes” WAMBIER, Interpretação da lei..., 2010, p. 42).

¹⁶⁷² WAMBIER, A função das súmulas..., 1985, p. 233.

¹⁶⁷³ BUZAID, Uniformização de jurisprudência, 1985, p. 212.

¹⁶⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Decisões vinculantes*, p. 172.

¹⁶⁷⁵ ROCHA, Sobre a súmula vinculante, 1997, p. 132.

¹⁶⁷⁶ “Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

“Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante”.

¹⁶⁷⁷ STRECK, *Súmulas no direito...*, 1998, p. 119.

¹⁶⁷⁸ ROCHA, Sobre a súmula vinculante, 1997, p. 132-133.

Na prática, a chamada súmula persuasiva acaba tendo força que se aproxima ao caráter normativo¹⁶⁷⁹. O Supremo Tribunal Federal foi pioneiro nesse sentido. Desde a instituição da súmula em 1963, o Regimento Interno da Corte passou a incluir na competência do relator o poder de “mandar arquivar o recurso extraordinário ou o agravo de instrumento indicando o correspectivo número da Súmula” (art. 15, IV). Com o passar do tempo, o objetivo de buscar saídas para o notório, antigo e angustiante problema da sobrecarga das cortes superiores fez com que se intensificasse o caráter normativo das súmulas, quer em razão de reformas que vêm sendo implementadas na legislação infraconstitucional¹⁶⁸⁰, quer em razão da sua defesa doutrinária¹⁶⁸¹. O exemplo mais contumaz dessa força normativa decorre da reforma do CPC, por intermédio da Lei n.º 11.276/2006, que acabou antecipando a denominada “súmula impeditiva de recurso”, prevista no PEC 358/2005 para inclusão do art.

¹⁶⁷⁹ Lenio Luiz Streck destaca: “É relevante que se discutam tais particularidades, até porque, sabidamente, no Brasil, *as Súmulas já exercem, na prática, um poder vinculante, por intermédio do que se pode chamar de controlabilidade difusa que exercem no sistema e pelo fortíssimo poder de violência simbólica* com que estão ‘ungidas’” (STRECK, *Súmulas no direito...*, 1998, p. 281).

¹⁶⁸⁰ São exemplos de inovações na legislação federal que visam a vincular os julgadores quanto à aplicação das súmulas: 1) Lei n.º 8.038/90 (institui normas procedimentais perante o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça): “Art. 38. O Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou, improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal”; 2) Consolidação das Leis do Trabalho: “Art. 896. Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando: [...] § 5.º – Estando a decisão recorrida em consonância com enunciado da Súmula da Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, poderá o Ministro Relator, indicando-o, negar seguimento ao Recurso de Revista, aos Embargos, ou ao Agravo de Instrumento. Será denegado seguimento ao Recurso nas hipóteses de intempestividade, deserção, falta de alçada e ilegitimidade de representação, cabendo a interposição de Agravo”; 3) Código de Processo Civil, art. 557, alterado pela Lei n.º 9.756/98: “Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior; § 1.º-A. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.”; 4) Código de Processo Civil, art. 475, § 3.º, alterado pela Lei n.º 10.352/2001: “Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: [...] § 3.º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente”; 5) Código de Processo Civil, art. 518, parágrafo primeiro, alterado pela Lei n.º 11.276/2007: “Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder. Parágrafo primeiro. O juiz não receberá o recurso de apelação quando estiver em conformidade com Súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.” Trata-se, esta última alteração, de relevante papel conferido às súmulas do STF ou do STJ, tendo sido implantado o sistema denominado de “súmula impeditiva”. Note-se que “a fidelidade do julgado a uma jurisprudência sumulada torna o processo causa de instância única” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1. p.716).

¹⁶⁸¹ José de Moura Rocha destaca: “Nem podemos deixar de recordar que a súmula não é uma jurisprudência predominante sob o aspecto meramente formal. Vemos nela sentido dogmático (quase normativo). A súmula não é, simplesmente, a jurisprudência dominante ou predominante. É a jurisprudência possuidora de caráter, repetindo, quase-normativo” (MOURA ROCHA, A importância da súmula, 1977, p. 95).

105-A na Constituição vigente¹⁶⁸², de modo que as chamadas súmulas persuasivas impedirão, nas instâncias ordinárias, o recebimento de recursos que tenham fundamento tese contrária às constantes nas referidas súmulas¹⁶⁸³.

Seguindo uma tendência de valorização da jurisprudência no Direito contemporâneo¹⁶⁸⁴, após muita discussão, a Emenda Constitucional n.º 45/2004 introduziu, no art. 103-A¹⁶⁸⁵, a chamada súmula vinculante, restrita ao Supremo Tribunal Federal¹⁶⁸⁶, norma regulamentada pela Lei n.º 11.417/2006 que disciplina alguns aspectos relativos à edição, revisão e cancelamento de súmula vinculante. Cuida-se de uma segunda hipótese de força vinculante expressamente adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, alinhando-se às decisões em controle concentrado de constitucionalidade e inconstitucionalidade (ADCon e

¹⁶⁸² “Art. 105-A. O Superior Tribunal de Justiça poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria, aprovar súmula que, a partir de sua publicação, constituir-se-á em impedimento à interposição de quaisquer recursos contra a decisão que a houver aplicado, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei” (<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>).

¹⁶⁸³ Há quem sustente, entretanto, que essa força normativa viola o princípio da legalidade (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”), na medida em que deixa claro o efeito vinculante das súmulas perante os Tribunais Superiores. Ilustrativamente, Lenio Luiz Streck aponta: “Dito de outro modo: ao editar uma Súmula, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal passam a ter poder maior que o do legislador, pois, primeiro, “legislar”, ao conceberem a interpretação “correta” de determinada norma; depois, quando existe discordância de tal interpretação, no bojo de qualquer processo em qualquer unidade da federação, *tal discordância é impedida de prosperar, pela exata razão de que o relator negará seguimento ao recurso “que contrariar, nas questões predominantemente de direito”, Súmula do respectivo Tribunal*” (STRECK, *Súmulas no direito...*, 1998, p. 148-149).

¹⁶⁸⁴ Destaca-se que Alfredo Buzaid, no anteprojeto do CPC vigente, havia almejado a consagração dos antigos assentos do direito português, com força vinculante, proposta que acabou sendo abandonada, pois foi fixada uma nova feição inspirada na súmula da jurisprudência dominante, com força meramente persuasiva, nos termos dos arts. 479 e seguintes do CPC. Portanto, de longa data se almeja, de uma forma ou de outra, atribuir uma força diferenciada a certas decisões proferidas pelo Judiciário.

¹⁶⁸⁵ “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” (incluído pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004).

“§ 1.º 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.

“§ 2.º 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.

“§ 3.º 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”.

¹⁶⁸⁶ A Proposta de Emenda Constitucional foi parcialmente aprovada, pois o art. 105-A, que previa a súmula vinculante ao Superior Tribunal de Justiça, foi rejeitada, restando a essa Corte a súmula impeditiva de recursos, regulada em nível infraconstitucional, conforme restará examinado.

ADIn – CF, art. 102, § 2.º)¹⁶⁸⁷ e em ADPF (Lei n.º 9.882/99, art. 10, § 3.º), de modo que as súmulas, com força meramente persuasiva, passarão a ser raras perante o Supremo Tribunal Federal.

De acordo com o disposto no art. 103-A da CF/88, a súmula vinculante somente poderá versar sobre matéria constitucional, sendo que terá por objeto a validade, interpretação e eficácia de determinadas normas, cujo entendimento esteja plenamente consolidado no tempo, a fim de proporcionar segurança jurídica e evitar a multiplicação de processos sobre questão idêntica. Logo, somente o Supremo Tribunal Federal está autorizado a editá-las, sendo indispensável que haja um significativo número de decisões homogêneas a respeito, sem as quais a edição do enunciado da súmula carecerá de legitimidade¹⁶⁸⁸. Note-se, por conseguinte, que, diferentemente do precedente, a súmula vinculante exige pluralidade de decisões prévias a respeito de determinada matéria. Constata-se, assim, que deve haver um rigor na edição das súmulas vinculantes, tanto em relação à iniciativa da sua edição, como na adequação e clareza do texto dos respectivos enunciados, o que nem sempre tem sido observado. Exemplo disso é a Súmula Vinculante n.º 11¹⁶⁸⁹, conhecida como a “súmula das algemas”, cujo enunciado é vago e extenso, gerando inúmeras dificuldades na sua aplicação¹⁶⁹⁰. Outro exemplo é a Súmula Vinculante n.º 13¹⁶⁹¹, que trata do nepotismo em toda a Administração Pública brasileira. Por conter um enunciado excessivamente longo, com 82 duas palavras, acaba gerando mais dúvidas do que certezas na sua interpretação, o que levará o Supremo Tribunal Federal a revê-la inevitavelmente. Aqui sobressai a necessidade de observar a adequada técnica na formulação do texto da súmula vinculante.

¹⁶⁸⁷ “§ 2º 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”.

¹⁶⁸⁸ É o que destaca com propriedade Lenio Luiz Streck: “Na verdade, para que uma súmula possa ser editada, haverá uma sucessão de casos, que, reconstruídos, darão azo a uma ‘coagulação de sentido’ (é isso que é uma Súmula vinculante, em síntese)” (STRECK, *Súmulas vinculantes...*, 2009, p. 305).

¹⁶⁸⁹ Súmula Vinculante n.º 11: “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

¹⁶⁹⁰ Para um exame crítico da súmula em questão, consulte-se: STRECK, *Súmulas vinculantes...*, 2009, p. 284-319.

¹⁶⁹¹ Eis o teor do enunciado da Súmula Vinculante n.º 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”.

Quanto ao objeto da súmula, entende-se que a matéria constitucional a que faz alusão o art. 2.º da Lei n.º 11.417/2006, assim como o faz o art. 103-A da CF/88, é no sentido amplo, podendo “a súmula versar sobre matéria infraconstitucional e dispor, por exemplo, sobre a compatibilidade do texto da lei, ou de determinada interpretação, com a Constituição Federal”¹⁶⁹². Ademais, em relação à redação da súmula, deve-se ter o cuidado de se dispor apenas de teses jurídicas, “que não deixa de sê-lo em virtude de especificidades dos casos concretos que lhe são subjacentes”¹⁶⁹³. É preciso, além disso, ter o cuidado para que a redação da súmula seja menos abrangente do que a lei e gere menos dúvidas interpretativas do que a própria lei. Em última análise, o seu conteúdo deve corresponder, preenchidos os requisitos exigidos para a sua edição, à *ratio decidendi* que se pode extrair da orientação dominante.

Tratando-se de súmula vinculante e não somente persuasiva, os seus efeitos passam a ser extensivos aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, direta e indireta, municipal, estadual e federal (CF/88, art. 103-A, *caput*, e Lei n.º 11.417/2006, arts. 2.º, *caput*, e 7.º), cabendo reclamação ao STF quando for desrespeitada a súmula vinculante (CF/88, art. 102, I, “I”, e art. 103-A, § 3.º, e Lei n.º 11.417/2006, art. 7.º). Da mesma forma, o efeito vinculativo das súmulas alcança indiretamente as pessoas físicas e jurídicas, que, nas suas relações, passam a moldar a sua conduta de acordo com os respectivos enunciados¹⁶⁹⁴. Ressalta-se, todavia, que a súmula vinculante não produz efeitos em relação ao Poder Legislativo¹⁶⁹⁵, que pode vir a adotar lei que contrarie os seus termos, mediante a promoção do debate público e democrático. No entanto, a lei editada está obviamente sujeita ao controle de constitucionalidade a ser exercido pelo Poder Judiciário¹⁶⁹⁶.

A reclamação, como se sabe, tem natureza jurisdicional (não administrativa ou correicional), está entre os feitos (demandas) da competência originária do STF e tem como

¹⁶⁹² WAMBIER, *Recurso especial...*, 2008, p. 225.

¹⁶⁹³ WAMBIER, *Recurso especial...*, 2008, p. 226.

¹⁶⁹⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Questões controvertidas sobre a súmula vinculante. In: MEDINA, José Miguel Garcia *et al.* (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. p. 1188-1194. p. 1190.

¹⁶⁹⁵ ROCHA, Sobre a súmula vinculante, 1997, p. 136; CAMBI, *Neoconstitucionalismo e neoprocessoalimento: direitos...*, 2009, p. 168-169.

¹⁶⁹⁶ Na mesma linha, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que a declaração de inconstitucionalidade não impede o legislador de promulgar lei de conteúdo idêntico ao do texto anteriormente censurado (MARTINS; MENDES, *Controle concentrado...*, 2009, p. 595).

objetivo preservar a competência desse Tribunal, garantindo a autoridade de suas decisões¹⁶⁹⁷. Logo, diante de acórdão que ofende súmula vinculante, a parte deve valer-se do recurso extraordinário e da reclamação: “aquele, com o efeito específico de impedir a formação da coisa julgada (e de gerar alteração da decisão); a reclamação, com o objetivo, neste caso, de cassar a decisão que afronta a súmula vinculante”¹⁶⁹⁸.

A particularidade é que, diferentemente do que ocorre em face do efeito *erga omnes*, a força vinculante da súmula não se restringe à parte dispositiva da decisão senão aos fundamentos ou motivos determinantes do enunciado, assemelhando-se à concepção de *ratio decidendi*¹⁶⁹⁹. Com efeito, a “*ratio decidendi* do verbete sumular – objeto da vinculação – alcança, na hipótese, os princípios e interpretações asseverados na motivação dos reiterados casos julgados que embasaram a sua edição. Em outras palavras: os fundamentos determinantes das súmulas são os fundamentos determinantes dos precedentes que lhe deram origem”¹⁷⁰⁰.

Ademais, as súmulas vinculantes têm efeitos apenas *ex nunc*, não vinculando tribunais, juízes e Administração Pública antes da sua edição, diferentemente do que ocorre com a decisão que julga ação declaratória de inconstitucionalidade, por exemplo¹⁷⁰¹. Note-se que o teor da súmula, que pode dizer respeito à inconstitucionalidade de determinada norma, remete-o ao nascimento da norma e, portanto, ao efeito *ex tunc* inerente à declaração de inconstitucionalidade. Entretanto, os efeitos da súmula em si, quanto à sua vinculação, produzem-se a partir da sua edição¹⁷⁰², sob pena de promover insegurança jurídica, conforme entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal¹⁷⁰³. É que tal efeito não decorre da validade ou invalidade da norma apreciada, mas da sua própria constituição¹⁷⁰⁴.

¹⁶⁹⁷ WAMBIER, *Recurso especial...*, 2008, p. 234-237.

¹⁶⁹⁸ WAMBIER, *Recurso especial...*, 2008, p. 237.

¹⁶⁹⁹ JANSEN, Rodrigo. A súmula vinculante como norma jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 838, p. 42-74, ago. 2005. p. 46.

¹⁷⁰⁰ LEAL, *O efeito vinculante...*, 2006, p. 177.

¹⁷⁰¹ WAMBIER, *Recurso especial...*, 2008, p. 231.

¹⁷⁰² Obviamente, as decisões transitadas em julgado anteriormente à edição da súmula não são atingidas, não estando sujeitas, portanto, à ação rescisória, tal como equivocadamente chegou a ser cogitado: “Quanto às decisões transitadas em julgado anteriormente à súmula, deverão comportar, desde que a esta contrárias, o ajuizamento, sem limite de tempo, de ação rescisória. O postulado da isonomia tornará inelutável alteração na lei processual” (NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito processual brasileiro e o efeito vinculante das decisões dos tribunais superiores. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 105, p. 64-95, jan./mar. 2002. p. 93).

¹⁷⁰³ STF, MC na Rcl 5.600-SP, rel. Min. Cezar Peluso, j. 29.10.2007, DJU 07.11.2007, p. 36.

¹⁷⁰⁴ O termo inicial da força vinculante é a data da publicação da súmula na imprensa oficial (Lei n.º 11.417/2006, art. 2.º).

Destaca-se, ainda, que, embora as súmulas vinculantes produzam efeitos de imediato, o art. 4.º da Lei n.º 11.417/2006 dispõe que o STF, por maioria de dois terços de seus membros, “poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público”. Cuida-se, portanto, da aplicação da técnica da modulação temporal dos efeitos vinculantes da súmula em hipóteses excepcionais em prol da segurança jurídica e da boa-fé objetiva na aplicação do direito.

Na análise da súmula vinculante, a doutrina brasileira tem procurado distinguir as vinculações direta e indireta. A primeira é aquela que submete o Poder Judiciário e a Administração Pública, enquanto a segunda é genérica, abrangendo tanto o Poder Legislativo como os particulares. A importância prática dessa diferenciação está na delimitação dos atos que estão sujeitos à reclamação, ou seja, aos vinculados direta e não indiretamente (Lei n.º 11.417/2006, art. 7.º).

Ressalta-se que legislador pátrio previu expressamente a possibilidade de revogação da súmula, ao dispor que, revogada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá ao cancelamento (art. 5.º da Lei n.º 11.417/2006).

Embora haja quem critique o instituto¹⁷⁰⁵, na medida em que a súmula vinculante tem uma pretensão de universalização que seria incompatível com um direito que deve ser construído a partir da discussão de casos concretos¹⁷⁰⁶, ou porque se reconhece na

¹⁷⁰⁵ Para o exame dos argumentos contrários à súmula vinculante, vide a síntese apresentada por Ivan Lira de Carvalho (CARVALHO, *Decisões vinculantes*, 1997, p. 55-56). Há também quem não seja simpático ao instituto. É o caso de José Carlos Barbosa Moreira (BARBOSA MOREIRA, *Súmula, jurisprudência...*, 2005, p. 11-16). Há ainda quem o critique abertamente. É o caso de Leonardo Greco: “Já observei em outro estudo que o costume lusitano, incorporado pelo Brasil a partir da criação das Súmulas do STF, de cristalizar em breves enunciados genéricos a jurisprudência predominante dos tribunais, difere radicalmente do precedente vinculante do direito anglo-americano e se ressentido de graves defeitos, como o de exprimir nesses enunciados proposições tão genéricas e abstratas quanto as da lei ou o de não produzir fielmente os fundamentos principais das decisões em que se basearam” (GRECO, Leonardo. *A reforma do Poder Judiciário e o acesso à Justiça. Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 27, jun. 2005. p. 84).

¹⁷⁰⁶ É a posição defendida por Lenio Luiz Streck: “Explicando melhor: as súmulas vinculantes – do modo como são compreendidas pela dogmática jurídica – encarnam uma instância controladora de sentidos, metafisicamente, isto é, através delas, *acredita-se que é possível lidar com conceitos sem as coisas* (enfim, sem as multiplicidades e as particularidades dos casos concretos)” (STRECK, *Hermenêutica jurídica...*, 2009, p. 352). Em artigo recentemente publicado, Streck enfatiza a sua crítica, sustentando que as súmulas vinculantes representam uma contradição *do e no* sistema, na medida em que infligem área de competência

súmula a natureza constitutiva de uma norma constitucional que não restou derivada do Poder Legislativo¹⁷⁰⁷, o Supremo Tribunal Federal tem dado mostras de que as súmulas vinculantes serão efetivamente operacionalizadas¹⁷⁰⁸. Salvo melhor juízo, o problema não está na institucionalização das súmulas vinculantes. As súmulas vinculantes devem ser aplicadas somente como resultado de respostas aos casos passados, não eliminando a atividade do intérprete quanto à sua aplicação ou não aos casos futuros. Ora, é evidente que o direito deve ser realizado na justiça do caso concreto individualmente considerado. Isso não significa, entretanto, que não existam casos repetitivos, cuja solução, por certo, deve ser uniforme, a menos que existam fundadas razões que os particularizam, exame este que – tal como destacado – não se procura afastar do intérprete. Significa que as súmulas, enquanto textos normativos, exigem a mediação do intérprete, a fim de servir de efetivo mecanismo de reforço à integridade e coerência do direito. Mais uma vez, a correção da sua aplicação dependerá da estrita obediência ao dever de fundamentar as decisões. Ademais, quanto à segunda crítica apontada anteriormente, destaca-se que o enunciado da súmula decorre da interpretação do próprio texto constitucional, cujos limites são determinantes do conteúdo da súmula constituída.

O que não se nega é que a força vinculante das súmulas é fruto de um progressivo movimento que acabou vencendo fortes resistências ao longo do tempo até ser admitida¹⁷⁰⁹. Há diversas razões que justificam o fenômeno, entre elas o aumento da

do legislador (CF, art. 5.º, II). No entanto, admite que as súmulas vinculantes não são um mal em si. Podem ser importantes para colocar o *selo jurídico* em conquistas hermenêuticas. Sustenta que os problemas são as suas equivocadas compreensão e aplicação (STRECK, *Súmulas vinculantes...*, 2009, p. 287, 301).

¹⁷⁰⁷ Essa é a principal crítica que, em 1997, a atual Ministra do STF Cármen Lúcia Antunes Rocha tecia às súmulas vinculantes (ROCHA, *Sobre a súmula vinculante*, 1997, p. 136). Contraditoriamente, a mesma jurista defende, como alternativa, a reforma do art. 468 do CPC, a fim de estender os efeitos da coisa julgada aos demais casos em que seja parte a pessoa jurídica que componha Administração Pública Direta ou Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, para os quais já tenha o Poder Judiciário decidido, terminativamente, a matéria e deliberado sobre os fundamentos apresentados (*op. cit.*, p. 145). Ora, a solução preconizada seria mais drástica do que a instituição da súmula vinculante, pois reconhecera força vinculante inclusive às decisões proferidas pelos juízos de 1.º e 2.º graus de jurisdição.

¹⁷⁰⁸ A propósito das críticas ao instituto, Cândido Rangel Dinamarco defende as súmulas vinculantes em prol do desafogo dos serviços judiciários e conseqüente aceleração da tutela jurisdicional, em benefício da população em geral. E ainda, parafraseando Winston Churchill, em conhecida manifestação sobre a democracia, aponta: “talvez o sistema de súmulas vinculantes seja o pior que se possa imaginar mas até hoje não se propôs nenhum melhor que esse” (DINAMARCO, *Instituições de direito...*, 2009, v. 1, p. 299, nota 16). Da mesma forma, Ivan Lira de Carvalho já defendia a adoção das súmulas vinculantes em 1997 (CARVALHO, *Decisões vinculantes*, 1997, p. 56-58), tendo Ovídio A. Baptista da Silva manifestado a respeito posicionamento favorável em 1999, em artigo publicado na *Revista de Direito Processual Civil – Gênese* n.º 13 (SILVA, *A função dos tribunais superiores*, 2003, p. 297-299).

¹⁷⁰⁹ Desde o anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973, de autoria de Alfredo Buzaid, o tema da vinculariedade da jurisprudência tem estado presente, ganhando intensidade a partir da discussão quanto à reforma do Poder Judiciário. Destaca-se que o anteprojeto do CPC de 1973 contemplava os antigos

litigiosidade e o expressivo número de ações repetitivas, tais como aquelas em que se discute a constitucionalidade de um plano econômico ou da cobrança de um tributo. Diante dessa realidade de litígios de massa, tornou-se necessária a superação das “formas tradicionais de prestação artesanal de jurisdição”, buscando-se a celeridade e a eficiência na administração da justiça¹⁷¹⁰.

Até se poderia questionar se a adoção da súmula vinculante era realmente necessária, na medida em que há orientação doutrinária e jurisprudencial admitindo que a decisão tomada em sede de recurso extraordinário tenha efeito vinculante, consoante exame no tópico seguinte. No entanto, a súmula vinculante torna-se necessária porque, embora existam reiteradas decisões sobre matéria constitucional, permanece controvérsia atual sobre a *ratio decidendi* ou o núcleo essencial da orientação dominante. Em outras palavras, existem diferentes precedentes em sede de recurso extraordinário, cada um com a sua *ratio decidendi*. Diante da insegurança do entendimento predominante e aplicável, revela-se imperiosa a adoção da súmula vinculante¹⁷¹¹.

Portanto, a adoção das súmulas vinculantes decorreu da evolução do Direito Constitucional e também do processo civil brasileiro, de acordo com as modernas tendências de universalização e aceleração da prestação jurisdicional¹⁷¹². Além disso, é também fruto inegável da valorização dos precedentes judiciais e da jurisprudência em geral¹⁷¹³.

“assentos” do Direito português, com força vinculativa. No entanto, a Comissão revisora opinou pela supressão de todo o capítulo proposto por Buzaid (STRECK, *Súmulas no direito...*, 1998, p. 112).

¹⁷¹⁰ BARROSO, *O controle...*, 2009, p. 80.

¹⁷¹¹ Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero adotam entendimento semelhante: “Consoante já evidenciado, a *ratio decidendi* ou o núcleo essencial da decisão do Supremo Tribunal Federal que possui efeito vinculante é, no mais das vezes, facilmente extraível dos acórdãos que decidiram os recursos extraordinários. Pergunta-se: e se o Supremo Tribunal Federal tivesse decidido por inúmeras vezes uma questão constitucional e, mesmo assim, a *ratio decidendi* dos julgados permanecesse, de certa forma, obscura e indecifrável? Foi exatamente para essas situações que o constituinte derivado resolveu inserir, no art. 103-A da Constituição da República, a possibilidade de edição de súmula com efeito vinculante. Assim, aonde a *ratio decidendi* for cristalina, a súmula vinculante é absolutamente desnecessária. Nos casos em que a *ratio decidendi* do julgado for muito complexa ou obscura, edite-se a súmula” (MARINONI; MITIDIERO, *Repercussão geral...*, 2007, p. 70-71). Em artigo posterior, Luiz Guilherme Marinoni complementa: “Foi para estas situações que o constituinte derivado estabeleceu, no art. 103-A da CF/1988, o procedimento para a criação de súmula com efeito vinculante. Quando a *ratio decidendi* ressaí de forma cristalina da decisão, a súmula é absolutamente desnecessária. Mas, quando existem decisões de natureza complexa e obscura, deve-se editar súmula para restar precisada a *ratio decidendi*” (MARINONI, *Aproximação crítica...*, 2009, p. 225).

¹⁷¹² DINAMARCO, *Instituições...*, 2009, v. 1, p. 299.

¹⁷¹³ Há tempos Cândido Rangel Dinamarco apontou que a “crescente valorização dos precedentes indica uma caminhada que se endereça a passos firmes a um resultado inevitável – que é a adoção do sistema de *súmulas vinculantes*. À medida que os tribunais e os relatores venham a praticar com empenho e sem timidez o sistema até agora implantado, o caminho estará aberto para que as resistências se enfraqueçam e finalmente os

Nitidamente, as súmulas vinculantes foram adotadas para debelar a morosidade da Justiça brasileira, que é submetida a uma extraordinária repetição de demandas e recursos à espera de julgamento. Esse mal vem comprometendo particularmente de forma grave os tribunais superiores, que ficam submetidos a uma enormidade de recursos repetitivos, principalmente por parte de entes públicos.

6.4 Recurso extraordinário

O controle difuso de constitucionalidade permite a qualquer juiz ou tribunal poder exercer, inclusive de ofício, o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma e, conseqüentemente, sua não aplicação ao caso concreto sob julgamento. Trata-se do oposto ao controle concentrado de constitucionalidade que é exercido por único órgão ou por um número limitado de órgãos criados especialmente para esse fim, como ocorre nos tribunais constitucionais europeus, cuja decisão importa em declarar a nulidade da norma inconstitucional.

Longe de ser mera técnica, o sistema de controle difuso de constitucionalidade confere um relevante atributo ao Poder Judiciário, ao assegurar o poder e o dever de negar aplicação à lei inconstitucional em prol da efetividade da distribuição da justiça nos casos concretos e da adequada defesa do cidadão¹⁷¹⁴. Por ser adjudicado a todos os órgãos jurisdicionais, o controle difuso torna-se o mais democrático, pois incentiva os cidadãos a participarem diretamente no manejo de poder do Estado, conferindo legitimidade à normatividade construída pela via hermenêutica¹⁷¹⁵.

A sua forma de exercício realiza-se geralmente por via incidental, ou seja, “o pronunciamento acerca da constitucionalidade ou não de uma norma faz parte do itinerário lógico do raciocínio jurídico a ser desenvolvido”. Em outras palavras, “a questão

temerosos se convençam de que esse efeito vinculante é a única solução capaz de desafogar os tribunais” (DINAMARCO, O relator, a jurisprudência..., 1999, p. 131).

¹⁷¹⁴ MARINONI, *Coisa julgada inconstitucional...*, 2008, p. 17-18.

¹⁷¹⁵ MITIDIERO, *Processo civil...*, 2007, p. 25-26.

constitucional figura como questão prejudicial, que precisa ser decidida como premissa necessária para resolução do litígio”¹⁷¹⁶. Nesse caso, “a função do judiciário, ao apreciar a lei, ou o ato eivado de inconstitucionalidade, limita-se a negar-lhe obediência, liberando o ofendido do dever de se sujeitar à sua autoridade. Essa atividade consiste não tanto em anular ou revogar, quanto em deixar de aplicar a lei, incompatível com outra lei hierarquicamente superior ou com a Constituição”¹⁷¹⁷.

Especificamente, o Supremo Tribunal Federal pode exercer o controle difuso em ações de sua competência originária (art. 102, I, CF/88), no julgamento de recursos ordinários (art. 102, II, CF/88) e no julgamento de recursos extraordinários (art. 102, III, CF/88). No entanto, por força da sua necessária fundamentação em questão constitucional, o recurso extraordinário é o instrumento por excelência do controle difuso realizado pelo STF. Também por essa razão, o recurso extraordinário tem sido o mote de discussão frequente, tanto legislativa quanto doutrinária, pois a sua expressiva quantidade vem sendo apontada – há bastante tempo, diga-se de passagem – como a grande causa da crise vivida pelo Supremo Tribunal Federal¹⁷¹⁸, o que equivale, hoje, num sentido mais amplo, à crise dos tribunais

¹⁷¹⁶ BARROSO, *O controle...*, 2009, p. 49.

¹⁷¹⁷ BUZAID, *Da ação...*, 1958, p. 81.

¹⁷¹⁸ A chamada “crise do Supremo Tribunal Federal” não é de hoje. Decorre do fantástico número de processos que anualmente ingressam na Corte, principalmente recursos extraordinários e seus recursos conexos (agravo de instrumento, embargos de declaração etc.). Essa realidade já foi destacada e analisada detidamente por José Afonso da Silva em 1963 (SILVA, *Do recurso extraordinário...*, 1963, p. 446-461), assim como por Alfredo Buzaid, em 1972, em *Estudos do Direito*, com uma série de capítulos dedicados a “A crise do Supremo Tribunal Federal” (BUZAID, *Estudos de direito*, 1972, p. 121-177). Destaca-se, no entanto, que, desde 1942, se fala da crise da mais alta Corte do País, com as publicações de Filadelfo de Azevedo (“A crise do Supremo Tribunal Federal”, in *Arquivos do Ministério da Justiça*, vol. 1), Levi Carneiro (“Ainda a Crise do Supremo Tribunal Federal”, in *Arquivos do Ministério da Justiça*, vol. 2) e outros juristas nacionais (BUZAID, *A crise do Supremo Tribunal Federal*, 1972, p. 146-151). Para que se tenha uma ideia da progressão da crise, estudo realizado por Carlos Robichez Penna aponta que, em 1891, deu entrada no STF o Recurso Extraordinário n.º 1; em 1904, a média anual ficou em 26; em 1933, fez a média de 55; já em 1960, momento em que o STF se transferiu para Brasília, “foram julgados 5.946 recursos extraordinários, quantidade que já à época foi considerada excessiva e preocupante por seus juízes”. Os anos seguintes apresentaram uma progressão geométrica, sendo que o relatório anual de 1985 “informa terem sido julgados 17.798 processos diversos”. Ressalta Robichez Penna que “17.000 processos-ano julgados por onze Ministros importa em 4,2 processos/dia, por Ministro, contando-se os sábados, domingos, feriados, recessos e as férias de janeiro e julho, ocasião em que se supõe que seus membros devam desfrutar de uma forma qualquer de lazer e descanso. [...] A crise do Supremo Tribunal Federal é portanto uma crise de quantidade, que deve ser refreada sob pena de inviabilizar a entidade em mais alguns anos” (PENNA, Carlos Robichez. *O recurso extraordinário e a crise do Supremo Tribunal Federal. Estudos de Direito Público*, São Paulo, v. 4/5, n. 2/1, p. 11-26, 1985/1986. p. 19-21). Da mesma forma, Moreira Alves destaca que a “crise do Supremo Tribunal Federal” é a “crise do recurso extraordinário”, situação que “deu margem a uma série de providências legais e regimentais para que a Corte não soçobrasse em face do volume de recursos que a ela subiam” (MOREIRA ALVES, José Carlos. *O Supremo Tribunal Federal em face da nova Constituição: questões e perspectivas. Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, DF, p. 35-47, jun./set. 1988. p. 35).

superiores, tanto nos países latino-americanos como nos países europeus, quer em razão do volume de recursos, quer em razão das funções de cassação ou revisão¹⁷¹⁹.

Historicamente, o recurso extraordinário, de inspiração do *writ of certiorari* americano¹⁷²⁰, é considerado recurso de direito estrito, dirigido à Corte de superposição dentro da organização judiciária brasileira, exigindo pressupostos de base constitucional para sua admissibilidade¹⁷²¹. Serve principalmente de instrumento de uniformização de jurisprudência, com o objetivo de manter a integridade lógica do direito objetivo e preservar a inteireza do sistema jurídico¹⁷²², indispensável em um Estado que mantém o regime federativo, na medida em que se tem uma Justiça descentralizada em diversos Estados-membro, permitindo-se que as suas decisões sirvam de paradigma para casos futuros. Formam-se, desse modo, precedentes que permitem a segurança jurídica e igualdade na aplicação do direito¹⁷²³.

Em regra, o recurso extraordinário é, como recurso, meio de impugnação das decisões, e também meio de controle difuso ou incidental de constitucionalidade, em que os

¹⁷¹⁹ KNIJNIK, *O recurso especial...*, 2005, p. 265; GARRO, *Eficacia y autoridad...*, 1989, p. 44; TARZIA, Giuseppe. Il giudizio di cassazione nelle proposte di riforma del processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, anno 58, n. 1, p. 201-210, 2003. p. 203-204.

¹⁷²⁰ ARRUDA ALVIM, *O recurso especial...*, 1997, p. 13. Diferentemente, José Afonso da Silva entende que o recurso extraordinário teria origem no *writ of error* americano, considerado pelo jurista recurso de erro de direito (SILVA, *Do recurso extraordinário...*, 1963, p. 27). Coaduna com o mesmo entendimento Alfredo Buzaid (BUZAI, *A crise do Supremo Tribunal Federal*, 1972, p. 139). No entanto, acredita-se que o correto seja identificar o recurso extraordinário com o *writ of certiorari*, pois o *writ of error* previsto no “Judiciary Act” de 1789 foi posteriormente denominado de *appeal*, tendo, portanto, natureza de recurso comum. Já o *writ of certiorari* tem cabimento por: “a) razões importantes e especiais; b) conflitos entre as cortes federais e estatais (em matéria de competência); c) decisões das cortes estaduais superiores sobre uma *federal question*; d) decisões da própria *Supreme Court* (SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law*: introdução ao direito dos Estados Unidos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 92 *apud* CARNEIRO, *Recurso especial...*, 2001, p. 5-6). Para um exame detalhado do procedimento do *writ of certiorari* perante a Suprema Corte americana, ver VIGORITI, *Problemi del processo costituzionale...*, 1967, p. 1474-1496.

¹⁷²¹ O nome de “recurso extraordinário” não surgiu na Constituição Federal de 1891, e sim no primeiro Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, passando à Lei n.º 1.939, de 1907 (CARNEIRO, *Recurso especial...*, 2001, p. 6; BUZAI, *A crise do Supremo Tribunal Federal*, 1972, p. 139, nota 33).

¹⁷²² BUZAI, *Uniformização de jurisprudência*, 1985, p. 197.

¹⁷²³ Historicamente, o recurso extraordinário serve, entre nós, de instrumento que tem por fim imediato a tutela do valor da segurança jurídica (SILVA, *Do recurso extraordinário...*, 1963, p. 23). A propósito, ressalta Pontes de Miranda: “Se alguma sentença ou outra decisão, que se não haja de considerar sentença, diverge de outra, em qualquer elemento contencioso relativo à incidência ou à aplicação de regra jurídica, uma delas é injusta, porque se disse *a* no tocante a uma das demandas e *b*, talvez mesmo não-*a*, a propósito da *quaestio iuris*, ou das *quaestiones iuris*, que em ambas aprecem. Tem-se de evitar isso, e aí está a razão de algumas medidas constitucionais ou de direito processual que têm por fito corrigir ou evitar a contradição na jurisprudência. Um dos exemplos mais relevantes é o de admitir-se o recurso extraordinário sempre que haja interpretação divergente de alguma regra jurídica federal, mesmo se é em relação ao próprio Supremo Tribunal Federal que isso ocorre” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. 6. p. 3).

efeitos da decisão atingem apenas as partes (*inter partes*), não beneficiando nem prejudicando terceiros, por força do art. 472 do CPC. Sua eficácia subjetiva, portanto, é limitada às partes do processo, sem afetar terceiros, salvo quando houver resolução do Senado, que suspende a execução da norma declarada inconstitucional (CF, art. 52, X), passando a decisão a produzir efeitos *erga omnes*¹⁷²⁴. Por outro lado, a sua eficácia objetiva é demarcada pelo pedido formulado, sendo certo que é a parte dispositiva da sentença (CPC, art. 458), que contém a resolução das questões postas e recebe a autoridade da coisa julgada. A rigor, a questão constitucional sequer faz coisa julgada entre os litigantes, pois serve apenas como fundamento do pedido deduzido na demanda. E a coisa julgada, sabidamente, não se estende aos fundamentos da decisão (CPC, art. 469).

No entanto, essa regra tem sido mitigada, na atualidade, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que tem reconhecido eficácia *erga omnes* e vinculante às decisões proferidas em recurso extraordinário, mesmo sem resolução senatorial. É que, para chegar à conclusão a que chegou, o Tribunal formula um juízo – positivo ou negativo – a respeito da validade da norma, assumindo a decisão contornos juridicamente diferenciados, ao servir de paradigma para casos similares. Desse modo, pode-se entender que, se o STF declarar a inconstitucionalidade, essa decisão afeta os demais processos com pedidos idênticos pendentes de decisão nas mais diversas instâncias. Os casos concretos ainda não transitados em julgados deverão ter o mesmo tratamento se e quando submetidos ao STF¹⁷²⁵.

Outro aspecto a considerar é a natureza do recurso extraordinário. Há um reconhecimento de que se trata de recurso de estrito direito, no qual prepondera o interesse

¹⁷²⁴ A suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade – instituto concebido no Brasil em 1934, de forte inspiração na divisão de Poderes – constitui ato político que retira a lei do ordenamento jurídico, de forma definitiva e com efeitos retroativos. Cuida-se de ato que empresta eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em caso concreto. No entanto, nos dias de hoje, sustenta-se que o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado perdeu sua eficácia. Segundo Gilmar Mendes, o art. 52, X, da Constituição sofreu autêntica reforma sem expressa modificação do texto em razão da completa reformulação do sistema jurídico, no que se refere à jurisdição constitucional. Isso porque o instituto mostra-se inadequado para assegurar eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal que não declaram a inconstitucionalidade de uma lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta. Situação semelhante ocorre quando a Corte adota uma interpretação conforme à Constituição ou nos casos de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. De tal sorte, pode-se dizer que a suspensão de execução da lei pelo Senado, atualmente, há de ter simples efeito de publicidade, visto que a decisão do Supremo Tribunal, mesmo em sede de controle incidental, possui efeitos gerais, não dependendo do Senado para tanto (MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, n. 179, p. 257-276, jul./set. 2008. p. 257-276).

¹⁷²⁵ MARTINS; MENDES, *Controle concentrado...*, 2009, p. 563.

público sobre o particular, principalmente por buscar preservar a “inteireza positiva”, a “validade”, a “autoridade” e a “uniformidade de interpretação” da Constituição, conforme referiu Pontes de Miranda¹⁷²⁶. Logo, não se trata de recurso que visa a fazer justiça às partes, a não ser indiretamente, tanto que não tem cabimento por motivo de sentença injusta¹⁷²⁷. Ao julgá-lo na condição de órgão jurisdicional de superposição na organização judiciária, o STF examina as teses contidas nas decisões, “propendendo-se pela tese correta e, em função disto, decidindo-se o caso concreto”¹⁷²⁸.

Nessa senda, reconhece-se que, uma vez declarada a inconstitucionalidade de uma lei na via incidental, os demais tribunais estão dispensados de observar a reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição Federal¹⁷²⁹, podendo a inconstitucionalidade da lei ser reconhecida pelos órgãos fracionários de qualquer Tribunal¹⁷³⁰. Esse entendimento que atribui eficácia vinculante nas decisões tomadas em recurso extraordinário foi transformado em direito positivo com a Lei n.º 9.756/98, que inseriu parágrafo único ao art. 481 do CPC¹⁷³¹. “A imperativa dispensa do pronunciamento do plenário não significa”, adverte Teori Albino Zavascki, “que os órgãos fracionários terão a liberdade de julgar livremente a questão constitucional. Isso ofenderia o art. 97 da CF. O que ela significa é que, havendo pronunciamento do plenário do STF pela constitucionalidade ou pela inconstitucionalidade de um preceito normativo, os órgãos fracionários dos tribunais estarão vinculados, daí em diante, não mais à decisão da sua própria Corte, mas, sim, ao precedente da Suprema Corte”¹⁷³².

¹⁷²⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1953. v. 3, v. 5. v. 3, p. 58.

¹⁷²⁷ SILVA, *Do recurso extraordinário...*, 1963, p. 105. Cumpre destacar, a propósito, que essa particularidade é observada nos recursos extraordinários de um modo geral perante as cortes superiores. É o que destaca Andrea Panzarola: “*alla Cassazione non interessa prioritariamente (ed institucionalmente) la giustizia di tutte le decisioni perché la sua funzione guarda ad altro e non alla giustizia del caso singolo*” (PANZAROLA, *La cassazione civile...*, 2005. v. 1, p. 171).

¹⁷²⁸ ARRUDA ALVIM, *O recurso especial...*, 1997, p. 36-37.

¹⁷²⁹ “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

¹⁷³⁰ Em acórdão emblemático, relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence, a 1.ª Turma entendeu que a decisão plenária “declaratória da inconstitucionalidade, posto que incidente, [...] elide a presunção de sua constitucionalidade; a partir daí, podem os órgãos parciais dos outros tribunais acolhê-la para fundar as decisões de casos concretos ulteriores, prescindindo de submeter a questão de constitucionalidade ao seu próprio plenário” (STF, RE 191.898/RS, 1.ª T., rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22.08.1997, p. 38.781). O mesmo entendimento, cumpre destacar, já havia sido adotado no RE 190.728, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 30.05.1997.

¹⁷³¹ “Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

“Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.

¹⁷³² ZAVASCKI, *Eficácia das sentenças...*, 2001, p. 37.

Conforme ainda destaca Gilmar Mendes, “Esse entendimento marca uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, praticamente, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concentrado. A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se autonomamente com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal proferida *incidenter tantum*”¹⁷³³.

Ressalta-se que a transcendência dos efeitos do controle difuso de constitucionalidade não representa violação aos limites subjetivos e objetivos da coisa julgada. Note-se que, nesses casos, a declaração de inconstitucionalidade da lei aplicável não é objeto do pedido aduzido, mas tão somente a razão de decidir. Na verdade, é uma questão que precisa ser resolvida como premissa lógica necessária para a solução do litígio. Portanto, a questão constitucional não constitui elemento integrante da coisa julgada. Ademais, não há incompatibilidade do efeito vinculante com o sistema difuso de constitucionalidade. O efeito vinculante existe tanto em sistemas que adotam o controle difuso e concreto de constitucionalidade (EUA), quanto naqueles em que prepondera o controle concentrado e abstrato (Alemanha)¹⁷³⁴.

Conforme ressalta Luiz Guilherme Marinoni, o Supremo Tribunal Federal tem demonstrado orientação que “nega expressamente a equivalência entre o controle incidental e eficácia da decisão restrita às partes do processo”. Sustenta-se que, mesmo em sede de recurso extraordinário, quando objeto de manifestação do Plenário da Corte, as decisões tomadas gozam de “efeito vinculante em relação aos órgãos da Administração e aos demais órgãos do Poder Judiciário”¹⁷³⁵. Nessa senda, há decisões da Suprema Corte¹⁷³⁶, bem como manifestações doutrinárias há longa data apresentadas¹⁷³⁷.

¹⁷³³ MENDES, O papel do Senado Federal..., 2008, p. 266.

¹⁷³⁴ MARINONI; MITIDIERO, *Repercussão geral...*, 2007, p. 26.

¹⁷³⁵ MARINONI, *Teoria geral do processo...*, 2008, p. 58-59.

¹⁷³⁶ STF, RE 376.852, rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 24.10.2003.

¹⁷³⁷ É o que nos dava conta Alfredo Buzaid ainda na década de 50 do século passado: “Dois eminentes autores nacionais se mostram, porém, fervorosos partidários da teoria da obrigatoriedade da decisão que decreta a inconstitucionalidade. Um deles, Lúcio Bittencourt, assim justifica seu pensamento (*O contrôlo jurisdicional da constitucionalidade das leis*, p. 144): ‘O juiz inferior não pode ter como constitucional, para aplicá-lo a um caso concreto, o ato legislativo que os tribunais superiores declararam inconstitucional em outro

Inequivocamente existe uma tendência de objetivação do controle concreto da constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal, na esteira do que ocorre no controle abstrato, tal como sempre se observa, tradicionalmente, no Direito norte-americano, pois a declaração de inconstitucionalidade, embora ocorra no caso concreto, tem eficácia absoluta, obrigando a todos¹⁷³⁸. Essa tendência é fruto também de uma aproximação ou convergência entre os modelos difuso e concentrado de controle de constitucionalidade¹⁷³⁹. Em recentes julgamentos, os Ministros vêm dando mostras de que o papel do recurso extraordinário, na jurisdição constitucional, está em processo de redefinição, a fim de conferir maior efetividade às decisões¹⁷⁴⁰. Por essas razões, tem-se admitido, por exemplo, pedidos de terceiros, para que possam intervir em RE, sob o fundamento da existência de interesse que justifica sua atuação no processo, quando a decisão do STF puder ser proferida em sentido que lhe seja desfavorável¹⁷⁴¹.

Cumprе ressaltar que, perante o Pleno do Supremo Tribunal Federal, os procedimentos para declaração de inconstitucionalidade não diferem praticamente nos modelos abstrato e concreto. Ambos seguem uma perspectiva de processo de caráter objetivo,

processo. Se um tribunal de instância superior – diz Black, *Constitucional Law*, p. 56 – se pronunciou contra a constitucionalidade de uma lei ou a seu favor, essa decisão é obrigatória para todos os tribunais e a questão não mais pode ser discutida por eles`. Do mesmo sentir é o Ministro Castro Nunes que, tratando da eficácia do julgado, se coloca entre os que sustentam a autoridade absoluta não só para as partes, como também para todos os outros poderes constitucionais da Nação e do Estado. Pressupostas as condições inerentes ao exercício da jurisdição, a decisão da Suprema Corte é final e definitiva. Tais decisões são conclusivas, quer para as partes contendoras, quer para os outros poderes (*Teoria e prática do poder judiciário*, p. 592)” (BUZOID, *Da ação...*, 1958, p. 85-86).

¹⁷³⁸ BUZOID, *Da ação...*, 1958, p. 82.

¹⁷³⁹ MARTINS; MENDES, *Controle concentrado...*, 2009, p. 1, 27-28; ZAVASCKI, *Eficácia das sentenças...*, 2001, p. 25.

¹⁷⁴⁰ Ressalta-se parte do voto proferido pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes no RE 376.852/SC: “Esse novo modelo legal traduz, sem dúvida, um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. Esse instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*). Nesse sentido, destaca-se a observação de Häberle segundo a qual ‘a função da Constituição na proteção dos direitos individuais (subjectivos) é apenas uma faceta do recurso de amparo’, dotado de uma ‘dupla função’, subjetiva e objetiva, ‘consistindo esta última em assegurar o Direito Constitucional objetivo’ (Peter Häberle, O recurso de amparo no sistema germânico, *Sub Judice* 20/21, 2001, p. 33 (49)). Essa orientação há muito mostra-se dominante também no direito americano” (STF, RE 376.852, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJU* 24.10.2003, p. 65).

¹⁷⁴¹ É o que se observa com a figura do *amicus curiae*: “Observa-se, na jurisprudência do STF, política de ampla aceitação dos requerentes que buscam atuar como *amicus curiae* no controle de constitucionalidade das leis. Em geral, os pedidos são acatados e, numa espécie de aplauso ao instituto, são feitas referências à importância de a democracia participativa ter chegado ao espaço do Poder Judiciário e de o pluralismo social ser, hoje, instrumento de legitimação das decisões do STF” (BISCH, *O amicus curiae...*, 2010, p. 158).

porquanto não é plausível atribuir-se efeito vinculante a um e não ao outro¹⁷⁴². Nessa vertente é a posição doutrinária do Ministro Gilmar Ferreira Mendes: “De qualquer sorte, a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental”¹⁷⁴³. Logo, uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos, porquanto elide a presunção de constitucionalidade, podendo os órgãos parciais dos outros tribunais acolhê-la para fundar as decisões de casos concretos ulteriores¹⁷⁴⁴.

Para o conhecimento do recurso extraordinário com base no dissídio jurisprudencial (art. 102, III, “c”, CF/88), admite-se a invocação de apenas um precedente (acórdão) para fundamentar o recurso, o que não deixa de representar uma conexão com o sistema do precedente anglo-saxão. Ademais, há necessidade de demonstração, em sede preliminar, da repercussão geral para admissibilidade do recurso extraordinário, tal como exigido pelo § 3.º inserido no art. 102 da CF/88 em razão da EC 45/2004¹⁷⁴⁵. Trata-se, pois, de requisito intrínseco de admissibilidade recursal¹⁷⁴⁶.

Quanto à compreensão do que seja repercussão geral, deliberadamente, a Constituição utilizou um conceito jurídico indeterminado, no qual se verifica um núcleo mínimo de sentido, deixando a tarefa de concretização a cargo do legislador ordinário e,

¹⁷⁴² MARINONI, *Teoria geral do processo...*, 2008, p. 59.

¹⁷⁴³ MENDES, *O papel do Senado Federal...*, 2008, p. 274.

¹⁷⁴⁴ Isso explica o fato de ser anacrônica a regra que prevê a comunicação da decisão ao Senado Federal, que poderá suspender, no todo ou em parte, a execução da lei declarada inconstitucional, para que ocorra a extensão *erga omnes* da decisão do Supremo (CF, art. 52, X). Pode-se fazer ainda outra leitura: justamente por ser ineficaz na prática essa medida, porquanto foram poucas as iniciativas tomadas pelo Senado para suspensão da execução da norma inconstitucional, é que se buscou otimizar o controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

¹⁷⁴⁵ A exigência de repercussão geral foi instituída porque os óbices jurisprudenciais e regimentais à admissão do recurso extraordinário, caracterizadores de técnicas de autocontenção, revelaram-se de proveito limitado e transitório, pois o elevado número de processos nunca arrefeceu de fato. Resta saber se a repercussão geral conseguirá esse objetivo.

¹⁷⁴⁶ WAMBIER, *Recurso especial...*, 2008, p. 299. Os requisitos que viabilizam a admissibilidade dos recursos são questões prévias ao conhecimento do mérito recursal, ou seja, o motivo da irrisignação da parte. “Os pressupostos de admissibilidade recursal reputam-se intrínsecos quando concernem à existência, ou não, do poder de recorrer. São considerados extrínsecos, ao contrário, quando atinem ao modo de exercer esse poder. No primeiro grupo entram o cabimento, o interesse recursal, a legitimidade para recorrer e a inexistência de fato extintivo do direito de recorrer. Acresce-se a esse rol, em caso de recurso extraordinário ou recurso especial, o enfrentamento da questão constitucional ou federal na decisão recorrida. No segundo, a regularidade formal da peça recursal, a tempestividade, o preparo e a inexistência de fato impeditivo do direito de recorrer” (MARINONI; MITIDIERO, *Repercussão geral...*, 2007, p. 32).

principalmente, do próprio Supremo Tribunal Federal, mediante valorações objetivas ao seu preenchimento¹⁷⁴⁷.

Note-se que a exigência da demonstração da repercussão geral segue uma tendência universal de contenção¹⁷⁴⁸, que se iniciou com a edição da Súmula n.º 400 do STF¹⁷⁴⁹, passando pela arguição de relevância¹⁷⁵⁰, tudo com um único propósito: restringir a admissibilidade do recurso extraordinário aos casos graves que justifiquem o exame para cumprir a sua função constitucional, ou seja, de órgão jurisdicional de cúpula responsável pela fixação de autênticos precedentes¹⁷⁵¹. Todavia, entende-se que o instituto se justifica

¹⁷⁴⁷ MARINONI; MITIDIERO, *Repercussão geral...*, 2007, p. 33-34.

¹⁷⁴⁸ A seleção de causas é uma prática adotada nos mais diversos países: “Além da clássica prática da *Supreme Court* estadunidense do *writ of certiorari* (Regra 10 da Suprema Corte dos Estados Unidos), conhecido, em suma, apenas nos casos de *sufficient public importance*, muitos outros países praticam semelhante sistema de seleção de causas para exame pelas Cortes Supremas. No direito alemão, subordina-se o acesso ao Supremo Tribunal, em recurso de *Revision*, quando a causa decidida ostentar uma ‘significação fundamental’. No direito argentino, por exemplo, a Corte Suprema pode não conhecer de recurso extraordinário ‘*por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de transcendencia*’ (art. 280, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina*). Em todos esses casos a mesma razão encontra-se presente: velar pela unidade do Direito através do exame dos casos significativos para a ótima realização dos fins do Estado Constitucional, sem sobrecarregar o Supremo Tribunal com o exame de casos sem relevância e transcendência, cujas soluções não importem, tudo somado, contribuição do Supremo Tribunal Federal para compatibilização vertical das decisões e/ou desenvolvimento do Direito brasileiro (MARINONI; MITIDIERO, *Repercussão geral...*, 2007, p. 19-20).

¹⁷⁴⁹ Súmula 400 do STJ: “Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra “a” do art. 101, III, da Constituição Federal”. Os acórdãos do Supremo Tribunal Federal que serviram de base à edição da súmula em questão são os Ais 29.843-MG, 2.ª T., j. em 20.08.1963, rel. Min. Victor Nunes; 30.500-GB, 1ª T., j. 21.11.1963, rel. Min. Pedro Chaves.

¹⁷⁵⁰ O instituto da repercussão geral assemelha-se à antiga “arguição de relevância da questão federal”, que a Corte Suprema, no exercício do poder até então constitucionalmente previsto (art. 119, III, “a” e “d” c/c § 1.º da CF 1967), regulava em seu Regimento Interno (arts. 325, I a XI, e 327, § 1.º, do RISTF - Emenda 3, de 12.06.1975; depois Emenda 2, de 04.12.1985). No entanto, não são institutos que se confundem. Eduardo de Avelar Lamy ressalta: “A arguição de relevância tinha objetivo de justificar o conhecimento do recurso extraordinário que não seria admitido segundo as taxativas hipóteses de cabimento. Por sua vez, a repercussão geral é instituto que possui o objetivo de possibilitar o não-conhecimento do mesmo recurso, caso possa não haver reflexo da referida decisão junto à sociedade. Logo, o antigo instituto buscava a inclusão, enquanto o atual justifica a exclusão, de feição bastante pragmática: uma alternativa ao congestionamento do STF” (LAMY, Eduardo de Avelar. *Repercussão geral no recurso extraordinário: a volta da arguição de relevância?* In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 167-180. p. 178). Ademais, os conceitos e o formalismo processual de repercussão geral e arguição de relevância não são idênticos: “Enquanto este está focado fundamentalmente no conceito de relevância (‘Entende-se relevante a questão federal que, pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal’ – art. 327, par. 1º, RISTF, segundo ER 2/85), aquele exige, para além da relevância da controvérsia constitucional, a transcendência da questão debatida. Quanto ao formalismo processual, os institutos também não guardam maiores semelhanças: a arguição de relevância era apreciada em sessão secreta, dispensando fundamentação; a análise da repercussão geral, ao contrário, tem evidentemente de ser examinada em sessão pública, com julgamento motivado (art. 93, IX, da CF)” (MARINONI; MITIDIERO, *Repercussão geral...*, 2007, p. 31).

¹⁷⁵¹ ARRUDA ALVIM, *O recurso especial...*, 1997, p. 27-29; CRUZ E TUCCI, José Rogério. Anotações sobre a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário (Lei nº 11.418/2006).

realmente por ser capaz de gerar uma jurisdição de maior qualidade, na medida em que sejam constituídos precedentes efetivamente paradigmáticos¹⁷⁵².

Posteriormente, a Lei n.º 11.418, de 19 de dezembro de 2006, regulamentou a disposição constitucional em questão, inserindo novos preceitos no Código de Processo Civil e estabelecendo tanto a definição como o procedimento para exame da repercussão geral¹⁷⁵³. Por conseguinte, foram alterados os arts. 322 a 329 do Regimento Interno do STF, nos termos da Emenda Regimental n.º 21/2007.

A exigência em questão ressalta o caráter normativo das decisões proferidas em recurso extraordinário pelo STF, conjugando a relevância (econômica, política, social ou jurídica)¹⁷⁵⁴ e a transcendência (repercussão para além do interesse meramente subjetivo das partes na causa)¹⁷⁵⁵ como elementos determinantes para a fixação de precedentes. Essa

Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, São Paulo, v. 56, p. 7-17, nov./dez. 2008. p. 8; PENNA, O recurso extraordinário..., 1985/1986, p. 21-26. A propósito, Pontes de Miranda já externava a sua preocupação em tornar o recurso extraordinário diferenciado, destacando já em 1967 que “tudo aconselha a que o Supremo Tribunal Federal não transforme o recurso extraordinário em apelação, fazendo-se tribunal de recursos ordinários das Justiças locais” (PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967*, 1967-1968, v. 4, p. 93).

¹⁷⁵² WAMBIER, *Recurso especial...*, 2008, p. 291.

¹⁷⁵³ “Art. 543-A. 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.

“§ 1.º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

“§ 2.º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

“§ 3.º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

“§ 4.º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.

“§ 5.º 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.

“§ 6.º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

“§ 7.º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.”

¹⁷⁵⁴ Destaca-se que, no preenchimento da exigência de relevância, basta o atendimento de uma dessas perspectivas e não de todas (MARINONI; MITIDIERO, *Repercussão geral...*, 2007, p. 36-37).

¹⁷⁵⁵ A transcendência da controvérsia constitucional pode ser caracterizada tanto em uma perspectiva qualitativa como quantitativa: “Na primeira, sobreleva para individualização da transcendência o importe da questão debatida para a sistematização e desenvolvimento do direito; na segunda, o número de pessoas susceptíveis de alcance, atual ou futuro, pela decisão daquela questão pelo Supremo e, bem assim, a natureza do direito posto em causa (notadamente, coletivo ou difuso)” (MARINONI; MITIDIERO, *Repercussão geral...*, 2007, p. 37). Para Eduardo Cambi, o critério da determinação da repercussão geral resume-se ao da transcendência (Critério da *transcendência* para a admissibilidade do recurso extraordinário (art. 102, § 3º, da CF): entre a autocontenção e o ativismo do STF no contexto da legitimação democrática da jurisdição constitucional. *Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004* / coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier... [et al]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 159).

conjugação “conspira para a realização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (que é necessariamente prestada em prazo razoável), estimulando a compatibilização vertical das decisões judiciais, prestando homenagem ao valor da igualdade e perseguindo a racionalização da atividade judiciária”¹⁷⁵⁶.

A vinculação vertical das decisões em sede de recurso extraordinário está presente tanto nas decisões de reconhecimento como de rejeição de repercussão geral, nos termos do art. 543-A do CPC, acrescido em razão da Lei n.º 11.418, de 19 de dezembro de 2006. Negada a existência da repercussão geral, todos os demais recursos sobre matéria idêntica deverão ser indeferidos liminarmente (art. 543-A, § 5.º, do CPC), na medida em que a decisão do STF, nessa hipótese, tem efeito panprocessual ao espalhar-se para além do processo em que fora proferida¹⁷⁵⁷. Na segunda hipótese, reconhecida a repercussão, admite-se o recurso extraordinário.

A repercussão geral representa, outrossim, vinculação horizontal, pois os Ministros estão obrigados a observar as decisões da Corte sobre a repercussão geral, nos termos do § 5.º do art. 543-A e art. 326 do Regimento Interno do STF. Desse modo, presentes os requisitos inerentes ao juízo de admissibilidade, o STF deve conhecer o recurso extraordinário a fim de apreciar-lhe o mérito, dando ou negando provimento ao recurso.

Quanto houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, o art. 543-B, § 1.º, do CPC, também inserido pela Lei n.º 11.418/2006, determina, por seu turno, aos tribunais de origem que encaminhem ao STF apenas alguns casos representativos da controvérsia, retendo os demais à espera de uma solução a respeito da questão constitucional¹⁷⁵⁸. Nessa hipótese, o exame da repercussão geral dar-se-á por amostragem¹⁷⁵⁹. Essa possibilidade de retenção de recursos permitirá que a verificação da repercussão geral se dê a partir de casos de recursos-paradigma, que constituirão efetivos precedentes representativos do entendimento do Corte. Na hipótese de rejeição da repercussão geral, pronunciando-se o STF no sentido da ausência de relevância e transcendência da

¹⁷⁵⁶ MARINONI; MITIDIERO, *Repercussão geral...*, 2007, p. 5.

¹⁷⁵⁷ MARINONI; MITIDIERO, *Repercussão geral...*, 2007, p. 52.

¹⁷⁵⁸ Seria mais lógico, segundo entendimento de Luiz Guilherme Marinoni, admitir que a decisão proferida em face do primeiro recurso a chegar ao Supremo Tribunal Federal incidisse sobre todos os casos ainda não julgados, ao invés de permitir a escolha aleatória por parte dos tribunais de casos representativos da controvérsia (MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, 2010, p. 476-477).

¹⁷⁵⁹ MARINONI; MITIDIERO, *Repercussão geral...*, 2007, p. 59.

questão debatida, os recursos sobrestados “considerar-se-ão automaticamente não admitidos” (art. 543-B, § 2.º, do CPC), estando os tribunais de origem impedidos de remeter ao STF recursos extraordinários cuja repercussão geral já tenha sido examinada. Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados no Juízo *a quo*, que poderá declará-los prejudicados ou retratar-se (art. 543-B, § 3.º, do CPC). Desse modo, percebe-se que a decisão do STF, quanto à inadmissibilidade do recurso em razão da ausência da repercussão geral, tem caráter absolutamente vinculante¹⁷⁶⁰, devendo as decisões ser adaptadas ao entendimento estabelecido pelo STF. Porém, mantida a decisão e admitido o recurso no Juízo *a quo*, o STF poderá cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada (art. 543-B, § 4.º, do CPC).

Portanto, quer por força do art. 543-A, quer em razão do art. 543-B, ambos do CPC, há uma inequívoca demonstração no sentido de uma desejável vinculação vertical dos juízos inferiores às decisões da Suprema Corte, “vinculação fundada em um imperativo de racionalidade e isonomia, sem prejuízo de se admitirem exceções diante de motivos relevantes, devidamente demonstrados”¹⁷⁶¹. Além do mais, há uma nítida preocupação em debelar as teses repetitivas, o que representa o grande volume de julgamento dos tribunais de superposição¹⁷⁶².

Infere-se, ao fim e ao cabo, que a exigência de repercussão geral visou a permitir a seleção dos recursos que devem ser conhecidos pelo Supremo Tribunal Federal, permitindo-lhe, assim, o desempenho da função de outorga de unidade ao Direito mediante a compreensão da Constituição. Essa unidade é tanto prospectiva, na perspectiva do desenvolvimento do Direito de maneira constitucionalmente adequada aos novos problemas sociais, como retrospectiva, na perspectiva de compatibilização das decisões judiciais¹⁷⁶³.

Note-se que a súmula, persuasiva ou vinculante, ou a jurisprudência dominante do STF restam fortalecidas com a exigência em análise, na medida em que qualquer decisão

¹⁷⁶⁰ WAMBIER, *Recurso especial...*, 2008, p. 305-306.

¹⁷⁶¹ BARROSO, *O controle...*, 2009, p. 120.

¹⁷⁶² Cândido Rangel Dinamarco, ao fazer alusão a artigo publicado pelo Ministro aposentado Paulo Brossard, informou que no ano de 1994 tiveram caráter repetitivo 68,32% dos casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, com a previsão de que, no ano de 1995, essa proporção alçar-se-ia a 88,88% (DINAMARCO, *Decisões vinculantes*, 2000, p. 168).

¹⁷⁶³ MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, 2010, p. 471.

contrária a elas representa presunção de repercussão geral para o recurso extraordinário (§ 3.º do art. 543-A do CPC)¹⁷⁶⁴.

Ademais, é evidente que a alteração legislativa em questão revela aproximação da nova disciplina do recurso extraordinário à doutrina do *stare decisis*, não se admitindo que os órgãos judiciais desobedeçam àquilo que a Suprema Corte já afirmou ser o direito. Consolida-se “a tendência doutrinária e jurisprudencial de estender aos efeitos da decisão do STF em recurso extraordinário (controle *difuso* e *concreto* de constitucionalidade) a mesma força vinculante das decisões em controle *direto* e *abstrato* de constitucionalidade (no qual não há caso concreto sendo julgado e a decisão do STF acerca da [in]constitucionalidade da lei vincula todos os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública)”¹⁷⁶⁵.

De fato, nos países em que não é respeitado o *stare decisis*, o controle de constitucionalidade limitou-se ao concentrado, adotando-se o modelo de decisão única com eficácia *erga omnes*, não sendo adequado o controle difuso¹⁷⁶⁶. Entretanto, no Direito brasileiro, tendo sido seguido o modelo norte-americano, é incoerente adotar o controle difuso e desprover as decisões do Supremo Tribunal Federal de força vinculante. Não foi por acaso que Rui Barbosa, personagem destacado da instituição da jurisdição constitucional entre nós, defendeu a adoção do *stare decisis*, quando a decisão pela inconstitucionalidade tivesse partido do Supremo Tribunal Federal¹⁷⁶⁷.

Percebe-se, assim, que as decisões oriundas de recursos extraordinários, com o advento do requisito da repercussão geral, que retrata tema de relevante importância à sociedade e ao Estado, assumem *status* de autênticos precedentes constitucionais com força normativa.

¹⁷⁶⁴ CRUZ E TUCCI, Anotações sobre a repercussão geral..., 2008, p. 10; (DERZI, *Modificações...*, 2009, p. 279).

¹⁷⁶⁵ REIS, José Carlos Vasconcellos dos. Novo perfil do recurso extraordinário no direito brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 164, p. 55-83, out. 2008. p. 75-76.

¹⁷⁶⁶ MARINONI, Aproximação crítica..., 2009, p. 218.

¹⁷⁶⁷ É o que se infere nos seus *Comentários à Constituição Federal Brasileira* (São Paulo: Saraiva, 1933. v. 4, p. 268 *apud* ZAVASCKI, *Eficácia das sentenças...*, 2001, p. 29).

6.5 Embargos de divergência no recurso extraordinário

O recurso de embargos de divergência, previsto no art. 546 do CPC¹⁷⁶⁸, na redação conferida pela Lei n.º 8.950/94, é cabível de decisões proferidas em recurso especial ou extraordinário, cujo teor seja divergente de decisões de outras turmas, da seção, do plenário ou de órgão especial. Não se trata, portanto, de recurso “constitucionalizado”, tais como os recursos extraordinário e especial¹⁷⁶⁹, senão um recurso previsto na legislação infraconstitucional, o que não diminui a sua importância.

O procedimento desse recurso é estabelecido pelo regimento interno dos respectivos tribunais, nos termos do parágrafo único do art. 546 do CPC¹⁷⁷⁰. A sua função precípua jurídico-processual é a de uniformizar a jurisprudência interna dos tribunais superiores¹⁷⁷¹, razão pela qual, para ser admitido o recurso de embargos de divergência, é necessária a demonstração analítica da existência da divergência¹⁷⁷². Em linha de princípio, para o exame da sua admissibilidade, pouco importa o acerto ou desacerto da decisão proferida no âmbito dos recursos especial ou extraordinário¹⁷⁷³.

Somente é embargável decisão de turma em sede de recurso especial ou extraordinário, podendo ser adotado, como acórdão-paradigma, acórdão de turma, de seção, do órgão especial e do Pleno, sempre do mesmo tribunal e do mesmo grau de cognição.

¹⁷⁶⁸ A origem histórica do recurso de embargos de divergência provém do CPC de 1939, quando, a partir de 1949, por força da Lei n.º 623, de 19.01.1949, foi introduzido o parágrafo único do art. 833, com a seguinte redação: “Além de outros casos admitidos em lei, são embargáveis, no Supremo Tribunal Federal, as decisões das Turmas, quando divergirem entre si, ou de decisão tomada pelo Tribunal Pleno”. Trata-se de modalidade recursal que desempenha a mesma função reservada ao recurso de revista previsto no art. 853 do CPC de 1939.

¹⁷⁶⁹ O Código de Processo Civil vigente suprimiu a revista e o prejudgado previstos pelo CPC de 1939 (art. 891) ao adotar o instituto da uniformização da jurisprudência.

¹⁷⁷⁰ RISTF, arts. 330 a 336; e RISTJ, arts. 266 e 267.

¹⁷⁷¹ WAMBIER, *Recurso especial...*, 2008, p. 337.

¹⁷⁷² STJ, Ag. Reg. nos EREsp. 6186-SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 18.12.1991, DJ 24.02.1992. A propósito, tem-se entendido aplicar por analogia o disposto no art. 255, § 2.º, do Regimento Interno, a exigir a transcrição dos trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Embargos de divergência perante o Superior Tribunal de Justiça: conceito de semelhança: o que interessa é o fato jurídico nuclear, desimportando diferenças irrelevantes do ponto de vista jurídico: exame lógico do problema: admissibilidade do recurso interposto à luz dos princípios que regem a matéria. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 131, p. 165-172, jan. 2006. p. 167).

¹⁷⁷³ SHIMURA, Sergio Seiji. Embargos de divergência. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 414-427. p. 416.

Portanto, não cabem embargos de divergência contra decisão de relator que nega seguimento ou dá provimento a recurso especial ou extraordinário, por se tratar de decisão monocrática¹⁷⁷⁴. No entanto, se houver recurso de agravo interno ou regimental, interposto de decisão monocrática em recurso especial ou extraordinário, com base no art. 557, § 1.º-A, do CPC, serão admissíveis os embargos de divergência porque se estará diante de decisão colegiada no âmbito dos recursos referidos¹⁷⁷⁵, razão pela qual acabou sendo cancelado o enunciado da Súmula 599 do STF¹⁷⁷⁶, entendimento este que corrigiu uma distorção da jurisprudência do STF¹⁷⁷⁷, passando a estar em consonância com a orientação do STJ, de acordo com a Súmula 316¹⁷⁷⁸.

Especificamente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, para cabimento do recurso em questão, deve haver divergência entre a decisão da turma e decisão de outra turma ou do plenário. Há jurisprudência consolidada no sentido de que “não são cabíveis embargos de divergência quando o acórdão-padrão, utilizado para demonstrar o dissídio jurisprudencial, haja emanado da própria Turma que, com composição substancialmente idêntica, tenha proferido a decisão objeto do recurso”¹⁷⁷⁹, consoante o enunciado da Súmula n.º 353 do STF¹⁷⁸⁰. No entanto, a Corte Suprema vem amenizando, com o passar do tempo, a exigência da chamada “diversidade orgânica”. Nesse sentido, tem-se entendido que é possível interpor recurso de embargos de divergência quando o acórdão-paradigma seja proferido pela mesma turma, a despeito do art. 330 do RISTF aludir “julgado de outra Turma”, desde que seja

¹⁷⁷⁴ Portanto, discorda-se da posição sustentada por Milton Luiz Pereira, no seguinte artigo: PEREIRA, Milton Luiz. Embargos de divergência contra decisão lavrada por relator. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 101, p. 81-87, jan. /mar. 2001. p. 81-87.

¹⁷⁷⁵ Nesse sentido é a posição defendida por Arruda Alvim (ARRUDA ALVIM, José Manuel. Cabimento de embargos de divergência contra acórdão (de mérito) de Turma, proferido em agravo regimental, tirado de decisão de relator de recurso extraordinário: imprescindibilidade de uma releitura da súmula 599/STF. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 144, p. 9-22, fev. 2007. p. 9-22).

¹⁷⁷⁶ Súmula 599 do STF: “São incabíveis embargos de divergência de decisão de turma em agravo regimental”. O precedente que resultou no cancelamento do enunciado da Súmula em questão foi o seguinte: STF, Pleno, AgRg nos EDv nos ED no AgRg no RE 285.093-4/MG, rel. Min. Ellen Gracie, rel. para acórdão Min. Marco Aurélio, j. em 26.04.2007, *DJE* 27.03.2008.

¹⁷⁷⁷ A distorção era simples: se o recurso extraordinário fosse julgado pela turma, caberiam os embargos de divergência. No entanto, se o mesmo recurso fosse julgado monocraticamente, por força do art. 557 do CPC, mesmo sendo interposto o agravo regimental, além de o recorrente não poder realizar sustentação oral, ainda assim era privado da possibilidade de interpor o recurso de embargos de divergência.

¹⁷⁷⁸ Súmula n.º 316 do STJ: “Cabem embargos de divergência contra acórdão que, em agravo regimental, decide recurso especial”.

¹⁷⁷⁹ STF, Pleno, EDv no RE 113.259-1-MG, rel. Min. Celso de Mello, j. 21.10.1994, *DJU* de 03.02.1995, p. 1.023.

¹⁷⁸⁰ Súmula n.º 353 do STF: “São incabíveis os embargos da Lei 623, de 19/2/1949, com fundamento em divergência entre decisões da mesma turma do Supremo Tribunal Federal”.

prolatado por ministros que não mais integram o tribunal, ou seja, quando é alterada a maioria da sua composição¹⁷⁸¹.

Note-se que a divergência apenas pode existir no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal, pois a divergência jurisprudencial, tecnicamente, somente ocorre entre tribunais de igual estatura, e não entre um tribunal ordinário e aquele a quem incumbe unificar a interpretação, seja do direito constitucional, seja do direito federal infraconstitucional¹⁷⁸².

Como se trata de recurso que visa à harmonização da jurisprudência, tendo por objeto assegurar a estabilidade na aplicação do direito, o dissenso deve existir e, ainda assim, ser atual¹⁷⁸³, não se admitindo embargos de divergência contra jurisprudência assentada¹⁷⁸⁴, na linha do enunciado da Súmula n.º 247 do STF¹⁷⁸⁵. Assim, compete ao recorrente demonstrar, nas suas razões recursais, a existência da divergência mediante confronto analítico e explícito entre o acórdão-paradigma – note-se que a decisão monocrática também não serve para justificar dissenso jurisprudencial – e o acórdão do caso em exame, expondo a necessidade de uniformizar a orientação que se mantém divergente. Para tanto, é necessário que as realidades e situações fáticas narradas sejam coincidentes nas duas decisões cotejadas. Exigem-se, em síntese, a similitude fática, por um lado, e a dissidência jurídica, de outro¹⁷⁸⁶.

Ao fim e ao cabo, a decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, que tem competência para o julgamento do recurso¹⁷⁸⁷, terá o propósito de constituir precedentes representativos do entendimento da Corte como um todo, e não de órgãos fracionários, na matéria constitucional inerente ao recurso extraordinário, a fim de assegurar, sobretudo, os fundamentos determinantes da teoria dos precedentes, evitando o dissenso intestino e zelando pela sua credibilidade, o que vem ao encontro da função político-jurídica dos embargos de divergência.

¹⁷⁸¹ STF, Pleno, EDv. no RE 79.752/DF, rel. Min. Moreira Alves, j. 01.12.1977, *DJ* 31.03.1978; STF, Pleno, EDv no RE 103.792-0, rel. Min. Paulo Brossard, j. 07.10.1994, *DJ* de 09.12.1994, p. 34.083; e STF, Pleno EDv no RE 107.337/RJ, rel. Min. Francisco Rezek, rel. para acórdão Min. Ilmar Galvão, j. 20.02.1992, *DJ* de 08.06.2001, p. 00023.

¹⁷⁸² MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, 2010, p. 387.

¹⁷⁸³ SHIMURA, *Embargos de divergência*, 1997, p. 422.

¹⁷⁸⁴ STF, Pleno, EDv no RE 213.583, rel. Min. Cezar Peluso, j. 17.03.2008, *DJE* de 05.06.2008.

¹⁷⁸⁵ Súmula n. 247 do STF: “O relator não admitirá os embargos da Lei 623, de 19.02.1949, nem deles conhecerá o Supremo Tribunal Federal, quando houver jurisprudência firme do Plenário no mesmo sentido da decisão embargada”.

¹⁷⁸⁶ SHIMURA, *Embargos de divergência*, 1997, p. 423.

¹⁷⁸⁷ Art. 336 do RISTF.

6.6 Superação dos precedentes no âmbito da Corte

O Supremo Tribunal Federal tem demonstrado, tanto em controle concentrado quanto no controle difuso de constitucionalidade, a necessidade da implantação da cultura do respeito aos precedentes e da imposição da obediência a eles. É natural que assim o seja. Ao menos deveria sê-lo, para que a Corte Suprema se fortalecesse como guardiã da Carta Magna. Ora, o juiz brasileiro detém enorme poder por ter a possibilidade de exercer o controle difuso de constitucionalidade. Em contrapartida, para que se mantenha coerência na aplicação do direito constitucional em toda a federação, as decisões do Supremo Tribunal Federal devem funcionar como autênticos precedentes vinculantes, sob pena de ser cancelado o verdadeiro caos na interpretação da Constituição Federal.

Na análise desenvolvida, restou evidente que um sistema de precedentes, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, é uma necessidade inafastável, visto que diz respeito ao controle de constitucionalidade, tanto difuso como concentrado, estando em jogo, nada mais, nada menos, a própria afirmação judicial do significado da Constituição.

Entre os diferentes aspectos desse sistema, interessa especialmente a superação dos precedentes no âmbito do controle difuso de inconstitucionalidade, por meio do recurso extraordinário, em razão da multiplicidade de recursos cuja solução transcende os seus efeitos além das partes em litígio.

No exame a ser realizado, existem dois aspectos principais a examinar: 1) a motivação necessária na aplicação e superação dos precedentes judiciais; e 2) os efeitos da alteração da jurisprudência.

Quanto ao primeiro ponto, a superação dos precedentes exige fundamentação adequada e específica, sob pena de violação ao princípio constitucional da igualdade (CF, art. 5.º, *caput*)¹⁷⁸⁸ e da segurança jurídica (CF, art. 1.º), além da própria disposição constitucional que assegura o princípio da motivação ou fundamentação (CF, art. 93, incisos IX e X). Isso

¹⁷⁸⁸ O Tribunal Constitucional espanhol entende, com base no princípio da igualdade (art. 14 da Constituição espanhola), que mudança de orientação jurisprudencial exige modificação adequada, sob pena de nulidade da decisão infratora (XIOU RÍOS, *El precedente judicial...*, 2005, p. 33-66).

porque o Supremo Tribunal Federal está obrigado diante de suas próprias decisões, “pois apenas pode revogá-las quando for capaz de expressar fundamentação suficiente a evidenciar que o precedente perdeu a sua razão de ser em face da alteração da realidade social, da modificação dos valores, da evolução da tecnologia ou da alternância da concepção do direito”¹⁷⁸⁹. Assim não sendo, a decisão é acoimada de inconstitucional, estando apta a parte a interpor o recurso extraordinário constitucional, até porque os princípios são deontológicos e não meramente axiológicos.

Não se pode dizer que essas questões caracterizariam violação indireta à Constituição Federal, insuscetível, portanto, de conhecimento pelo Supremo Tribunal Federal. Como regra, sabe-se que a ofensa à Constituição deve ser direta e frontal, e não indireta ou reflexa, como ocorre nos casos em que um determinado ato normativo viole antes a lei¹⁷⁹⁰. Porém, em alguns casos, o Supremo Tribunal Federal tem conhecido de recurso extraordinário, embora fosse possível caracterizar violação primária ao ordenamento infraconstitucional e apenas indireta à Constituição. Trata-se da hipótese de violação de normas processuais ordinárias em que o recorrente invoca afronta ao direito fundamental ao devido processo legal, por exemplo¹⁷⁹¹. Acertadamente, a Segunda Turma da Corte tem decidido, por maioria, que violações graves a esse princípio justificam o controle pela via extraordinária¹⁷⁹².

¹⁷⁸⁹ MARINONI, Eficácia vinculante..., 2010, p. 36.

¹⁷⁹⁰ STF, 2.^a T., RE 119.236-SP, DJ 05.03.93, p. 2.899, rel. Min. Carlos Velloso: “A ofensa à Constituição, que autoriza o recurso extraordinário, é a ofensa frontal e direta. Se, para provar a contrariedade à Constituição, tem-se, antes, de demonstrar a ofensa à lei ordinária, é esta que conta para a admissibilidade do recurso”.

¹⁷⁹¹ Sérgio Luís Wetzel de Mattos registra a devida crítica ao entendimento adotado como regra pelo STF: “Tenha-se presente, no entanto, que, com a *tese da ofensa direta e reflexa*, a concretização legislativa dos princípios constitucionais, de modo geral, e do direito fundamental ao devido processo legal, de modo particular, não pode ser controlada pelo Supremo Tribunal Federal, que é o guardião da Constituição (art. 102). Veja-se, ‘de um lado, que os princípios jurídicos instituem uma *tarefa de concretização (Konkretisierungsauftrag)*; e, de outro lado, que eles, às vezes, ‘*somente em consequência da interpretação das referidas interpretações legislativas*’ [...] podem ser concretizados’. Neste contexto, ‘o Supremo Tribunal Federal abre mão de investigar uma enorme - e importante - parte da concretização dos princípios’. *Com a tese da ofensa direta e reflexa, o STF deixa de investigar a concretização do direito fundamental ao devido processo legal*” (MATTOS, *Devido processo legal...*, 2009, p. 191-192).

¹⁷⁹² STF, 2.^a T., RE 242.064-SC, DJ 24.08.2001, p. 063, rel. Min. Marco Aurélio: “A intangibilidade do preceito constitucional que assegura o devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da tese de que a ofensa à Carta Política da República suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal apreciar a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora se torne necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito: o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais”.

Em relação ao segundo ponto, como regra, os efeitos da superação dos precedentes são retroativos, na medida em que a atividade do julgador refere-se a fatos pretéritos. Na hipótese do controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, os efeitos retroativos das suas decisões decorrem ainda da natureza declaratória da decisão de inconstitucionalidade, que apenas reconhece (declara) a invalidade do ato inconstitucional desde a sua origem, o que corresponde à tese da nulidade da norma inconstitucional. Nesses casos, o Poder Judiciário apenas afirma (declara) situação preexistente, ou seja, a lei já era inconstitucional quando foi editada¹⁷⁹³.

Entretanto, há situações em que se devem adotar os efeitos prospectivos¹⁷⁹⁴, pois a atuação do órgão jurisdicional não pode ser indiferente à posição jurídica dos particulares que procederam de acordo com a orientação anteriormente adotada na matéria¹⁷⁹⁵. De um modo geral, o Supremo Tribunal Federal tem demonstrado preocupação de preservar a segurança jurídica em diferentes julgados¹⁷⁹⁶. Conforme destacou o Min. Gilmar Mendes, “muitas vezes, a aplicação continuada de uma lei por diversos anos torna quase impossível a declaração de sua nulidade, recomendando a adoção de alguma técnica alternativa, com base

¹⁷⁹³ BUZAID, Alfredo. *Ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 136-138. A propósito, Nelson Nery Jr. ressalta: “Quando o juiz ou tribunal proclama a inconstitucionalidade apenas reconhece situação preexistente, razão por que a natureza dessa decisão é eminentemente *declaratória*. Em sendo assim, sua eficácia é naturalmente *ex tunc*, produzindo efeitos para o passado, anulando tudo aquilo que tiver sido praticado sob fundamento na lei inconstitucional. Essa é regra geral sobre declaração de inconstitucionalidade, quer se trate de controle (difuso), quer de controle abstrato (concentrado)” (NERY JUNIOR, Boa-fé objetiva..., 2008, p. 97).

¹⁷⁹⁴ Coerentemente com a sua teoria da anulabilidade, Hans Kelsen, ao abordar o resultado do controle de constitucionalidade, destaca: “Em todo caso, seria bom, no interesse da mesma segurança jurídica, não atribuir em princípio nenhum efeito retroativo à anulação das normas gerais, pelo menos no sentido de deixar subsistirem todos os atos jurídicos anteriormente produzidos com base na norma em questão. Mas esse mesmo interesse não existe no caso dos fatos anteriores à anulação que, no momento em que a anulação se produz, ainda não foram objeto de nenhuma decisão de uma autoridade pública e que, se fosse excluído qualquer efeito retroativo da sentença de anulação, deveriam sempre ser julgados de acordo com esta – pois a norma geral só é anulada *pro futuro*, isto é, para os fatos posteriores à anulação. A seqüência mostrará que essa retroatividade limitada é mesmo necessária em certa organização do procedimento do controle de constitucionalidade” (KELSEN, *Jurisdição constitucional*, 2003, p. 171).

¹⁷⁹⁵ É o que ressalta Luís Roberto Barroso: “Quando uma corte de justiça, notadamente o Supremo Tribunal Federal, toma a decisão grave de reverter uma jurisprudência consolidada, não pode nem deve fazê-lo com indiferença em relação à segurança jurídica, às expectativas de direito por ele próprio geradas, à boa-fé e à confiança dos jurisdicionados” (BARROSO, *O controle...*, 2009, p. 78).

¹⁷⁹⁶ Destacam-se as seguintes ementas: “PROCESSO - ORGANICIDADE E DINÂMICA. Defeso é voltar-se, sem autorização normativa, a fase ultrapassada. A época de liquidação de precatório não enseja rediscussão do título executivo judicial. Óptica diversa implica olvidar a organicidade e a dinâmica do Direito, alçando o Estado a posição que não o dignifica. Paga-se um preço por viver-se em um Estado Democrático de Direito e nele encontra-se a estabilidade das relações jurídicas, a segurança jurídica, ensejadas pela preclusão” (STF, DJ 01.12.00, p. 74, AgRg no AI 249.470-BA, Rel. Min. Marco Aurélio; e “[...] Contemplando a lei nova a preservação do direito não só daqueles que, à época, já eram beneficiários como também o daqueles empregados admitidos na respectiva vigência, forçoso é entender-se pela homenagem à almejada segurança

no próprio princípio constitucional da segurança jurídica. Aqui, o princípio da nulidade deixaria de ser aplicado com base no princípio da segurança jurídica”¹⁷⁹⁷.

Pode-se dizer, por conseguinte, que há uma tendência universal, nos mais diversos sistemas constitucionais, em construir técnicas alternativas de decisão tanto no controle concentrado como no controle difuso de constitucionalidade, principalmente em razão da necessidade de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional e o princípio da segurança jurídica¹⁷⁹⁸. Assim, além das conhecidas técnicas de interpretação

jurídica, afastada a surpresa decorrente da modificação dos parâmetros da relação mantida, no que julgado procedente o pedido formulado na ação” (STF, DJ 12.06.98, p. 65, RE 168.046-SP, rel. Min. Marco Aurélio).
¹⁷⁹⁷ Cf. voto-vista na ADI 2.240-BA, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 03.08.2007.

¹⁷⁹⁸ Destaca-se, a propósito, trecho do voto-vista do Min. Gilmar Ferreira Mendes, na ADIn n.º 2.240/BA (Informativo n.º 467, de maio de 2007): “Esse é um dado que deve ser devidamente equacionado. O princípio da nulidade da lei inconstitucional também tem um peso elevado no caso, o que torna inevitável o recurso à técnica da ponderação. Essa necessidade de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional e o princípio da segurança jurídica constitui o *leitmotiv* para o desenvolvimento de técnicas alternativas de decisão no controle de constitucionalidade. O recurso a técnicas inovadoras de controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral tem sido cada vez mais comum na realidade do direito comparado, na qual os tribunais não estão mais afeitos às soluções ortodoxas da declaração de nulidade total ou de mera decisão de improcedência da ação com a consequente declaração de constitucionalidade. Em estudo sobre a doutrina da declaração prospectiva da ineficácia das leis inconstitucionais, García de Enterría bem demonstra que essa modalidade de decisão no controle de constitucionalidade decorre de uma necessidade prática comum a qualquer jurisdição de perfil constitucional. [...] É interessante notar que, nos próprios Estados Unidos da América, onde a doutrina acentuava tão enfaticamente a idéia de que a expressão ‘lei inconstitucional’ configurava uma *contradictio in terminis*, uma vez que ‘the unconstitutional statute is not law at all’, passou-se a admitir, após a Grande Depressão, a necessidade de se estabelecerem limites à declaração de inconstitucionalidade. A Suprema Corte americana considerou o problema proposto pela eficácia retroativa de juízos de inconstitucionalidade a propósito de decisões em processos criminais. [...] Segundo a doutrina, a jurisprudência americana evoluiu para admitir, ao lado da decisão de inconstitucionalidade com efeitos retroativos amplos ou limitados (*limited retrospectivity*), a superação prospectiva (*prospective overruling*), que tanto pode ser limitada (*limited prospectivity*), aplicável aos processos iniciados após a decisão, inclusive ao processo originário, como ilimitada (*pure prospectivity*), que sequer se aplica ao processo que lhe deu origem. Vê-se, pois, que o sistema difuso ou incidental mais tradicional do mundo passou a admitir a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, em casos determinados, acolheu até mesmo a pura declaração de inconstitucionalidade com efeito exclusivamente pro futuro. No direito português, reconhece-se expressamente a possibilidade de o Tribunal Constitucional limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos no art. 282, (4), da Constituição. [...] Deve-se anotar que, além de razões estritamente jurídicas - segurança jurídica e equidade -, o constituinte português consagrou, aparentemente, uma cláusula justificadora da limitação de efeito também de caráter político - o interesse público de excepcional relevo. [...] Na Espanha, embora nem a Constituição nem a lei orgânica do Tribunal Constitucional tenham adotado expressamente uma declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritos, a Corte Constitucional, marcadamente influenciada pela experiência constitucional alemã, passou a adotar, desde 1989, a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, como reportado por Garcia de Enterría. [...] Essa sucinta análise do direito comparado demonstra uma forte tendência no sentido da universalização de alternativas normativas ou jurisprudenciais em relação à técnica de nulidade. Pode-se dizer que, independentemente do modelo de controle adotado, de perfil difuso ou concentrado, a criação de técnicas alternativas é comum aos mais diversos sistemas constitucionais. Também o Tribunal da Comunidade europeia e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos curvaram-se à necessidade de adoção de uma técnica alternativa de decisão. É certo, outrossim, que esse desenvolvimento se faz com base em previsões constitucionais ou legais expressas ou implícitas ou, ainda, com base em simples opção de política judiciária, como se reconhece nos Estados Unidos. Em muitos casos, como visto, a adoção de uma declaração de inconstitucionalidade mitigada decorreu de construção pretoriana. São os exemplos da Alemanha, na fase inicial, e da Espanha. Nesses dois sistemas, dominava a idéia do princípio da nulidade como princípio constitucional não-escrito (§ 78 da Lei da

conforme a Constituição, declaração de nulidade parcial sem redução de texto, ou da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, têm sido utilizadas técnicas de limitação ou restrição de efeitos da decisão. Desse modo, permite-se que a declaração de inconstitucionalidade opere efeitos *pro futuro* a partir da decisão ou de outro momento que venha a ser determinado pelo tribunal, como se a decisão tivesse natureza de anulabilidade¹⁷⁹⁹.

Por essas razões, o Supremo Tribunal Federal está aplicando, considerada a reserva constitucional de plenário, o art. 27 da Lei n.º 9.868/99 tanto aos casos de controle incidental¹⁸⁰⁰ como de controle abstrato¹⁸⁰¹, quer por invocação analógica do dispositivo legal,

Corte Constitucional alemã; art. 39 da Lei Orgânica da Corte Constitucional espanhola). Essa orientação, todavia, não impediu que, em casos determinados, ambas as Cortes constitucionais se afastassem da técnica da nulidade e passassem a desenvolver fórmulas alternativas de decisão. Em outras palavras, a admissão formal do princípio da nulidade não impediu a adoção de técnica alternativa de decisão naqueles casos em que a nulidade poderia revelar-se inadequada (v.g. casos de omissão parcial) ou trazer conseqüências intoleráveis para o sistema jurídico (ameaça de caos jurídico ou situação de insegurança jurídica). Ressalte-se, ainda, que a evolução das técnicas de decisão em sede de controle judicial de constitucionalidade deu-se no sentido da quase integral superação do sistema que Canotilho denominou de ‘silogismo tautológico’: (1) uma lei inconstitucional é nula; (2) uma lei é nula porque inconstitucional; (3) a inconstitucionalidade reconduz-se à nulidade e a nulidade à inconstitucionalidade). Tal como demonstrado, a técnica da nulidade revela-se adequada para solver as violações das normas constitucionais de conteúdo negativo ou proibitivo (v.g., direitos fundamentais enquanto direitos negativos), mas mostra-se inepta para arrostar o quadro de imperfeição normativa, decorrente de omissão legislativa parcial ou da lesão ao princípio da isonomia. Assente, igualmente, que o princípio da segurança jurídica é um valor constitucional relevante tanto quanto a própria idéia de legitimidade. Resta evidente que a teoria da nulidade não poderia ser aplicada na linha do velho adágio ‘fiat justitia, pereat mundus’. Não se poderia declarar a nulidade de uma lei que pudesse importar na criação de um caos jurídico ou, em casos extremos, produzir aquilo que alguém chamou de um ‘suicídio democrático’, cujo melhor exemplo seria a declaração de nulidade de uma lei eleitoral de aplicação nacional a regular a posse dos novos eleitos. Restou, assim, superada, por fundamentos diversos, a fórmula apodítica ‘constitucionalidade/nulidade’ anteriormente dominante. Não se poderia negar que muitas situações imperfeitas de uma perspectiva constitucional dificilmente seriam superadas com a simples utilização da declaração de nulidade. Essa tendência, no sentido da adoção cada vez maior de técnicas diferenciadas de decisão no controle de constitucionalidade, é também resultado da conhecida relativização do vetusto dogma kelseniano do ‘legislador negativo’. [...] Assim, além das muito conhecidas técnicas de interpretação conforme a Constituição, declaração de nulidade parcial sem redução de texto, ou da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, aferição da ‘lei ainda constitucional’ e do apelo ao legislador, são também muito utilizadas as técnicas de limitação ou restrição de efeitos da decisão, o que possibilita a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *pro futuro* a partir da decisão ou de outro momento que venha a ser determinado pelo tribunal. [...] Nesse contexto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem evoluído significativamente nos últimos anos, sobretudo a partir do advento da Lei n.º 9.868/99, cujo art. 27 abre ao Tribunal uma nova via para a mitigação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade. A prática tem demonstrado que essas novas técnicas de decisão têm guarida também no âmbito do controle difuso de constitucionalidade”.

¹⁷⁹⁹ A projeção dos efeitos para um determinado momento no futuro é chamada, no Direito anglo-americano, de “*prospective-prospective*” (LLOYD; FREEMAN, *Lloyd’s introduction...*, 1985, p. 1.138).

¹⁸⁰⁰ Cf. RE 197.917, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 07.05.2004. Destaca-se o seguinte excerto da ementa do acórdão: “Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade”. No mesmo sentido: STF, Pleno, HC 82959-SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 23.2.2006, m.v., DJU 1º.9.2006, p. 18.

¹⁸⁰¹ Cf. ADI 3.022/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 18.08.2004.

quer sem referência a ele. Essa hipótese excepciona a regra geral sobre decisões declaratórias, como é o caso das que reconhecem a inconstitucionalidade de leis e de atos normativos, cuja eficácia é retroativa (*ex tunc*).

Nesses casos de aplicação prospectiva, a lei inconstitucional não seria nula propriamente, mas meramente anulável. Em outras palavras, a inconstitucionalidade não geraria uma nulidade, mas tão somente a anulabilidade do ato. Por conseguinte, a decisão que a reconhece teria natureza constitutivo-negativa e produziria apenas efeitos *ex nunc*¹⁸⁰², como ordinariamente ocorre na tutela constitutiva, vocacionada a produzir efeitos jurídicos ao futuro¹⁸⁰³.

Esse entendimento tem sido aplicado inclusive às hipóteses de alteração de jurisprudência, privilegiando-se a segurança jurídica, como ocorreu, ilustrativamente, no exame do regime de fidelidade partidária¹⁸⁰⁴. Semelhantemente, o Supremo Tribunal Federal, no exame da matéria atinente à importação de pneus usados, ressaltou expressamente que a nova orientação não se aplicaria às decisões anteriormente proferidas, julgamento este realizado em sede de arguição de preceito fundamental, utilizada, de forma inédita, em razão da existência de divergência jurisprudencial¹⁸⁰⁵.

¹⁸⁰² A tese da anulabilidade da lei inconstitucional e do caráter constitutivo negativo da decisão que reconhece a inconstitucionalidade foi defendida por Hans Kelsen (KELSEN, *Jurisdição constitucional*, 2003, p. 170-173), mas não teve adesão expressiva da doutrina e tampouco dos ordenamentos positivos.

¹⁸⁰³ DINAMARCO, *Instituições...*, 2009, v. 3, p. 261.

¹⁸⁰⁴ STF, Pleno, MS 26.604-DF, *DJU* 3. out. 2008, rel. Min. Cármen Lúcia: “[...] 10. Razões de segurança jurídica, e que se impõem também na evolução jurisprudencial, determinam seja o cuidado novo sobre tema antigo pela jurisdição concebido como forma de certeza e não causa de sobressaltos para os cidadãos. Não tendo havido mudanças na legislação sobre o tema, tem-se reconhecido o direito de o Impetrante titularizar os mandatos por ele obtidos nas eleições de 2006, mas com modulação dos efeitos dessa decisão para que se produzam eles a partir da data da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n. 1.398/2007”.

¹⁸⁰⁵ Em 11.3.2009, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou parcialmente procedente pedido formulado em arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF n.º 101), ajuizada pelo Presidente da República, e declarou inconstitucionais, com efeitos *ex tunc*, as interpretações, incluídas as judicialmente acolhidas, que permitiram ou permitem a importação de pneus usados de qualquer espécie, aí insertos os remoldados. No entanto, ficaram ressalvados os provimentos judiciais transitados em julgado, com teor já executado e objeto completamente exaurido. Entendeu-se, em síntese, que, apesar da complexidade dos interesses e dos direitos envolvidos, a ponderação dos princípios constitucionais revelaria que as decisões que autorizaram a importação de pneus usados ou remoldados teriam afrontado os preceitos constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado e, especificamente, os princípios que se expressam nos artigos 170, I e VI, e seu parágrafo único, 196 e 225, todos da CF (“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”). Restou vencido o Min. Marco Aurélio que julgava o pleito improcedente. O interessante, nesse caso, é que o Supremo Tribunal Federal entendeu que a divergência jurisprudencial justifica a apreciação da matéria em ADPF, quando se trata de questões como as referentes à saúde pública, que é

Isso não significa que a regra geral da retroatividade das decisões de recurso extraordinário, por exemplo, tenha sido modificada. A fixação do *dies a quo* de forma diversa, ilustrativamente, a partir do trânsito em julgado do acórdão (efeitos *ex tunc*), constitui-se em exceção a ser ponderada no caso concreto e, como tal, deve ser tratada¹⁸⁰⁶.

Em suma, conclui-se que o Supremo Tribunal Federal já deu mostras de que é possível modular os efeitos dos precedentes na hipótese de sua superação, inclusive no controle difuso de constitucionalidade. No entanto, resta um longo caminho ainda a trilhar quanto à consolidação de uma prática que conduza a uma evolução racional da sua jurisprudência, pois raramente se verifica a observância, por exemplo, da carga de fundamentação, a fim de que seja exposta, de forma suficiente e razoável, a mudança de critério com base no próprio sistema normativo. Entende-se que a observância desse cânone e dos demais propostos neste trabalho possa contribuir positivamente para esse fim.

Por derradeiro, convém ressaltar um ponto importante. No exercício de suas funções, a Corte Suprema precisa respeitar os seus julgados, mantendo-se atrelada aos critérios que foram utilizados e explicitados em situações similares, para que os demais órgãos subordinados também o façam. Ademais, a aplicação dos seus precedentes deve ser buscada de acordo com os casos concretos e com o contexto em que foram produzidos, não sendo aceitável uma prática que se contente com o sentido imanente do texto de ementas ou enunciados. Somente assim, estará sendo construída uma jurisprudência que permita controle e racionalidade expositiva das decisões judiciais.

objeto de norma constitucional. A decisão foi tomada pela maioria absoluta da Corte, que acompanhou o excelente voto da Ministra Carmem Lúcia, considerando que a segurança jurídica é preceito fundamental cuja violação justifica a utilização da ADPF. Citando o ministro Gilmar Mendes, a relatora ressaltou que decisões judiciais controversas e “incongruências hermenêuticas podem configurar ameaça a preceito fundamental. Assim, a ADPF é perfeitamente admissível para garantir a segurança jurídica e evitar a multiplicação de decisões contraditórias.” Embora a matéria já tivesse sido suscitada pontualmente no passado, foi a primeira vez que, em discussão amplamente divulgada, a Corte suprema reconheceu que, havendo sérias divergências jurisprudenciais, a ADPF é o instrumento adequado para garantir a segurança jurídica por ser integrante das garantias do Estado de Direito. Como já se tinha salientado, em decisões anteriores e na melhor doutrina, o princípio da segurança jurídica é uma das vigas-mestras do Estado de Direito (Informativo STF n.º 538, de 9 a 13 de março de 2009, e Informativo STF n.º 552, de 22 a 26 de junho de 2009).

¹⁸⁰⁶ STF, 2.ª T., AgRgRE 497.403-7-RJ, rel. Min. Celso de Mello, j. 13.2.2007, v.u., DJU 23.3.2007, p. 141.

7 PRECEDENTES PERANTE O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Da mesma forma, interessa examinar os principais instrumentos que permitem constituir precedentes perante o Superior Tribunal de Justiça, com o objetivo de analisar o tratamento que a eles se tem conferido, principalmente na hipótese de sua superação.

7.1 Perfil histórico da Corte

O Superior Tribunal de Justiça foi instituído em razão da promulgação da Constituição Federal de 1988, tendo assumido a competência, até então do Supremo Tribunal Federal, do exame da chamada questão federal, tendo a missão de minimizar a crise vivenciada pelo Pretório Excelso¹⁸⁰⁷.

A sua função é zelar pela integridade do direito federal infraconstitucional, assegurando-lhe validade e uniformidade de entendimento, razão pela qual sua jurisdição é exercida em todo o território nacional (art. 92, § 2.º, da CF). Para tanto, tal como o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça pode exercer competência originária (art. 105, I), ordinária (art. 105, II) e especial (art. 105, III). Neste último caso, a função exercida é de órgão de sobreposição, voltado à uniformização da interpretação e aplicação do direito infraconstitucional federal em todo o território nacional, assumindo feição semelhante daquela que a Corte de Cassação francesa assumiu com o passar do tempo¹⁸⁰⁸.

A função exercida pelo Superior Tribunal de Justiça, como órgão de cúpula da Justiça Comum¹⁸⁰⁹, é dúplice: a interpretação correta do direito, a denominada função nomofilática, e o controle da unidade do direito aplicado na atividade judicial, evitando que

¹⁸⁰⁷ CARNEIRO, *Recurso especial...*, 2001, p. 3; TEIXEIRA, *O recurso especial...*, 1990, p. 8. Destaca-se que José Afonso da Silva já propugnava, em 1963, em clássica obra, a criação de mais um Tribunal Superior, a fim de dividir a atividade jurisdicional desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal, o qual, segundo o autor, deveria denominar-se “Tribunal Superior de Justiça”, voltado à análise da contrariedade da legislação infraconstitucional, o que indubitavelmente resolveria “a crise do Supremo”, pois mais de 60% do serviço diminuiria (SILVA, *Do recurso extraordinário...*, 1963, p. 456).

¹⁸⁰⁸ MARINONI, *Aproximação crítica...*, 2009, p. 204.

¹⁸⁰⁹ TEIXEIRA, *O recurso especial...*, 1990, p. 9.

cada Estado da Federação trate da lei federal a seu gosto. O fundamento de ambas é o mesmo: a uniformidade da aplicação do direito em estreita relação com o princípio da segurança jurídica¹⁸¹⁰. Em ambas, a decisão da Corte transcende o interesse das partes, projetando o entendimento e a inteligência da legislação federal para toda a sociedade.

Destaca-se que a sua estrutura centralizada, no cume de uma organização piramidal, permite atender a uniformidade do entendimento jurisprudencial na sua área de competência, visando a conferir segurança jurídica e igualdade na prestação jurisdicional. Portanto, diferentemente de outros sistemas, a organização judiciária brasileira, própria de um Estado federado, tem a concepção adequada para o atendimento da sua função precípua.

Cumprir examinar, a partir desse ponto, as súmulas editadas pelo Superior Tribunal de Justiça, o recurso especial, os embargos de divergência e, por fim, a disciplina dos recursos repetitivos, para que tenhamos um bom panorama da aplicação dos precedentes no âmbito da Corte.

7.2 Súmulas persuasivas

O Superior Tribunal de Justiça está autorizado a adotar súmulas em virtude de incidente de uniformização de jurisprudência, tal como disposto no art. 479 do CPC, mas também como resultado de decisões proferidas por unanimidade pela Corte Especial ou por uma Seção, em um caso, ou por maioria absoluta em, pelo menos, dois julgamentos concordantes, conforme disposto no art. 122 do seu Regimento Interno¹⁸¹¹.

¹⁸¹⁰ SORIANO, *El precedente judicial*, 2002, p. 173.

¹⁸¹¹ “Art. 122. A jurisprudência firmada pelo Tribunal será compendiada na Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

“§ 1.º Será objeto da súmula o julgamento tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram a Corte Especial ou cada uma das Seções, em incidente de uniformização de jurisprudência. Também poderão ser inscritos na súmula os enunciados correspondentes às decisões firmadas por unanimidade dos membros componentes da Corte Especial ou da Seção, em um caso, ou por maioria absoluta em pelo menos dois julgamentos concordantes.

“§ 2.º A inclusão da matéria objeto de julgamento na Súmula da Jurisprudência do Tribunal será deliberada pela Corte Especial ou pela Seção, por maioria absoluta dos seus membros.

“§ 3.º Se a Seção entender que a matéria a ser sumulada é comum às Seções, remeterá o feito à Corte Especial.”

A prudência recomenda rigor na inclusão da matéria objeto de súmula da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pois, nem sempre, a edição de súmula revela um entendimento verdadeiramente sedimentado.

Da mesma forma, o teor da súmula deve corresponder aos precedentes originários, ou seja, a súmula deve refletir à *ratio decidendi* dos arestos, exprimindo exatamente o entendimento consolidado, pois é pressuposto constitutivo da súmula o conteúdo material das decisões tomadas em casos concretos¹⁸¹². A prova disso é que todo enunciado de súmula, datado e numerado, deve ser publicado no Diário da União, identificando-se os seus precedentes originários. Essa questão é relevante porque a súmula, uma vez editada, adquire vida própria ao produzir efeitos jurídicos autonomamente, dispensando, inclusive, a referência a outros julgados no mesmo sentido, de acordo com a regra do art. 124 do RISTJ. Logo, se o teor da súmula não corresponder à *ratio decidendi* dos precedentes originários, deve-se promover a sua revisão, mediante alteração ou cancelamento, nos termos do art. 125 do RISTJ. Até que essa providência não seja tomada, entende-se que deve prevalecer a *ratio decidendi* dos precedentes originários e não o teor do respectivo enunciado.

Naturalmente, uma vez editada a súmula, o próprio Superior Tribunal de Justiça e os demais órgãos jurisdicionais devem observá-la. Não raro, entretanto, verifica-se que os tribunais não respeitam o entendimento sumulado, apresentando entendimentos jurisprudenciais díspares, o que acaba gerando até edição de nova súmula sobre a mesma matéria¹⁸¹³.

¹⁸¹² MENDES, O papel do Senado Federal..., 2008, p. 272.

¹⁸¹³ Teresa Arruda Alvim Wambier apresenta exemplos nesse sentido: “A Súmula 263 do STJ (‘a cobrança antecipada do valor residual (VRG) descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em compra e venda à prestação’) foi enunciada em 08.05.2002 e publicada no DJU 20.05.2002, p. 188. Durou pouco mais de um ano, tendo sido cancelada em 10.09.2003 (cf. STJ, 2.ª Seção, REsp 443.143/GO, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 10.09.2003, DJU 29.09.2003, p. 142). Atualmente, o tema é regulado pela Súmula 293 do mesmo Tribunal (‘a cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil’), enunciada em 05.05.2004, publicada no DJ 13.05.2004, p. 183. Algo parecido ocorreu, por exemplo, com a Súmula 621 do STF, segundo a qual ‘não enseja embargos de terceiro à penhora a promessa de compra e venda não inscrita no registro de imóveis (j. 17.10.1984, DJU 29.10.1984, p. 8115). Atualmente, a matéria é assim regida pela Súmula 84 do STJ: ‘É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido de registro’ (j. 18.06.1993, DJU 02.07.1993, p. 7186). Percebe-se que, após a edição da Súmula 621 do STF, a orientação jurisprudencial diversa, em menos de dez anos, deu ensejo ao surgimento da Súmula 84 do STJ” (WAMBIER, Estabilidade e adaptabilidade..., 2009, p. 149-150).

Como se sabe, está em tramitação no Congresso Nacional o PEC n.º 358/2005 (segunda fase da chamada *Reforma do Poder Judiciário*), que, entre outras providências, visa a instituir a chamada súmula impeditiva de recursos. Trata-se de um projeto que não objetiva atribuir efeito vinculante às súmulas oriundas do Superior Tribunal de Justiça, as quais ainda permanecerão com efeito tido por persuasivo. No entanto, a força das súmulas se acentua, pois passam a funcionar como pressuposto recursal genérico negativo. Somente seria cabível recurso versando sobre matéria sumulada se a decisão recorrida estivesse em desacordo com a súmula.

7.3 Recurso especial

O Superior Tribunal de Justiça, no exercício da competência especial, tem a função de controlar a atividade judicial para garantir a uniformização da aplicação do direito federal, podendo atuar como juízo de revisão ou cassação¹⁸¹⁴. O objetivo é evitar que cada Estado da Federação trate da lei federal a seu gosto, de modo a que se alcance a uniformização do entendimento a respeito do direito federal, obtendo-se, na medida do possível, a desejada segurança jurídica¹⁸¹⁵. Para tanto, é indispensável reconhecer às suas decisões, em sede de recurso especial e embargos de divergência, certa relevância que as diferencia das decisões proferidas pelos tribunais inferiores.

Como sabido, o recurso especial constitui “modalidade de recurso extraordinário *lato sensu*, destinado, por previsão constitucional, a preservar a unidade e a autoridade do Direito federal, sob a inspiração de que nele o interesse público, refletido na correta interpretação da lei, deve prevalecer sobre os interesses das partes. Ao lado do seu objetivo de ensejar o reexame da causa, avulta sua finalidade precípua, que é a defesa do Direito federal e a unificação da jurisprudência”¹⁸¹⁶.

¹⁸¹⁴ “Como se pode perceber do texto constitucional, o Recurso Especial aproxima-se da revisão, mas pode, e não raro opera, como uma verdadeira cassação, especialmente quando exercita sua função disciplinar. Nesse caso, o Tribunal anula a decisão e a ‘reenvia’ ao Tribunal Estadual, para que este prossiga no julgamento. Tal ocorre, sobretudo, nos casos de *errores in procedendo*” (KNIJNIK, *O recurso especial...*, 2005, p. 107).

¹⁸¹⁵ ARRUDA ALVIM, *O recurso especial...*, 1997, p. 47.

¹⁸¹⁶ TEIXEIRA, *O recurso especial...*, 1990, p. 8.

Conforme tem sido destacado ao longo deste trabalho, o ordenamento jurídico brasileiro não adotou, formalmente, o caráter de fonte legal às decisões judiciais, de modo que não podem ser equiparadas às decisões vinculantes do sistema anglo-saxão. Todavia, é inegável que o Direito brasileiro outorgou um tratamento diferenciado às decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, no âmbito da sua competência infraconstitucional. Por isso, a suposição de que os juízes e tribunais podem decidir sem considerar os precedentes do Superior Tribunal de Justiça não se coaduna com a norma constitucional (CF, art. 105, III)¹⁸¹⁷.

Desse modo, os juízes e tribunais inferiores devem seguir os precedentes emanados do Superior Tribunal de Justiça, sob pena de suas decisões virem a ser reformadas em razão da contrariedade à interpretação dominante. Outrossim, as decisões da Corte devem ser seguidas pelos juízos inferiores hierarquicamente para que os princípios constitucionais inerentes à sua função precípua sejam atendidos. Em resumo, pode-se dizer que as decisões do Superior Tribunal de Justiça devem ter efeito vinculante sobre os juízes e tribunais estaduais e federais.

Atualmente é inegável que o Superior Tribunal de Justiça vive uma crise que, de certa forma, é comum às cortes de cassação. O número elevado de recursos torna difícil manter a qualidade e a coerência das decisões. Dessarte, ao contrário do que se deveria esperar, o foco da Corte está muito mais projetado ao passado, no controle da adequação das decisões recorridas, do que ao futuro, na adoção de critérios orientadores para julgamento de casos similares. O resultado é o desvirtuamento das suas decisões como instrumento de controle da unidade da aplicação do direito e como guia de interpretação jurídica, consistindo basicamente em um último recurso disponível para reforma das decisões anteriormente tomadas¹⁸¹⁸.

O resultado acaba sendo inevitável. O Superior Tribunal de Justiça não consegue realizar a função que lhe foi atribuída pela Constituição Federal, sendo que as suas decisões do STJ sequer desfrutam de força persuasiva, o que é lamentável. Luiz Guilherme Marinoni ilustra bem a situação presente: “Um precedente apenas tem efeito persuasivo quando gera constrangimento ou algum tipo de dever ao órgão jurisdicional. Não obstante, a prática demonstra que os tribunais federais ou estaduais não apenas se sentem autorizados a

¹⁸¹⁷ MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, 2010, p. 98.

¹⁸¹⁸ SORIANO, *El precedente judicial*, 2002, p. 181-182.

desconsiderar os precedentes do STJ como, ainda, não justificam as razões pelas quais deixam de aplicá-los. Muitas decisões do juiz de 1º grau de jurisdição e do tribunal deixam de tomar em consideração os próprios precedentes invocados pelos advogados, o que, além de significar ausência de respeito ao tribunal a quem a Constituição atribui o dever de definir a interpretação da lei federal, representa, no mínimo, violação do dever constitucional de fundamentação. A circunstância de os juízes e tribunais não demonstrarem as razões para a não aplicação dos precedentes do STJ elimina a possibilidade de se ver neles qualquer efeito”¹⁸¹⁹.

Por conseguinte, reformas têm sido implementadas, como, por exemplo, a disciplina atinente aos recursos especiais “com fundamento em idêntica questão de direito”. Estranha-se, a propósito, que o requisito da repercussão geral também não tenha sido adotado aos recursos especiais¹⁸²⁰. De qualquer forma, o objetivo das reformas não tem sido outro a não ser a busca pela racionalidade da jurisprudência do STJ, permitindo que a Corte constitua efetivos precedentes judiciais, representativos do entendimento dominante e de paradigmas orientadores de decisões.

Por essas razões, a reforma do sistema de cassação se impõe, caso se queira cumprir as funções de interpretação do direito e controle da unidade da sua aplicação. A primeira medida que se impõe é reduzir o número de recursos, o que, no Superior Tribunal de Justiça, buscou-se pela adoção da disciplina dos recursos repetitivos. Essa medida é necessária para evitar o crescimento físico da Corte, com a instauração de novas turmas e, conseqüentemente, com o aumento do número de Ministros. A segunda medida, que ora se propõe, é adotar uma teoria do precedente, de natureza normativa, com vinculação racional, utilizando-se das suas técnicas inerentes. Isso permitirá que o Tribunal possa identificar e valorizar os seus entendimentos jurisprudenciais relevantes, visando a atender as suas funções precípuas. Assim, ao julgar os recursos, o Tribunal poderá manter ou modificar os

¹⁸¹⁹ MARINONI, Aproximação crítica..., 2009, p. 228.

¹⁸²⁰ É o que destaca Teresa Arruda Alvim Wambier: “É surpreendente, todavia, que tenha entendido o legislador constitucional deverem-se distinguir questões relevantes das não relevantes, no plano do direito constitucional e não no plano da lei federal, como se tudo o que constasse da lei federal fosse relevante. Desconhecemos as razões que podem ter levado a que se chegasse a esse resultado final da redação da Emenda Constitucional 45/2004, embora seja de se supor que a exclusão do STJ do sistema de repercussão esteja ligada à inexorabilidade do exercício de uma certa função ‘controladora’, pelo STJ, em relação aos Tribunais de segundo grau de jurisdição” (WAMBIER, *Recurso especial...*, 2008, p. 290). Da mesma forma, posiciona-se Eduardo Cambi (*Crítério da ‘transcendência’ para a admissibilidade do recurso extraordinário (art. 102, § 3º, da CF): entre a autocontenção e o ativismo do STF no contexto da legitimação democrática da jurisdição constitucional*, p. 161).

entendimentos dominantes, adotando a devida fundamentação para cada uma dessas hipóteses, a fim de deixar explícito o seu entendimento dominante. A prática atual tem sido diversa, pois o Tribunal tem-se limitado a mencionar o precedente modificado, sem apontar explicitamente em que consiste a diferença com o caso sob julgamento. Ademais, não há qualquer preocupação quanto aos efeitos da mudança de orientação jurisprudencial.

Senão vejamos a experiência de outros países quanto às suas cortes de revisão ou cassação. Especificamente, o art. 65 do ordenamento judiciário italiano (Decreto n.º 12, de 30 de janeiro de 1941) atribui à Corte de Cassação a tarefa de assegurar a exata observância e a uniforme interpretação da lei¹⁸²¹, a fim de obter a unidade do direito objetivo nacional. Esta tem sido a principal disposição legal que, conjugada com os arts. 3.º¹⁸²² e 111, § 2.º¹⁸²³, da Constituição italiana, encoraja os juristas italianos a atribuir maior efetividade à teoria dos precedentes e seu caráter vinculativo¹⁸²⁴.

Em recente reforma processual, a Itália introduziu o inciso III no art. 374 do seu CPC, a fim de obrigar os integrantes das Seções Simples, na hipótese de divergência de entendimento firmado pelas Seções Unidas, remeter a estas o recurso com a devida motivação¹⁸²⁵. É uma aplicação prática da presunção a favor dos precedentes. O objetivo da reforma é reduzir os contrastes de jurisprudência existentes na própria Corte Suprema de Cassação. Trata-se, sem dúvida, de um vínculo normativo dos precedentes das Seções Unidas no confronto com as Seções Simples da Corte Suprema de Cassação, dando relevo à sua função nomofilática¹⁸²⁶.

¹⁸²¹ “Art. 65. *Attribuzioni della corte suprema di cassazione. La corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità dal diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge [...]*”

¹⁸²² “Art. 3. *Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.*”

¹⁸²³ “Art. 111. [...] *Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.*”

¹⁸²⁴ CADOPPI, *Il valore del precedente...*, 2007, p. 218; POLIZZI, *Il valore del precedente...*, 2005, p. 204.

¹⁸²⁵ Dec. Leg. n. 40, publicado em 15 de fevereiro de 2006: “*Se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso*”.

¹⁸²⁶ CADOPPI, *Il valore del precedente...*, 2007, p. XXIX.

Nitidamente, essa reforma legislativa procurou otimizar a função nomofilática da Corte Suprema de Cassação italiana, com o propósito de assegurar a unidade do ordenamento jurídico, tendo sido saudada pela doutrina¹⁸²⁷. Desse modo, o legislador procurou dar maior efetividade à norma, contornando, em parte, o fato de não haver uma sanção expressa pela não observância do disposto no art. 65 do ordenamento judiciário italiano¹⁸²⁸.

Essas hipóteses de obrigação de remessa são expressão da força normativa dos precedentes. Embora não se possa dizer que se trata de aplicação do princípio do *stare decisis*, é inegável que representa, no sentido vertical, um vínculo ao precedente que se aproxima muito da vinculação estrita.

Na Alemanha, por sua vez, existe o instituto chamado *Vorlagepflicht* (obrigação de remessa). O § 121, inciso segundo, e o *caput* do § 132 GVC, lei que trata do ordenamento judiciário, preveem que as seções do *Oberlandesgerichte* (as Cortes superiores estaduais) e o *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal, Civil e Penal) sejam obrigadas, em certos casos, a remeter a decisão de uma questão de direito a esta última, ou respectivamente ao *Großen Senat* da Corte Federal Suprema. Essa obrigação visa ao reequilíbrio de divergências pronunciadas pelos tribunais superiores e, conseqüentemente, à obtenção de uma orientação jurisprudencial uniforme¹⁸²⁹.

Afirma-se que, na prática, as decisões tomadas pela *Cour de Cassation* francesa e o *Bundesgerichtshof* alemão são comparáveis às decisões tomadas pelas cortes de última instância dos países de *Common law*¹⁸³⁰.

¹⁸²⁷ Destacam-se os seguintes artigos quanto ao exame da reforma da cassação civil italiana: TARZIA, Il giudizio di cassazione..., 2003, p. 201-210; RICCIO, Angelo. La rivitalizzazione legislativa della funzione nomofilattica della Cassazione. *Contratto e Impresa: Dialoghi con la Giurisprudenza Civile e Commerciale*. Padova, v. 23, n. 3, p. 825-828, magg./giugno 2006. p. 825-828; POLI, Roberto. Il giudizio di cassazione dopo la riforma. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, anno 62, n. 1, p. 9-34, genn./febr. 2007; MONTELEONE, Girolamo. Il nuovo volto della cassazione civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, anno 61, n. 3, p. 943-960, luglio/set. 2006; CROCE, Precedente giudiziale..., 2006, p. 1114-1161.

¹⁸²⁸ MELONI, Il ruolo del precedente..., 2005, p. 183.

¹⁸²⁹ ALEXY, Robert; DREIER, R. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Ed.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997. p. 17-64. p. 17 e ss.

¹⁸³⁰ CAPPELLETTI, The doctrine of stare..., 1981, p. 382.

A experiência trazida do Direito comparado fortalece a ideia de que a adoção da teoria do precedente, longe de desvirtuar as funções exercidas pelo Superior Tribunal de Justiça, permitirá o desenvolvimento de uma jurisprudência racional, a ponto de exercer duplo controle: a) da racionalidade da argumentação, isto é, se a superação dos precedentes está fundamentada ou não; e b) da unidade da jurisprudência, entendida não como reiteração de decisões, senão como seguimento racional da jurisprudência.

A necessidade de manter um controle mínimo da unidade da jurisprudência permite explicar o conteúdo e o alcance objetivo da vinculação das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, o recurso especial é instrumento hábil a atender esse objetivo, ainda mais quando inexistente, no Direito brasileiro, tradição de uniformização jurisprudencial no mesmo tribunal, através dos mecanismos de incidente de uniformização da jurisprudência¹⁸³¹ e assunção de competência¹⁸³². Desse modo, há necessidade de que as decisões do Superior Tribunal de Justiça sejam efetivamente observadas, para que se unifique a jurisprudência entre tribunais distintos, sob pena de restar frustrado o escopo principal da Corte.

A uniformidade da jurisprudência sempre foi um meio para assegurar segurança jurídica na aplicação do direito¹⁸³³. Se ao STJ cabe uniformizar a interpretação da

¹⁸³¹ O art. 476 do CPC trata da uniformização da jurisprudência. Cuida-se de incidente processual (não recurso) que tem função preventiva, constituindo faculdade e não obrigação do juiz (STJ, 4.ª T., REsp. 3.835/PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 02.10.1990, *DJ* 29.10.1990). “Fixa-se a tese jurídica *previamente*, de modo a evitar que se venha a configurar divergência jurisprudencial, cujo risco já existe e se deve evitar” (WAMBIER, *Recurso especial...*, 2008, p. 457). No entanto, é um mecanismo de pouquíssima aplicação prática, primeiro, porque quem julga a uniformização é órgão diverso (Órgão Especial), com magistrados diferentes dos órgãos que julgam as apelações e os embargos infringentes (turmas, câmaras e grupos), não integrantes daquele órgão; logo, são julgadores menos inclinados a seguir o precedente, de cuja formação não participaram; e, segundo, porque raramente são provocados, pois se entende que se trata de faculdade do julgador suscitá-lo, não havendo, portanto, obrigatoriedade em fazê-lo diante de eventual divergência entre os entendimentos das câmaras de um tribunal (STJ, 1.ª T., REsp. 745.363/PR, rel. Min. Luiz Fux, j. em 20.09.2007, *DJ* 18.10.2007, p. 270). Logo, o dispositivo é, infelizmente, letra morta no nosso ordenamento. Parece que o fato de não haver vinculação expressa tenha sido determinante da falta de operacionalidade do incidente de uniformização de jurisprudência.

¹⁸³² O art. 555, §§ 1.º e 2.º, do CPC, trata da assunção de competência quando houver julgamento de relevante questão de direito. Nessa hipótese, poderá o relator do recurso propor a assunção de competência para julgá-lo por órgão colegiado de maior pluralidade dentro do tribunal, a fim de que se previna ou dirima controvérsia a respeito da matéria. No entanto, o mecanismo não é utilizado pelos magistrados. Por seu turno, considera-se que a parte não tem legitimidade para provocá-lo, sendo mera faculdade judicial (STJ, 1.ª Turma, REsp. 723.890/MG, rel. Min. Francisco Falcão, j. em 15.08.2006, *DJ* 25.09.2006, p. 235). O resultado é por todos conhecido: o mecanismo simplesmente não tem aplicação alguma.

¹⁸³³ René David destaca: “Diversos processos são utilizados para assegurar a certeza do direito, dando uma certa estabilidade à jurisprudência. Esta preocupação, que se verifica em numerosos países, põe em evidência o verdadeiro papel que é, nestes países, reconhecido à jurisprudência, mesmo quando a doutrina se obstina em lhe recusar a qualidade de fonte de direito” (DAVID, *Os grandes sistemas...*, 2002, p. 159).

lei federal e, se for o caso, cessar a interpretação destoante, as suas decisões em sede de recurso especial devem ser respeitadas, sob pena de violação ao art. 105, III, da CF/88, além da violação ao princípio da fundamentação (art. 93, IX e X, da CF/88).

Desse modo, pretende-se que o recurso especial seja efetivo instrumento de unificação da aplicação do direito federal infraconstitucional, diferentemente do que se verifica na prática, a fim de que o Superior Tribunal de Justiça possa cumprir a sua missão constitucional.

7.4 Embargos de divergência no recurso especial

Os embargos de divergência no recurso especial seguem as mesmas diretrizes aplicáveis aos embargos de divergência no recurso extraordinário. Trata-se, portanto, de recurso previsto no art. 546 do CPC, cabível nas decisões da turma, em recurso especial, cujo teor seja divergente entre turmas, seção ou órgão especial. Logo, não se aplica às decisões monocráticas, exigindo-se a decisão colegiada¹⁸³⁴.

A sua função precípua é a de uniformizar a jurisprudência interna e atual da Corte¹⁸³⁵, no que se refere à interpretação do direito infraconstitucional federal, razão pela qual não se presta a revisão de julgamentos oriundos dos tribunais inferiores na organização judiciária. A caracterização do dissenso interpretativo pressupõe a semelhança das bases fáticas e a adoção de teses jurídicas distintas entre o acórdão-paradigma¹⁸³⁶ e o acórdão recorrido, o que deve ser comprovado nos termos estabelecidos no art. 266, § 1.º, e 255, § 1.º, alíneas “a” e “b”, do RISTJ c/c o art. 546, parágrafo único, do CPC.

¹⁸³⁴ STJ, 1.ª S., AgRg nos EREsp 851097/SP, Ministro Mauro Campbell Marques, j. 10.06.2009, DJe 18.06.2009.

¹⁸³⁵ Súmula n.º 168 do STJ: “Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado”.

¹⁸³⁶ A decisão monocrática de relator não serve para justificar dissenso jurisprudencial suscetível de superação por embargos de divergência (STJ, 3.ª Seção, AgRg no EREsp 742.779/SP, rel. Min. Félix Fischer, j. 27.09.2006, DJ 16.10.2006, p. 291).

O procedimento desse recurso perante o Superior Tribunal de Justiça é estabelecido pelo Regimento Interno (arts. 266 e 267). De acordo com as regras aplicáveis, os embargos de divergência serão julgados pela Seção competente, quando as turmas divergirem entre si ou de decisão da mesma seção. Se a divergência for entre turmas de seções diversas, ou entre turma e outra seção ou com a corte especial, competirá a esta o julgamento dos embargos (art. 266 do RISTJ). Em qualquer hipótese, tal como destacado anteriormente ao tempo do exame da atividade exercida pelo Supremo Tribunal Federal, os embargos de divergência interpostos de decisões, em recurso especial, resultam em importantes paradigmas, potencializando a força dos precedentes.

Desse modo, uma vez definida a questão pela Seção, diante de embargos de divergência, as Turmas não podem decidir de modo contrário, o que a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de enfatizar¹⁸³⁷. Nesse caso, a decisão que julga os embargos infringentes passa a constituir precedente obrigatório.

7.5 Disciplina dos recursos repetitivos

A Lei n.º 11.672, de 8 de maio de 2008, acresceu o art. 543-C ao Código de Processo Civil¹⁸³⁸, estabelecendo procedimento especial para o julgamento de recursos

¹⁸³⁷ Eis a ementa do acórdão proferido no AgRg nos EDiv no REsp 228.432-RS, j. 01.02.2002, rel. Min. Humberto Gomes de Barros: “PROCESSUAL - STJ - JURISPRUDÊNCIA - NECESSIDADE DE QUE SEJA OBSERVADA. O Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós - os integrantes da Corte - não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal, para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la”.

¹⁸³⁸ “Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.
 “§ 1.º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.
 “§ 2.º Não adotada a providência descrita no § 1.º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a fim de superar o endêmico problema da multiplicidade de recursos versando a mesma tese jurídica¹⁸³⁹.

À semelhança do que já dispunha o art. 543-B do CPC, em relação aos recursos extraordinários, o art. 543-C do CPC, inserido pela Lei n.º 11.672/2008, autoriza o sobrestamento dos recursos especiais que tenham “fundamento em idêntica questão de direito”. No entanto, o art. 543-C do CPC disciplina apenas o “processamento” dos recursos dirigidos ao STJ, enquanto as regras do art. 543-B dizem respeito à “admissibilidade” dos recursos extraordinários, considerando-se a repercussão geral da questão constitucional através deles veiculada¹⁸⁴⁰.

O motivo determinante da reforma foi debelar a multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica controvérsia, possibilitando o cumprimento da promessa constitucional de julgamento em *tempo razoável*, concessão de meios que garantam a *celeridade* na tramitação dos processos e *economia processual* (CF, art. 5.º, LXXVIII)¹⁸⁴¹. Com a sua implementação, a análise do mérito recursal se dá por amostragem, mediante a seleção de recursos que representem a controvérsia de maneira adequada, isto é, os recursos

“§ 3.º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia.

“§ 4.º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.

“§ 5.º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4.º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias.

“§ 6.º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

“§ 7.º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

“I – terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou

“II – serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

“§ 8.º Na hipótese prevista no inciso II do § 7.º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

“§ 9.º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo.”

¹⁸³⁹ A Resolução n.º 8 do STJ, de 07.08.2008, estabelece procedimentos relativos ao processamento e julgamento de recursos especiais repetitivos.

¹⁸⁴⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. Recursos especiais repetitivos: reflexos das novas regras (Lei 11.672/2008 e Resolução 8 do STJ) nos processos coletivos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 163, p. 28-49, set. 2008. p. 29.

¹⁸⁴¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. Primeiras observações sobre a lei dos recursos repetitivos no STJ. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 160, p. 83-86, jun. 2008. p. 84; THEODORO JÚNIOR, Humberto. O novo artigo 543-C do Código de Processo Civil (Lei n.º 11.672, de 08.05.2008). *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, n. 53, p. 59-65, maio/jun. 2008. p. 59.

“que contiverem maior diversidade de fundamentos no acórdão e de argumentos no recurso especial”¹⁸⁴². Os demais recursos que versem sobre o mesmo tema devem ficar sobrestados na origem até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça a respeito da questão posta em exame.

Ocorrendo o julgamento da controvérsia, os recursos especiais sobrestados na origem poderão ser inadmitidos, na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça. Se o acórdão recorrido divergir da orientação estabelecida, poderá o tribunal de origem, através do órgão encarregado da admissibilidade do recurso especial, reconsiderar a decisão exarada, conformando-se à orientação do Superior Tribunal de Justiça.

Do procedimento traçado infere-se que o mecanismo do processamento do recurso especial diante de causas repetidas ou seriadas caracteriza-se pelos seguintes objetivos: “a) evitar a subida dos recursos especiais repetitivos, represando-os provisoriamente no tribunal de origem; b) julgamento de questão repetitiva numa única e definitiva manifestação da Corte Especial do STJ; c) repercussão do julgado definitivo da Corte Especial sobre o destino de todos os recursos represados, sem necessidade de subirem ao STJ, sempre que possível”¹⁸⁴³.

A disciplina em questão revela nítida vinculação vertical dos tribunais inferiores às decisões dos tribunais superiores, numa clara aproximação ao sistema norteamericano de *stare decisis*. Trata-se de “instrumento destinado a agilizar os julgamentos mediante a coletivização das decisões judiciais. O Tribunal seleciona um ou alguns poucos dos recursos extraordinários ou especiais portadores da mesma tese jurídica, julga-os e o julgamento que ali proferir valerá como paradigma, propagando-se aos demais (que terão ficado retidos nos tribunais *a quo*)”¹⁸⁴⁴.

Portanto, houve significativo avanço na maximização da força vinculante dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça. No entanto, diferentemente do que se procedeu em relação ao sobrestamento de recursos extraordinários, “o não conhecimento dos recursos

¹⁸⁴² Resolução n.º 8, art. 1.º, § 1.º, do STJ.

¹⁸⁴³ THEODORO JÚNIOR, O novo artigo 543-C..., 2008, p. 64.

¹⁸⁴⁴ DINAMARCO, *Instituições...*, 2009, v. 1, p. 299-300.

especiais selecionados não importará, necessariamente, na inadmissibilidade dos recursos especiais sobrestados”¹⁸⁴⁵. Por isso, o Direito brasileiro poderia ter avançado ainda mais. A solução preconizada, na hipótese de ser mantida a solução divergente no tribunal de origem, é a admissibilidade do recurso especial. O ideal seria vincular o tribunal de origem à decisão da controvérsia pelo Superior Tribunal de Justiça, atendendo a função de outorga de unidade ao direito, reconhecida no plano constitucional (art. 105, III, CF/88), visando à racionalização da atividade judiciária e do direito fundamental a um processo sem dilações indevidas¹⁸⁴⁶.

Reconhecidamente, os recursos repetitivos representam interesses de transcendência coletiva¹⁸⁴⁷, os quais exigem igualdade, celeridade e efetividade de resolução. Uma vez formados os precedentes oriundos do processamento dos recursos especiais repetitivos, recursos estes que têm preferência sobre os demais, ressalvados os que envolvam réu preso e pedidos de habeas corpus (art. 543-C, § 6.º) restam estabelecidos critérios seguros para julgamento uniforme das demandas individuais.

Destaca-se que a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça tem atribuído interesse público diferenciado ao processamento e julgamento do recurso especial na hipótese em exame¹⁸⁴⁸. É uma demonstração contundente de que o STJ começa a trilhar caminho rumo ao precedente, com força obrigatória¹⁸⁴⁹. Ademais, a Corte Especial já manifestou que as

¹⁸⁴⁵ WAMBIER, *Recurso especial...*, 2008, p. 307.

¹⁸⁴⁶ MARINONI; MITIDIERO, *Código de Processo Civil...*, 2008, p. 573.

¹⁸⁴⁷ Do ponto de vista técnico-processual, poder-se-ia falar em efeito “exemplificativo”, “repetibilidade”, “transcendência” ou “relevância”, requisitos que mantêm íntima correlação. O “efeito exemplificativo” é “o que permita servir de pauta geral para casos futuros, ou que se possa constituir num precedente”. A “repetibilidade” corresponde “a uma situação massificada na sociedade, que venha ter ao judiciário freqüentemente”. Já a “relevância” diz respeito à importância que determinada questão tem para o ordenamento jurídico como um todo, “seja em função de sua gravidade econômica, política ou institucional, seja em função de sua gravidade jurídica”. Por fim, a “transcendência” revela “a importância que a questão, individual ou não, possa ter para a sociedade de maneira geral” (KNIJNIK, *O recurso especial...*, 2005, p. 240).

¹⁸⁴⁸ “A Corte Especial, ao prosseguir o julgamento, por maioria, entendeu que, submetido o recurso ao disposto na Resolução n. 8/2008-STJ e no art. 543-C do CPC, na redação que lhe deu a Lei n. 11.672/2008 (recurso repetitivo), não há como ser deferido pedido de desistência. Admitiu-se que, quando submetido o recurso ao regime daquela legislação, surge o interesse público ditado pela necessidade de uma pronta resolução da causa representativa de inúmeras outras, interesse esse que não se submete à vontade das partes. O Min. João Otávio de Noronha (vencido) entendia possível acolher a desistência, visto que é a lei quem a garante, além do fato de que a desistência, de acordo com a doutrina, é ato unilateral. Outros Ministros ficaram vencidos em parte, por entenderem diferir a análise da desistência para depois do julgamento da questão de direito tida por idêntica, garantindo, assim, a produção dos efeitos previstos no § 7º do art. 543-C do CPC, solução que, segundo essa linha, atenderia tanto ao interesse público quanto ao das partes. Dessarte, os autos retornaram à Segunda Seção para o julgamento do recurso repetitivo” (QO no REsp 1.063.343-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgada em 17/12/2008 - Informativo do STJ n.º 381, de 15 a 19 de dezembro de 2008).

¹⁸⁴⁹ MARINONI, *Aproximação crítica...*, 2009, p. 229.

decisões dos Tribunais de Justiça ou dos Tribunais Regionais Federais que não adotarem o entendimento definido pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento lastreado na Lei dos Recursos Repetitivos terão de ser fundamentadas¹⁸⁵⁰. Em última análise, os tribunais de origem terão que demonstrar que o precedente firmado não se aplica ao caso que deu origem ao acórdão recorrido, mediante a operação do *distinguishing*.

O cuidado que se deve ter, no entanto, é aplicar a nova disciplina legal dos recursos repetitivos somente quando não houver dúvida de que se está tratando de questões de direito verdadeiramente “idênticas”, sob pena de comprometer o princípio do acesso à justiça¹⁸⁵¹. Outra preocupação é quanto a um efeito colateral indesejado. Sem dúvida, a técnica do julgamento por amostragem e do sobrestamento dos recursos repetitivos representa um avanço para debelar o grave problema da insubordinação à autoridade dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Isso não significa, entretanto, que as demais decisões da Corte restem desprestigiadas por não se enquadrarem nessa categoria, visto que ainda conservam a sua autoridade inerente de precedentes com força normativa.

Por fim, registra-se que há uma tendência universal em adotar um procedimento específico à tramitação dos recursos repetitivos, tal como observado no Direito brasileiro¹⁸⁵². É o caso, por exemplo, da adoção, na Alemanha, em 16 de agosto de 2005, do Procedimento-Modelo ou Procedimento-Padrão (*Musterverfahren*), para os investidores em mercados de capitais¹⁸⁵³. De um modo geral, tanto no caso brasileiro como no direito comparado, busca-se a tramitação preferencial de um recurso singular (“recurso piloto”)¹⁸⁵⁴ entre vários similares, que ficam suspensos até a resolução do escolhido, cujos efeitos, uma

¹⁸⁵⁰ A Corte Especial do STJ, na sessão do dia 10.12.2009, no julgamento da Questão de Ordem alusiva aos Recursos Especiais ns. 1.148.726-RS, 1.154.288-RS, 1.155.480-RS e 1.158.872-RS, decidiu: “a) A restituição, por decisão de órgão fracionário independentemente de acórdão, unipessoal de relator, ou da Presidência (NUPRE), dos recursos especiais à Corte de origem, para que sejam efetivamente apreciadas as apelações e/ou agravos como de direito, à luz do que determinam a Lei n. 11.672/2008 e a Resolução STJ n. 8/2008. b) a expedição de ofício aos Srs. Presidentes dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça, sobre a decisão tomada na presente Questão de Ordem”.

¹⁸⁵¹ WAMBIER; VASCONCELOS, Recursos especiais repetitivos..., 2008, p. 47.

¹⁸⁵² A Lei n.º 10.259/2001, que trata dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, prevê, no seu art. 14, incidente de coletivização da tutela para uniformizar interpretação da lei federal em face de divergência entre Turmas Recursais sobre certas questões de direito material. Entre outras determinações, o dispositivo possibilita a suspensão dos processos onde a controvérsia tenha lugar para espera da decisão coletiva; a retenção de pedidos de uniformização idênticos; a transferência de competência para julgamento a órgãos judiciários hierarquicamente superiores para resolução uniforme de questões etc., assemelhando-se muito ao procedimento adotado aos recursos repetitivos.

¹⁸⁵³ CABRAL, O novo procedimento-modelo..., 2007, p. 131.

¹⁸⁵⁴ A expressão é de Athos Gusmão Carneiro (CARNEIRO, Primeiras observações, 2008, p. 84).

vez adotada a decisão, se estendem aos demais¹⁸⁵⁵. Objetiva-se, em última análise, o esclarecimento unitário de características típicas a várias demandas isomórficas, com um aspecto de abrangência subjetivo para além das partes¹⁸⁵⁶.

7.6 Superação dos precedentes no âmbito da Corte

Restou examinado que se deve atribuir às decisões do Superior Tribunal de Justiça força normativa, visto que a sua inobservância motiva a interposição do recurso especial, embora a disciplina jurídica desse recurso não ofereça uma resposta clara e inequívoca sobre qual é a medida concreta da sua relevância. Em outras palavras, não se sabe até que ponto os juízes e tribunais inferiores estão vinculados às suas decisões.

É importante que a unidade da jurisprudência se projete tanto ao passado, na forma de controle judicial das decisões, como ao futuro, na influência de juízes e tribunais, quanto às decisões a serem tomadas. Desse modo, os juízes interpretam o direito guiando-se pelas decisões do Superior Tribunal de Justiça, às quais o ordenamento jurídico conferiu determinada autoridade.

Desse modo, a adoção do modelo normativo de precedentes judiciais beneficiará o Superior Tribunal de Justiça em dois sentidos.

Em primeiro lugar, a adoção ao modelo proposto permitirá que juízes e tribunais inferiores avaliem a interpretação proveniente do Superior Tribunal de Justiça, quanto à aplicação do direito infraconstitucional. Essa avaliação refletirá um uso consciente dos precedentes, tanto para aplicá-los como para superá-los.

¹⁸⁵⁵ O Comitê de Ministros do Conselho da Europa formulou recomendação nesse sentido: “quando um grande número de pessoas estejam implicadas em um procedimento de controle, a Jurisdição ou o Órgão de controle poderão, com respeito aos direitos fundamentais e tendo em conta os direitos e interesses das partes, por em prática diversas medidas de racionalização do procedimento, tais como a obrigação das pessoas que participam do procedimento e tenham interesses comuns de eleger um ou vários representantes comuns, a seleção e ajuizamento de recursos “test” e a notificação por meio de editais” (XIOL RÍOS, *El precedente judicial...*, 2005, p. 212).

¹⁸⁵⁶ CABRAL, O novo procedimento-modelo..., 2007, p. 132.

Em segundo, a incorporação de uma técnica de divergência dos precedentes permitirá ao Tribunal, além de motivar a mudança, declarar qual será o novo critério interpretativo adotado. Dessa forma, juízes e tribunais inferiores conhecerão as suas linhas interpretativas. Atinge-se, assim, um efetivo controle da unidade do direito interpretado, legitimando-se como corte de cassação por excelência.

A exigência de motivação da divergência dos precedentes permitirá que o controle a ser exercido pelo Superior Tribunal de Justiça não se limite ao exame da reprodução, ou não, de suas decisões senão à verificação da racionalidade e correção da argumentação oferecida para justificar a mudança.

O Min. Humberto Gomes de Barros manifestou, enfaticamente, preocupação nesse sentido, conforme já destacado: “O Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós - os integrantes da Corte - não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal, para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la”¹⁸⁵⁷.

Ademais, admite-se a possibilidade de o Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, modular os efeitos da sua decisão, na hipótese de revogação de um precedente, embora a Corte já tenha se manifestado contrariamente a respeito¹⁸⁵⁸. Parte-se,

¹⁸⁵⁷ STJ, AgRg nos EDiv no REsp 228.432/RS, Corte Especial, j. 01.02.2002, DJU 18.03.2002, p. 163. Participaram do julgamento, unânime, os Ministros Vicente Leal, José Delgado, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Antônio de Pádua Ribeiro, Nilson Naves, Edson Vidigal, Garcia Vieira, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro.

¹⁸⁵⁸ Trata-se dos EDiv no REsp. 738.689, julgados pela 1.ª Seção do STJ, no qual se discutiu o reconhecimento do direito ao aproveitamento do crédito-prêmio de IPI, instituído pelo art. 1.º do Dec.-lei 491/1969. A maioria dos membros da 1.ª Seção aderiu à posição do Ministro Teori Albino Zavascki para não admitir a modulação dos efeitos da decisão, de acordo com a seguinte ementa: “TRIBUTÁRIO. IPI. CRÉDITO-PRÊMIO. DECRETO-LEI 491/69 (ART. 1º). VIGÊNCIA. PRAZO. EXTINÇÃO. "MODULAÇÃO TEMPORAL" DA DECISÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. O crédito-prêmio do IPI, previsto no art. 1º do DL 491/69, não se aplica às vendas para o exterior realizadas após 04.10.90, seja pelo fundamento de que o referido benefício foi extinto em 30.06.83 (por força do art. 1º do Decreto-lei 1.658/79, modificado pelo

não necessariamente da aplicação analógica das Leis n.^{os} 9.868/99 e 9.882/99, mas do princípio da segurança jurídica, permitindo conferir efeito *ex nunc* às suas decisões. Isso porque se deve ter consciência de que a revogação de um precedente, ou de um entendimento jurisprudencial, tem significado muito mais amplo ao de uma simples decisão judicial.

Com efeito, há hipóteses em que a nova jurisprudência venha alcançar situações de fato, surgidas na confiança do precedente antigo, de modo que a mudança de interpretação possa provocar mais prejuízos do que resultados positivos. Percebe-se que, ao alterar o entendimento, pode-se criar uma situação de ostensivo desequilíbrio, com um prejuízo social não desejado. Desse modo, é possível o juiz valer-se do princípio da razoabilidade, para que possa modular os efeitos da nova decisão paradigmática, preservando, assim, as situações de fato surgidas até então¹⁸⁵⁹.

Nessas hipóteses, os argumentos da segurança jurídica, da igualdade e da boa-fé objetiva na aplicação do direito assumem valor exponencial, tema que já foi objeto de apreciação por parte do Superior Tribunal de Justiça:

Deve-se observar, nessas hipóteses, sob a ótica da excepcionalidade, que o Poder Judiciário deve ao jurisdicionado, em casos idênticos, uma resposta firme, certa e homogênea. Atinge-se, com isso, valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material, com a correta prestação jurisdicional, como meio de certeza e segurança para a sociedade. Afasta-se, em consequência, o rigor processual técnico, no qual se estaria negando a aplicação do direito material, para alcançar-se a adequada finalidade da prestação jurisdicional, que é a segurança de um resultado uniforme para situações idênticas¹⁸⁶⁰.

O entendimento sumular há de ser prestigiado como forma de bem distribuir a Justiça e conferir segurança jurídica aos jurisdicionados, eis que o escopo primordial do princípio da segurança jurídica é de que todos tenham certeza que o direito será aplicado uniforme e isonomicamente, ante situações semelhantes¹⁸⁶¹.

Decreto-lei 1.722/79), seja pelo fundamento de que foi extinto em 04.10.1990, (por força do art. 41 e § 1º do ADCT). 2. Salvo nas hipóteses excepcionais previstas no art. 27 da Lei 9.868/99, é incabível ao Judiciário, sob pena de usurpação da atividade legislativa, promover a ‘modulação temporal’ da suas decisões, para o efeito de dar eficácia prospectiva a preceitos normativos reconhecidamente revogados. 3. Embargos de divergência improvidos”.

¹⁸⁵⁹ FERRAZ JÚNIOR; CARRAZZA; NERY JUNIOR, *Efeito “ex nunc”...*, 2008, p. 25.

¹⁸⁶⁰ STJ, DJ 27.03.00, p. 127, REsp. 227.940-AL, Rel. Min. Jorge Scartezini.

¹⁸⁶¹ STJ, DJ 02.04.01, p. 264, AI 304.282-SP, Rel. Min. Francisco Falcão.

Infere-se, no entanto, que o Superior Tribunal de Justiça, tal como o Supremo Tribunal Federal, tem ainda um longo caminho a trilhar quanto à consolidação de uma prática que conduza a uma evolução racional da sua jurisprudência. Somente assim pode-se esperar que as suas decisões proferidas venham a vincular os órgãos jurisdicionais inferiores, para que reste atendida a sua função constitucional precípua de uniformização da aplicação do direito federal infraconstitucional. Para tanto, acredita-se que a observância dos cânones propostos neste trabalho possa contribuir positivamente.

8 CONCLUSÃO

Os sistemas jurídicos, da sua forma e com as suas particularidades, sempre se preocuparam em encontrar técnicas capazes de conduzir ao alcance de entendimentos unívocos sobre as normas jurídicas. Foram desenvolvidas, com esse objetivo, fórmulas de validade universal, em razão da preocupação de assegurar segurança jurídica e igualdade na aplicação do direito, sem ofender o ideal da justiça. A lei e os precedentes judiciais ilustram essa realidade.

Da mesma forma, os ordenamentos jurídicos dos países civilizados, de um modo geral, buscaram alcançar o desenvolvimento racional da jurisprudência, mediante meios distintos para solução do mesmo problema. No entanto, o objetivo de vincular o juiz ao princípio da legalidade, no âmbito da *Civil law*, a fim de gerar uma jurisprudência iterativa, uniforme e com certa margem de previsibilidade, restou frustrado na experiência contemporânea, na medida em que são enfrentados, cada vez em maior escala, contrastes jurisprudenciais de todas as ordens. As razões, para tanto, são as mais diversas, desde as particularidades de uma sociedade heterogênea, as mudanças ocorridas na hermenêutica jurídica, o perfil da legislação etc. As consequências indesejadas desse cenário são evidentes: desigualdades, insegurança e, sobretudo, descrédito do Poder Judiciário frente às partes e à sociedade civil.

Nesse panorama, entende-se que a teoria dos precedentes contribui para alcançar os fins almejados pela jurisdição, especialmente a justiça do caso concreto e a pacificação social, resgatando-se o sentido da função do Direito. É através da aplicação da teoria em questão, que concebe o precedente judicial na perspectiva do instrumentalismo-valorativo, que se pretende realizar os valores e os princípios que a Constituição prevê, expressa ou implicitamente, mediante o exercício da tutela jurisdicional. As teses desenvolvidas basearam-se nesses fundamentos.

A primeira principal tese desenvolvida neste trabalho reside na construção de uma teoria normativa dos precedentes judiciais como técnica de racionalização da tutela jurisdicional, isto é, racionalização dos resultados produzidos pela prestação jurisdicional na proteção dos direitos, quer na ótica das partes, quer no olhar da sociedade. O caráter

normativo da teoria decorre de três fatores principais. Primeiro, a teoria tem fundamento em normas jurídicas, especificamente princípios constitucionais. Segundo, os precedentes judiciais contêm normas jurídicas aplicadas na resolução de casos concretos. Terceiro, os precedentes exercem funções normativas, ao servirem de fundamento à resolução de casos futuros. Busca-se, em última análise, um modelo normativo no sentido de como deva ser a teoria dos precedentes judiciais, advindo daí o seu caráter preceptivo.

O modelo normativo proposto assenta-se em cinco argumentos correlatos ao discurso jurídico: a) o argumento *ab exemplo*; b) o argumento de autoridade; c) o argumento de correção material; d) o argumento da igualdade; e e) o argumento da segurança jurídica da prestação jurisdicional. Esses argumentos justificam o uso interpretativo e argumentativo dos precedentes judiciais. O resultado obtido é uma teoria de vinculação relativa dos precedentes, cuja aplicação racionaliza tanto o seguimento como a divergência de entendimentos.

Infere-se, por conseguinte, que a teoria normativa dos precedentes assume o compromisso com princípios constitucionais fundamentais, principalmente com o princípio da igualdade de todos perante a lei (CF, art. 5.º, *caput*) e com o princípio da segurança jurídica na aplicação do direito (CF, art. 1.º, *caput*).

A igualdade exige aplicação dos precedentes a casos similares. Havendo divergência devidamente justificada, admite-se a superação dos precedentes. A igualdade, desse modo, tolera a diferença e não oprime a divergência. Em suma, o respeito aos precedentes judiciais significa a proibição de superar arbitrariamente os critérios de resolução nos casos substancialmente similares. Os precedentes tornam-se, desse modo, instrumentos de igualdade, coerência e continuidade do ordenamento jurídico.

Ademais, todos os integrantes de uma sociedade, como usuários ou criadores do Direito, têm alguma ingerência ou compromisso com a segurança. Logicamente existem diferentes níveis dessa onicompreensiva responsabilidade pela segurança jurídica. Busca-se, de forma sintética, segurança jurídica na aplicação do direito, o que remete à previsibilidade da atuação jurisdicional, para que não restem frustradas as expectativas legitimamente constituídas.

A operacionalidade da teoria depende da atividade exercida pelos tribunais superiores, permitindo-se incrementar a prestação jurisdicional, seja em termos materiais, sejam em termos processuais. No primeiro aspecto, a teoria dos precedentes judiciais vem contribuir para a modernização do processo civil brasileiro quanto ao movimento de “universalização da jurisdição”, preocupado com a ampla admissão em juízo e com a qualidade da prestação jurisdicional prestada, a fim de otimizar a tutela jurisdicional para atender à massificação dos processos e ao número incessante de conflitos. No segundo aspecto, a teoria normativa dos precedentes judiciais representa economia, celeridade e eficiência na prestação jurisdicional, porquanto proporciona melhor rendimento para o exame dos casos relevantes. Trata-se de exigência do princípio constitucional do acesso à jurisdição (CF, art. 5.º, XXXV) e do princípio constitucional da duração razoável do processo (CF, art. 5.º, LXXVIII), desencorajando a litigiosidade em casos similares e incrementando os resultados a serem obtidos nos processos judiciais.

A teoria dos precedentes judiciais, proposta neste trabalho, permite atribuir valor diferenciado aos precedentes oriundos dos tribunais superiores, principalmente do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Essa força é normativa; vincula e, por conseguinte, produz efeitos jurídicos. Entende-se, assim, que as suas decisões devem ser otimizadas ao máximo, estendendo os seus efeitos aos órgãos inferiores na organização judiciária. Da mesma forma, os demais órgãos da Administração Pública e a sociedade, de um modo geral, devem reger-se em conformidade com os precedentes dos tribunais superiores.

A segunda principal tese deste trabalho reside na definição de cânones orientadores para aplicação e superação dos precedentes judiciais. A preocupação é encontrar delimitação racional à aplicação/superação da jurisprudência, mediante critérios orientadores.

Entre as principais regras aplicativas, tem-se que os órgãos jurisdicionais podem distinguir, modificar ou revogar os seus precedentes, desde que assumam a respectiva carga de argumentação, expondo de forma suficiente e razoável a mudança de critério com base no próprio sistema normativo, sob pena de violação aos princípios constitucionais da segurança jurídica, da igualdade e da fundamentação das decisões judiciais (CF, arts. 1.º, *caput*, 5.º, *caput*, e 93, IX e X) e às respectivas normas infraconstitucionais (CPC, arts. 125, I, e 458, II), o que enseja a interposição dos recursos extraordinários (CF, arts. 102, III, e 105, III), seja para cassação, seja para revisão da respectiva decisão. Outrossim, desponta a regra

que trata da limitação dos efeitos da modificação/revogação dos precedentes. A eficácia *ex tunc* da superação dos precedentes tem prioridade de aplicação. No entanto, a atribuição de efeitos *ex nunc* deve ser considerada nos casos em que o entendimento que está sendo alterado tornou-se pacífico por longo período. Nessas hipóteses, a alteração dos precedentes, com efeitos retroativos, representa violação aos princípios informadores, especialmente o princípio da proteção da confiança legítima, impondo-se a eficácia prospectiva.

Espera-se, ao fim e ao cabo, que o presente estudo possa contribuir, ainda que muito modestamente, para algum aprimoramento da prestação jurisdicional e da evolução da jurisprudência no Brasil. Ao longo deste trabalho, o objetivo foi sempre seguir a recomendação de Calamandrei: o ofício do jurista consiste em oferecer à sociedade a tormentosa, mas estimulante, consciência de que o Direito está perpetuamente em perigo, e que somente da sua vontade de levá-lo a sério e de defendê-lo a todos os custos depende a sua sorte terrena e a da cidadania¹⁸⁶².

Com esse propósito, precisamos inverter a lógica da quantidade de julgamentos em detrimento da qualidade, o que é apenas aparentemente produtor, assim como uma tutela jurisdicional que não atende aos fins sociais e humanos imanentes ao Direito, sob pena de o Judiciário afastar-se cada vez mais do que a sociedade dele espera, uma jurisdição orientada aos fins de um Estado Democrático de Direito.

¹⁸⁶² CALAMANDREI, La certezza..., 1965, p. 522.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. *The rational as reasonable*. Norwell: Kluwer Academic, 1987.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira, Claudia Toledo. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

_____; DREIER, R. Precedent in the Federal Republic of Germany. *In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Ed.). Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997. p. 17-64.

_____; PECZENIK, Aleksander. The concept of coherence and its significance for discursive rationality. *Ratio Juris: an International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Malden, MA, v. 3, p. 132-147, Mar. 1990.

ALPA, Guido. *I precedenti: la formazione giurisprudenziale del diritto civile*. Con la collaborazione di Pietro Maria Putti *et al.* Torino: UTET, 2000. v. 1.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A ação coletiva de responsabilidade civil e seu alcance. *In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). Responsabilidade civil por danos a consumidores*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 87-116.

_____. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 155, p. 11-26, jan. 2008.

_____. *Do formalismo no processo civil*. 4. ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Embargos de divergência perante o Superior Tribunal de Justiça: conceito de semelhança: o que interessa é o fato jurídico nuclear, desimportando diferenças irrelevantes do ponto de vista jurídico: exame lógico do problema: admissibilidade do recurso interposto à luz dos princípios que regem a matéria. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 131, p. 165-172, jan. 2006.

_____. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 137, p. 7-31, jul. 2006.

_____. A garantia do contraditório. *Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 74, p. 103-120, nov. 1998.

_____. Jurisdição e administração: notas de direito brasileiro e comparado. *Revista Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 30, n. 119, p. 217-232, jul./set. 1993.

_____. Processo civil brasileiro e codificação. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 179, p. 261-271, jan. 2010.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: _____ *et al.* (Org.). *Processo e constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 1-15.

_____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010. (Curso de processo civil, v. 1).

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Processo constitucional no Brasil: nova composição do STF e mutação constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 57, p. 100-108, out./dez. 2006.

ANDREWS, Neil. La giustizia civile inglese e il mondo esterno. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 61, n. 3, p. 829-851, sett. 2007.

ANGELONI, Franco. Ancora sul precedente di cassazione: questa volta sotto il profilo della responsabilita' civile del magistrato che lo disattende senza indicare le ragioni della propria decisione. *Contratto e Impresa: Dialoghi con la Giurisprudenza Civile e Commerciale*, Padova, v. 17, p. 30-48, 2001.

ANZON, Adele. *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi: l'esperienza italiana alla luce di un'analisi comparata sul regime del Richterrecht*. Giuffrè: Milano, 1995.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

ARRUDA ALVIM, José Manuel. Cabimento de embargos de divergência contra acórdão (de mérito) de Turma, proferido em agravo regimental, tirado de decisão de relator de recurso extraordinário: imprescindibilidade de uma releitura da súmula 599/STF. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 144, p. 9-22, fev. 2007.

_____. O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 13-47.

_____. *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Milano: Giuffrè, 1967.

_____. Súmula e súmula vinculante. In: MEDINA, José Miguel Garcia *et al.* (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. p. 1147-1160.

ASCHERI, Mario. Sul ‘problema cassazione’: un punto di vista ‘storico’. In: SCINTILLAE Iuris. Milano: Giuffrè, 1994. v. 1. Studi in memoria di Gino Gorla. p. 145-154.

ASSIS, Araken de. Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. p. 195-204.

AULETA, Ferruccio. Una lezione di analisi economica del diritto processuale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 61, n. 2, p. 633-639, giugno 2007.

ÁVILA, Ana Paula. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei n. 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 21, p. 1-31, jan./mar. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-21-JANEIRO-2010-HUMBERTO-AVILA.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2010.

_____. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BACIGALUPO, Enrique. Applicazione del diritto penale ed uguaglianza dinanzi alla legge. Un quadro europeo In: COCCO, Giovanni. *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*. Padova: CEDAM, 2005. p. 7-25.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. rev. e ampl. à luz da Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional n. 10/1996. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 476 a 565*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. (Comentários ao Código de Processo Civil, v. 5).

_____. A Emenda Constitucional 45/2004 e o processo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 130, p. 235-248, dez. 2005.

_____. O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 1, n. 6, p. 36-44, set./out. 2000.

_____. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. In: _____. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 27-42.

_____. Prueba y motivación de la sentencia. In: _____. *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 107-115.

_____. Reformas processuais. In: _____. *Temas de direito processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 1-6.

_____. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 6, n. 35, p. 5-16, maio/jun. 2005.

BARROS MONTEIRO, Washington. *Curso de direito civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. (Curso de direito civil, v. 1).

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Recurso extraordinário: violação indireta da Constituição: ilegitimidade da alteração pontual e casuística da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: _____. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 3, p. 279-302.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

BAUR, Fritz. Il processo e le correnti culturali contemporanee. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 27, p. 253-271, 1972.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 2. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BENEDETTI, Giuseppe. Precedente giudiziale e tematizzazione del caso: per una teoria della prassi. In: SCINTILLAE Iuris. Milano: Giuffrè, 1994. v. 1. Studi in memoria di Gino Gorla. p. 173-189.

BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de precedentes e organização judiciária. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. p. 473-487.

BIN, Marino. Funzione uniformatrice della cassazione e valore del precedente giudiziario. *Contratto e Impresa: Dialoghi con la Giurisprudenza Civile e Commerciale*, Padova, v. 4, n. 2, p. 545-558, 1988.

BISCH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade: um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Intr. Tercio Sampaio Ferraz Júnior; trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. São Paulo: Polis, 1989.

_____. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Org. por Michelangelo Bovero; trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BODENHEIMER, Edgar. *Jurisprudence: the philosophy and method of the law*. Revised edition. Cambridge: Harvard University Press, 1974.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONSIGNORI, Angelo. L'art.65 dell'ordinamento giudiziario e l'efficacia persuasiva del precedente. *Contratto e Impresa: Dialoghi con la Giurisprudenza Civile e Commerciale*, Padova, v. 4, n. 2, p. 510-515, 1988.

BORGES, José Souto Maior. Princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do tributo. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 63, p. 206-210, 1997.

BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. *Stare decisis: the alteration of precedent on the Supreme Court, 1946-1992*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

BRUTAU, José Puig. *A jurisprudência como fonte do direito*. Trad. de Lenine Nequete. Porto Alegre: AJURIS, 1977. (Coleção AJURIS, 5).

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

BUZAID, Alfredo. A crise do Supremo Tribunal Federal. In: _____. *Estudos de direito*. São Paulo: Saraiva, 1972. v. 1. p. 121-177.

_____. *Ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.

_____. *Da ação de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.

_____. Nova conceituação do recurso extraordinário na Constituição do Brasil. In: _____. *Estudos de direito*. São Paulo: Saraiva, 1972. v. 1. p. 181-208.

_____. Uniformização de jurisprudência. *Revista da AJURIS*: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 34, p. 189-217, jul. 1985.

CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 147, p. 123-146, maio 2007.

CADOPPI, Alberto. *Il valore del precedente nel diritto penale: uno studio sulla dimensione "in action" della legalità*. Ristampa con premissa di aggiornamento. Torino: G. Giappichelli, 2007.

CALAMANDREI, Piero. *La casación civil*. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945. v.1-2, t. 1-2.

_____. La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina. In: _____. *Opere giuridiche*. A cura di Mauro Cappelletti. Napoli: Morano, 1965. v. 1. p. 504-522.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. Súmula vinculante. In: TUBENCHLAK, James (Coord.). *Doutrina*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 1997. p. 13-35.

CAMBI, Eduardo. Critério da *transcendência* para a admissibilidade do recurso extraordinário (art. 102, § 3.º, da CF): entre a autocontenção e o ativismo do STF no contexto da legitimação democrática da jurisdição constitucional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Coord.). *Reforma do Judiciário*: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 153-165.

_____. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. p. 662-683.

_____. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____; BRITO, Jaime Domingues. Súmulas vinculantes. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 168, p. 143-160, fev. 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. Alcuni precedenti storici del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 21, n. 1, p. 52-68, 1966.

_____. *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee: studi di diritto giudiziario comparato*. Bologna: Il Mulino, 1994.

_____. The doctrine of stare decisis and the civil law: a fundamental difference – or on difference at all? In: DROBNIG, Ulrich; KÖTZ, Hein; BERNSTEIN, Herbert. *Festschrift für Konrad Zweiger*. Tübingen: Mohr, 1981. p. 381-393.

_____. Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 30, n. 3, p. 362-402, 1975.

_____. *Juízes legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Reimpressão de 1999. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

_____. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal do acesso à justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 74, p. 82-97, abr. /jun. 1994.

CARDOZO, Benjamin N. *The nature of the judicial process*. Mineola: Dover, 2005. Originally published in New Haven, by Yale University Press, in 1921.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Primeiras observações sobre a lei dos recursos repetitivos no STJ. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 160, p. 83-86, jun. 2008.

_____. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. La certezza del diritto. In: LÓPEZ DE OÑATE, Flavio. *La certezza del diritto*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1968. p. 191-206.

_____. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958.

_____. *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1933. v. 1.

_____. *Sistema del diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1936. v. 1.

_____. *Sistema del diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1938. v. 2.

CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais. In: FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito “ex nunc” e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008. p. 33-73.

CARVALHO, Ivan Lira de. Decisões vinculantes. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 745, p. 48-58, nov. 1997.

CARVALHO, Paulo de Barros. O princípio da segurança jurídica. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 61, p. 74-90, 1994.

CASE of first impression. In: GARNER, Bryan A. (Ed.). *Black’s law dictionary*. 8. ed. Sant Paul: Thomson West, 2004. p. 228

CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 1995. v. 1.

_____. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 1983.

_____. *O problema da constitucionalidade dos assentos: (comentário ao acórdão nº 810/93 do tribunal constitucional)*. Coimbra: Coimbra, 1994.

CASTILLO BLANCO, Federico A. *La protección de confianza en el derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 1998.

CHIARLONI, Sergio. Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 43, n. 1, p. 118-148, mar. 1989.

_____. Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 56, n. 1, p. 1-16, 2002.

CHIASSONI, Pierluigi. *La giurisprudenza civile: metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*. Milano: Giuffrè, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. v. 1.

COASE, Ronald Harry. *The firm, the market, and the law*. Chicago: Chicago University Press, 1988.

COCCO, Giovanni. *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*. Padova: CEDAM, 2005.

COMMON law. In: GARNER, Bryan A. (Ed.). *Black's law dictionary*. 8. ed. Sant Paul: Thomson West, 2004. p. 292-293.

CONSTITUTIONAL stare decisis. *Harvard Law Review*, Cambridge, MA, v. 103, n. 2, p. 1344-1363, 1989/90.

CORDEIRO LEAL, André. *A instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/ FUMEC, 2008.

COTTA, Sergio. La certezza del diritto: una questione da chiarire. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v. 39, n. 1, p. 317-326, 1993.

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos normativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 33-74, 2004. Suplemento.

_____. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 84, p. 46-63, 1987.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de filosofia do direito*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

CROCE, Marco. Precedente giudiziale e giurisprudenza costituzionale. *Contratto e Impresa: Dialoghi con la Giurisprudenza Civile e Commerciale*, Padova, v. 22, n. 4-5, p. 1114-1161, luglio/ott. 2006.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in english law*. 4. ed. Oxford: Clarendon, 2004.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Anotações sobre a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário (Lei nº 11.418/2006). *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, v. 56, p. 7-17, nov./dez. 2008.

_____. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____; _____. *Lições de processo civil canônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DAMAŠKA, Mirjan R. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Bologna: Mulino, 2005. Edizione originàle nel 1986, con il título "The faces of justice and state authority", pubblicàto a New Haven, per la Yale University Press.

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

DE FRANCHIS, Francesco. L'interpretazione del precedente giudiziario nei sistemi di "civil law" e di "common law" (accenni comparatistici). *Contratto e Impresa: Dialoghi con la Giurisprudenza Civile e Commerciale*, Padova, n. 1, p. 91-103, 1986.

DEFLORIAN, Luisa Antonioli. Il precedente giudiziario come fonte di diritto: l'esperienza inglese. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v. 39, n. 1, p. 133-204, 1993.

_____. Il ruolo del precedente giudiziale nel common law inglese. In: VICENTI, Umberto *et al. Il valore dei precedenti giudiziali nella tradizione europea*: a cura di Umberto Vicenti. Padova: CEDAM, 1998. p. 167-234.

DELGADO, José Augusto. *Imprevisibilidade das decisões judiciais*. [2008]. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 20 maio 2009.

DENTI, Vittorio. A proposito de Corte di cassazione e di nomofilachia. *Il Foro Italiano*, Roma, v. 109, pt. 5, p. 418-420, 1986.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009.

_____. O princípio da irretroatividade do Direito na Constituição e no Código Tributário Nacional. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 67, p. 237-251, 1996.

_____; SANTIAGO, Igor. A mudança do STF e os créditos de IPI. *Valor Econômico*, São Paulo, p. E2, 21, 22 e 23 abr. 2007.

DIAS, Jean Carlos. A dimensão jurídica da prova e sua valoração no moderno estudo do processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 107, p. 86-96, jul./set. 2002.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 4. ed. Salvador: Podium, 2009. (Curso de direito processual civil, v. 4).

DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 25, n. 100, p. 166-192, out./dez. 2000.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. 3 v.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Relativizar a coisa julgada material. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

_____. O relator, a jurisprudência e os recursos. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis, de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 127-144.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

DOLEZALEK, Gero. Precedenti giudiziari nello 'ius commune'. In: VICENTI, Umberto *et al.* *Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea*. Padova: CEDAM, 1998.

DOSI, Ettore. *Sul principio del libero convincimento del giudice nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1957.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. 6. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. de J. Baptista Machado. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *A lei de introdução ao código civil brasileiro*: (Dec.-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, com as alterações da Lei nº 3.238, de 1º de agosto de 1957, e leis posteriores): comentada na ordem de seus artigos. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. v. 1.

FALZEA, Angelo. *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1999. v. 1.

FARACO DE AZEVEDO, Plauto. Poder Judiciário e justiça social. *Revista da AJURIS*: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 63, p. 5-16, mar. 1995.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____; KUNTZ, Rolf. *Qual o futuro dos direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FAVELA, José Ovalle. Tradizioni giuridiche, precedente e giurisprudenza. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Padova, anno 54, n. 3, p. 867-888, sett. 2005.

FAZZALARI, Elio. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. Segurança jurídica, coisa julgada e justiça. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 263-278, 2005.

_____; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito “ex nunc” e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008.

FERRERES COMELLA, Víctor; XIOL RÍOS, Juan Antonio. *El carácter vinculante de la jurisprudencia*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade*. Coord. da tradução Carlos Alberto de Salles; tradução Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FRANÇA, Rubens Limongi. *O direito, a lei e a jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

FRANK, Jerome. *Courts on trial: myth and reality in American justice*. Princeton: Princeton University Press, 1973.

_____. *Law and the modern mind*. Piscataway: Transaction, 2009.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1995.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Trad. de Flávio Paulo Meurer; revisão da trad. de Enio Paulo Giachini. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. v. 1.

GALGANO, Francesco. Giurisprudenza e giurisprudenza in materia civile. *Contratto e Impresa*: Dialoghi con la Giurisprudenza Civile e Commerciale, Padova, v. 1, n. 1, p. 29-48, 1985.

GALGANO, Francesco. Il precedente giudiziario in civil law. In: _____. *Atlante di diritto privato comparato*. Con la collaborazione di Franco Ferrari e Gianmaria Ajani. 3. ed. Bologna: Zanichelli, 1999. p. 30-33.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 92, p. 5-16, out./dez. 1989.

GARRO, Alejandro M. Eficacia y autoridad del precedente constitucional en America Latina: las lecciones del derecho comparado. *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Buenos Aires, v. 1, p. 11-60, 1989.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 1999.

_____. In merito alla giurisprudenza del Tribunal Constitucional spagnolo sull'obbligo dei giudici di rispettare il proprio precedente: una esigenza dell'argomentazione razionale. *Giurisprudenza Italiana: Dottrina e Varietà Giuridiche*, Torino, v. 145, pt. 4, p. 554-560, nov. 1993.

_____. *La técnica del precedente y la argumentación racional*. Madrid: Tecnos, 1993.

GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*. New York: Oxford University Press, 2008.

GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil*. Trad. Lucio Cabrera de Acevedo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

_____. Código de Processo Civil coletivo: um modelo para países de direito escrito. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 111, p. 192-208, jul./set. 2003.

GLENDON, Mary Ann. Comment. In: SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation: federal courts and the law*. An essay by Antonin Scalia with commentary by Amy Gutmann, editor *et al.* Princeton: Princeton University Press, 1998.

GOLDSTEIN, Laurence. Some problems about precedent. *Cambridge Law Journal*, London, v. 43, n. 1, p. 88-107, Apr. 1984.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

GOODHART, Arthur L. *Precedent in english law and continental law*. London: Stevens and Sons, 1934.

GORLA, Gino. Precedente giudiziale. In: ENCICLOPEDIA giuridica. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1990. p. 1-14.

_____. Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per la interpretazione delle sentenze. *Il Foro Italiano*, Roma, v. 87, n. 7, p. 73-87, 1964.

_____. L'uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi. *Il Foro Italiano*, Roma, n. 5, p. 113-144, 1976.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRECO, Leonardo. A falência do sistema de recursos. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 1, p. 93-108, abr. 2003.

_____. A reforma do Poder Judiciário e o acesso à Justiça. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 27, p. 67-87, jun. 2005.

_____. Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária. In: MACHADO, Hugo de Brito (Org.). *Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária*. São Paulo: Dialética, 2006. p. 294-307.

_____. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 164, p. 29-56, out. 2008.

GUASCH FERNÁNDEZ, Sergi. *El hecho y el derecho en la casación civil*. Barcelona: Bosch, 1998.

GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. Trad. John Farrell. Albany: State University of New York Press, 1993.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

HABSCHEID, Walther J. As bases do direito processual civil. Trad. de José Manoel Arruda Alvim. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 11, p. 117-141, jul./dez. 1978.

HANSFORD, Thomas G.; SPRIGGS II, James F. *The politics of precedent on the U.S. Supreme Court*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

HART, Herbert L. A. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.

HECK, Luis Afonso. As fontes do direito. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 677, p. 59-81, mar. 1992.

_____. *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional alemã*. Porto Alegre: Fabris, 1995.

HEIDEGGER, Martin. *Lógica: a pergunta pela essência da linguagem*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HONDIUS, Ewoud H. Precedent: something of the past? In: DUBUISSON, Bernard *et al.* (Coord.). *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*. Brussel: Larcier, 2003. p. 415-423.

INZITARI, Bruno. Obbligatorietà e persuasività del precedente giudiziario. *Contratto e Impresa: Dialoghi con la Giurisprudenza Civile e Commerciale*, Padova, v. 4, n. 2, p. 526-530, 1988.

JAMES, Philip S. *Introduction to English law*. 10. ed. London: Butterworths, 1979.

JANSEN, Rodrigo. A súmula vinculante como norma jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 838, p. 42-74, ago. 2005.

JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdú. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

JOLOWICZ, J. A. Too many precedents? *In: SCINTILLAE Iuris*. Milano: Giuffrè, 1994. v. 1. Studi in memoria di Gino Gorla. p. 281-289.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Trad. de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Teoría general del derecho y del estado*. Trad. Eduardo García Máynez. 3. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1969.

_____. *Teoria geral do estado*. Trad. de Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva, 1938.

_____. *Teoria pura do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

KEMMERICH, Clóvis Juarez. *Alteração jurisprudencial para o futuro no direito brasileiro*. Porto Alegre, 17 jan. 2008. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/00alteracao__CJ.php>. Acesso em: 23 abr. 2010.

KNIJNIK, Danilo. O princípio da segurança jurídica no direito administrativo e constitucional. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 35, p. 205-251, 1995.

_____. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

KRIELE, Martin. *Il precedente nell'ambito giuridico europeo-continentale e angloamericano: la sentenza in Europa: metodo, tecnica e stile: atti del Convegno internazionale per l'inaugurazione della nuova sede della Facoltà*: Ferrara, 10-12 ott. 1985. Padova: CEDAM, 1988.

KRONMAN, Anthony T. Precedent and tradition. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 99, p. 1029-1066, 1990.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2009.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v. 8, t. 1.

_____. Processo e cultura. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 74-86, jan./jun. 1961.

LAMY, Eduardo de Avelar. Repercussão geral no recurso extraordinário: a volta da argüição de relevância? In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 167-180.

LAPORTA, Francisco J. La fuerza vinculante de la jurisprudencia y la lógica del precedente. In: FERRERES COMELLA, Víctor; XIOL RÍOS, Juan Antonio. *El carácter vinculante de la jurisprudencia*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009. p. 11-42.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. de José Lamago. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LEADING case. In: GARNER, Bryan A. (Ed.). *Black's law dictionary*. 8. ed. Sant Paul: Thomson West, 2004. p. 906.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

LLEWELLYN, Karl N. Some realism about realism: responding to Dean Pound. *Harvard Law Review*, Cambridge, MA, n. 44, p. 1222-1264, 1931.

LLOYD, Dennis; FREEMAN, Michael D. A. *Lloyd's introduction to jurisprudence*. 5. ed. London: Stevens & Sons, 1985.

LOMBARDI, Luigi. *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Milano: Giuffrè, 1967.

LOPES, João Batista. Efetividade do processo e reforma do Código de Processo Civil: como explicar o paradoxo processo moderno: justiça morosa? *Revista de Processo*, São Paulo, n. 105, p. 128-138, jan. /mar. 2002.

LÓPEZ DE OÑATE, Flavio. *La certeza del derecho*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953.

LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. Trad. de Peter Naumann. *Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre*, v. 49, p. 149-168, jul. 1990.

_____. *Introdução à teoria dos sistemas*. Trad. de Ana Cristina Arantes Nasser. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2007. v. 1. (Principi generali).

LUPOI, Maurizio. Pluralità di rationes decidendi e precedente giudiziale. *Quaderni de "Il Foro Italiano"*, Roma, p. 201-276, 1967.

_____. Valore dichiarativo della sentenza ed irretroattività del mutamento giurisprudenziale nel diritto statunitense. *Il Foro Italiano*, Roma, v. 92, p. 722-738, 1969.

MacCORMICK, Donald Neil. Introduction. In: _____; SUMMERS, Robert S. (Ed.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997. p. 1-15.

_____. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 1978.

_____. *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

_____; SUMMERS, Robert. S. Further general reflections and conclusions. In: _____; _____ (Ed.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997. p. 531-550.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* Trad. Marcelo Pimenta Marques. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001.

MAFFINI, Rafael da Cás. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

MALAURIE, Philippe. Les précédents et le droit. *Revue Internationale de Droit Comparé*. Paris: Société de Législation Comparée, v. 58, p. 319-326, avril/juin 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Questões controvertidas sobre a súmula vinculante. In: MEDINA, José Miguel Garcia *et al.* (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. p. 1188-1194.

_____. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as leis 11.417 e 11.418/2006 e a emenda regimental STF 21/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Súmula vinculante e a EC n. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Coord.) *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 685-719.

MARCATO, Antonio Carlos. Considerações sobre jurisdição e competência. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, n. 46, p. 49-66, mar./abr. 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 172, p. 175-232, jun. 2009.

_____. *Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Eficácia vinculante: a ênfase à *ratio decidendi* e à força obrigatória dos precedentes. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 184, p. 9-41, jun. 2010.

_____. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____; _____. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Ed.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997. p. 503-517.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10.11.1999*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a administração e os particulares. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: UFRGS, v. 22, p. 228-258, set./2002.

MATTEI, Ugo. Precedente giudiziario e stare decisis. *Digesto delle Discipline Privatistiche: Sezione Civile*, Torino, v. 14, p. 148-167, 1996.

_____. *Stare decisis: il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*. Milano: Giuffrè, 1988.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1951.

MAZZARELLA, Ferdinando. *Analisi del giudizio civile di cassazione*. Padova: CEDAM, 1983.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

MELONI, Maria. Il ruolo del precedente nella corte di cassazione. In: COCCO, Giovanni. *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*. Padova: CEDAM, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. A ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3 de 1993. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: São Paulo: Saraiva, 1994. p. 51-106.

_____. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, n. 179, p. 257-276, jul./set. 2008.

MENEZES CORDEIRO, António. Introdução. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984. v. 2.

MICHELI, Gian Antonio. *Contributo allo studio della formazione giudiziale del diritto: "case law" e "stare decisis"*. Pavia: Libreria Internazionale F.lli Treves, 1938.

MILLAR, Robert Wyness. *Civil procedure of the trial court in historical perspective*. New York: The Law Center of New York University, 1952.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2005. (Manual de direito constitucional, v. 6).

_____. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. (Manual de direito constitucional, v. 4).

_____. *Manual de direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Coimbra, 2003. (Manual de direito constitucional, v. 1).

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Processo civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MONATERI, Píer Giuseppe. L'occhio del comparatista sul ruolo del precedente giudiziario in Italia. *Contratto e Impresa: Dialoghi con la Giurisprudenza Civile e Commerciale*, Padova, v. 4, n. 1, p. 192-203, 1988.

MONTELEONE, Girolamo. Il nuovo volto della cassazione civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, anno 61, n. 3, p. 943-960, luglio/set. 2006.

MONTESANO, Luigi. Su alcune funzioni della cassazione civile secondo la Costituzione della Repubblica Italiana. *In: SCINTILLAE Iuris*. Milano: Giuffrè, 1994. v. 1. Studi in memoria di Gino Gorla. p. 291-297.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat [baron de la Brède]. *De l'esprit des lois*. Paris: Gallimard, 1970.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 20. ed. refundida, com a colaboração de Luiz Antonio Nunes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 1.

_____. O Supremo Tribunal Federal em face da nova Constituição: questões e perspectivas. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, DF, p. 35-47, jun./set. 1988.

MORELLO, Augusto Mario. *Prueba: tendencias modernas*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.

MORETTI, Francesca. Il precedente giudiziario nel sistema inglese. In: GALGANO, Francesco. *Atlante di diritto privato comparato*. Con la collaborazione di Franco Ferrari e Gianmaria Ajani. 3. ed. Bologna: Zanichelli, 1999. p. 4-14.

MOURA ROCHA, José de. A importância da súmula. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 257, p. 91-98, jan./mar. 1977.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NERY, Rosa Maria de Andrade. Responsabilidade da doutrina e o fenômeno da criação do direito pelos juízes. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. p. 422-430.

NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior In: FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito “ex nunc” e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008. p. 75-107.

_____. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____; _____. *Código de Processo Civil comentado*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito processual brasileiro e o efeito vinculante das decisões dos tribunais superiores. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 105, p. 64-95, jan./mar. 2002.

NUNES LEAL, Victor. Passado e presente da súmula do S.T.F. *Revista da AJURIS: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 25, p. 46-67, jul. 1982.

OBITER dictum. In: GARNER, Bryan A. (Ed.). *Black's law dictionary*. 8. ed. Sant Paul: Thomson West, 2004. p. 1102.

OLLERO, Andrés. *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

PÁDUA RIBEIRO, Antônio de. Do recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça. *Revista Informação Legislativa*, Brasília, DF, n. 105, p. 73-86, jan./mar. 1990.

PANZAROLA, Andrea. *La cassazione civile giudice del merito*. Torino: G. Giappichelli, 2005. v. 1, v. 2.

PATTI, Salvatore. Libero convincimento e valutazione delle prove. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 40, p. 481-519, 1985.

PAULSEN, Leandro; ÁVILA, René Bergmann; SLIWKA, Ingrid Schroder. *Direito processual tributário: processo administrativo fiscal e execução fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____; _____. *Segurança jurídica, certeza do direito e tributação: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PECZENIK, Aleksander. The binding force of precedent. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Ed.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997. p. 461-479.

_____. Legal reasoning as special case of moral reasoning. *Ratio Juris: an International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Malden, MA, v. 1, p. 123-136, July 1988.

_____. *On law and reason*. 2. ed. New York: Springer-Verlag, 2009. (Law and philosophy library, v. 8).

_____. Sui precedenti vincolanti de facto. *Ragion Pratica*, Bologna, v. 6, p. 35-43, 1996.

PENNA, Carlos Robichez. O recurso extraordinário e a crise do Supremo Tribunal Federal. *Estudos de Direito Público*, São Paulo, v. 4/5, n. 2/1, p. 11-26, 1985/1986.

PEREIRA, Milton Luiz. Embargos de divergência contra decisão lavrada por relator. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 101, p. 81-87, jan./mar. 2001.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Trad. Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERESSUTTI, Giampaolo Belloni. Metodo e strategie nell'utilizzazione dei precedenti giudiziari: riflessioni di un avvocato civilista. In: VICENTI, Umberto *et al.* *Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea*. Padova: CEDAM, 1998. p. 147-161.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel, 1991.

PICARDI, Nicola. Appunti sul precedente giudiziale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 39, n. 1, p. 201-208, genn./mar. 1985.

_____. Introduzione Code Louis (Ordonnance Civile, 1667). In: GIULIANI, Alessandro (Coord.). *Testi e documenti per la storia del processo, Code Louis, T.1 Ordonnance Civile, 1667*. Milano: Giuffrè, 1996. p. IX-LII.

_____. *Manuale del processo civile*. Milano: Giuffrè, 2006.

_____. Processo civile (diritto moderno). In: ENCIPLOPEDIA del diritto. Milano: Giuffrè, 1987. v. 36, p. 101-117.

_____. La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 58, n. 1, p. 41-71, mar. 2004.

PINHEIRO, Armando Castelar (Org.). *Judiciário e economia no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2000.

PIZZORUSSO, Alessandro. Osservatorio sui problemi delle fonti del diritto. *In: SCINTILLAE Iuris*. Milano: Giuffrè, 1994. v. 1. Studi in memoria di Gino Gorla. p. 299-317.

POLI, Roberto. Il giudizio di cassazione dopo la riforma. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, anno 62, n. 1, p. 9-34, genn./febr. 2007.

POLIZZI, Rosa Luisa. Il valore del precedente nella prassi. *In: COCCO, Giovanni. Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*. Padova: CEDAM, 2005. p. 203-209.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1953. v. 3, v. 5.

_____. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967-1968. v. 4, v. 5.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. 6.

_____. *Tratado de direito privado: parte especial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 25.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 7. ed. New York: Aspen, 2007.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Armédio Amado, 1997.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RATIO decidendi. In: GARNER, Bryan A. (Ed.). *Black's law dictionary*. 8. ed. Sant Paul: Thomson West, 2004. p. 1290

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. de Carlos Pinto Correa. Lisboa: Presença, 1993.

RAZ, Joseph. *The authority of law*. Oxford: Oxford University Press, 1979.

RE, Edward D. Stare decisis. Trad. Ellen Gracie Janine Northfleet. *Revista dos Tribunais*, v. 702, p. 7-13, abr. 1994.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Paradigmas da cultura contemporânea*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RECASÉNS SICHES, Luis. *Vida humana, sociedad y derecho*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1945.

REICHELDT, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

REIS, José Carlos Vasconcellos dos. Novo perfil do recurso extraordinário no direito brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 164, p. 55-83, out. 2008.

REVOGAÇÃO. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 13. imp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975. p. 1234.

RICCIO, Angelo. La rivitalizzazione legislativa della funzione nomofilattica della Cassazione. *Contratto e Impresa: Dialoghi con la Giurisprudenza Civile e Commerciale*. Padova, v. 23, n. 3, p. 825-828, magg./giugno 2006.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. In: _____. *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. p. 165-191.

_____. Sobre a súmula vinculante. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 210, p. 129-146, out./dez. 1997.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *A côrte suprema e o direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

RODRIGUES, Ruy Zoch. *Ações repetitivas: casos de antecipação de tutela sem o requisito da urgência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ROSELLI, Federico. Sull'affidamento del cittadino nella coerenza del legislatore e dei giudici. In: SCINTILLAE Iuris. Milano: Giuffrè, 1994. v. 1. Studi in memoria di Gino Gorla. p. 319-343.

ROSITO, Francisco. *Direito probatório: as máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. O princípio da duração razoável do processo sob a perspectiva axiológica. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 161, p. 21-38, jul. 2008.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. p. 85-129.

SASTRE, Silvia Díez. *El precedente administrativo: fundamentos y eficacia vinculante*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

SBISÁ, Giuseppe. Certezza del diritto e flessibilità del sistema (la motivazione della sentenza in common law e civil law). *Contratto e Impresa: Dialoghi con la Giurisprudenza Civile e Commerciale*. Padova, v. 4, n. 2, p. 519-525, 1988.

SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation: federal courts and the law. An essay by Antonin Scalia with commentary by Amy Gutmann, editor et al.* Princeton: Princeton University Press, 1998.

SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SELLERS, Mortimer N. S. The doctrine of precedent in the United States of America. *The American Journal of Comparative Law*, Baltimore, MD, n. 54, p. 67-88, 2006. Supplement.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SHAHABUDDEEN, Mohamed. *Precedent in the World Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

SHIMURA, Sergio Seiji. Embargos de divergência. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 414-427.

SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. p. 15-30.

_____. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. A regra do precedente no direito inglês. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, n. 75, p. 48-56, jan. /mar. 1996.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A função dos tribunais superiores. In: SENTENÇA e coisa julgada: ensaios e pareceres. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 285-305.

_____. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 453-482.

_____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SMEND, Rudolf. *Costituzione e diritto costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1988.

SORIANO, Leonor Moral. *El precedente judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2002.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha de. *A supremacia do direito no estado democrático e seus modelos básicos*. 2002. Tese (concurso a Professor Titular) – Departamento de Direito do Estado, Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

SPAETH, Harold J.; SEGAL, Jeffrey A. *Majority rule or minority will: adherence to precedent on the U.S. Supreme Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

STONE, Julius. *Legal system and lawyers' reasonings*. London: Stevens, 1964.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. Súmulas vinculantes em *terrae brasilis*: necessitamos de uma “teoria para a elaboração de precedentes”? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 78, p. 284-319, maio/jun. 2009.

SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: MacCORMICK, D. Neil; _____ (Ed.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997. p. 355-406.

TARUFFO, Michele. Dimensioni del precedente giudiziario. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 48, n. 2, p. 411-430, 1994.

_____. Idee per una teoria della decisione giusta. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 51, n. 2, p. 315-328, 1997.

_____. Institutional factors influencing precedents. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Ed.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997. p. 437-459.

_____. Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 55, n. 1, p. 11-31, 2001.

_____. I limiti soggettivi del giudicato e le class actions. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 24, p. 609-636, 1969.

_____. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975.

_____. *Precedente e giurisprudenza*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007.

_____. Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 48, n. 1, p. 19-36, 1994.

_____. Il processo civile di “civil law” e di “common law”: aspetti fondamentali. *Il Foro Italiano: Raccolta Generale di Giurisprudenza Civile, Commerciale, Penale, Amministrativa*, Roma, v. 124, p. 345-360, 2001.

_____. La prova dei fatti giuridici. In: TRATTATO di diritti civile e commerciale. Milano: Giuffrè, 1992. t. 2, v. 3.

_____. *Il vertice ambíguo: saggi sulla cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991.

TARZIA, Giuseppe. Il giudizio di cassazione nelle proposte di riforma del processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, anno 58, n. 1, p. 201-210, 2003.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A efetividade do processo e a reforma processual. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 78, p. 85-96, abr./jun. 1995.

_____. A jurisprudência como fonte do direito e o aprimoramento da magistratura. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 28, p. 107-120, jul./ago. 1981.
Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/32170>>. Acesso em: 20 maio 2009.

_____. O recurso especial e o Superior Tribunal de Justiça. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 653, p. 7-15, mar. 1990.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 125, p. 61-78, jul. 2005.

_____. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1.

_____. O novo artigo 543-C do Código de Processo Civil (Lei nº 11.672, de 08.05.2008). *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, n. 53, p. 59-65, maio/jun. 2008.

_____. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional (Código de Processo Civil, artigo 741, parágrafo único). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 841, p. 56-76, nov. 2005.

_____. As reformas do direito processual civil e o princípio constitucional da segurança jurídica. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 235-268.

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. v. 1.

TORRECILLAS RAMOS, Dirceô. *O federalismo assimétrico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. 3. ed. New York: Foundation, 2000.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Súmula de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: FRANÇA, R. Limongi. (Coord.). *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 71.

VACCA, Letizia. Sulla rilevanza dei 'precedenti' nel diritto giurisprudenziali romano. In: VICENTI, Umberto *et al.* *Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea*. Padova: CEDAM, 1998. p. 29-53.

VIANELLO, Elisabetta. La relatività della regola “stare decisis” nella pratica del precedente giudiziario. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 46, n. 1/4, p. 631-645, 1992.

VICENTI, Umberto. I precedenti giudiziari: prospettive romanistiche. In: _____ *et al. Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea*. Padova: CEDAM, 1998. p. 1-27.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília, DF: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. Trad. de Susana Elana Dalle Mura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VIGORITI, Vincenzo. Problemi del processo costituzionale: poteri discretionali dei giudici ed efficacia nel tempo della sentenza. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 21, n. 4, p. 1474-1496, 1967.

VISINTINI, Giovanna. Il dovere professionale di conoscere la giurisprudenza. In: SCINTILLAE Iuris. Milano: Giuffrè, 1994. v. 1. Studi in memoria di Gino Gorla. p. 405-418.

WALTER, Gerhard. *La libre apreciación de la prueba: (investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial)*. Trad. Tomás Banzhaf. Bogotá: Temis, 1985.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 100, p. 81-87, out. /dez. 2000.

_____; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. Recursos especiais repetitivos: reflexos das novas regras (Lei 11.672/2008 e Resolução 8 do STJ) nos processos coletivos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 163, p. 28-49, set. 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial. *Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 74, p. 253-278, nov. 1998.

_____. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 172, p. 121-174, jun. 2009.

_____. A função das súmulas do Supremo Tribunal Federal em face da teoria geral do direito. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 40, p. 224-235, out./dez. 1985.

_____. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law* e *common law*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 893, p. 33-45, mar. 2010.

_____. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. reform. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. 4. ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 2000. v. 1.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. Marcos G. Montagnoli. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

WOOD, Gordon S. Comment. In: SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation: federal courts and the law. An essay by Antonin Scalia with commentary by Amy Gutmann, editor et al.* Princeton: Princeton University Press, 1998. p. 49-63.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Sentido y hecho en el derecho*. México: Fontamara, 2003.

XIOL RÍOS, Juan Antonio. *El precedente judicial y otros estudios sobre el proceso administrativo: técnicas de evitación del proceso contencioso-administrativo*. Madrid: Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2005.

YARSHELL, Flávio Luiz. A reforma do judiciário e a promessa de “duração razoável do processo”. *Revista do Advogado da AASP*, São Paulo, n. 75, p. 28-33, abr. 2004.

_____. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite: legge diritti giustizia*. Torino: Einaudi, 1992.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Mandado de segurança coletivo: aspectos processuais controversos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

_____. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 125, p. 79-91, jul. 2005.

_____. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZENATI, Frédéric. La notion de divergence de jurisprudence. *In*: PASCAL, Ancel; RIVIER, Marie-Claire. *Les divergences de jurisprudence*. Saint-Étienne: Université de Saint-Étienne, 2003. p. 53-71.

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR

COLE, Charles D. *Stare decisis* na cultura jurídica dos Estados Unidos: o sistema de precedente vinculante do *common law*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 752, p. 11-21, jun. 1998.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Variações sobre precedentes judiciais vinculantes e persuasivos. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 1, n. 5, p. 13-23, mar./abr. 2005.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10. ed. Salvador: Podium, 2008. (Curso de direito processual civil, v. 1).

GORLA, Gino. “Ratio decidendi” e “obiter dictum”. In: *DIRITTO comparato e diritto comune europeo*. Milano: Giuffrè, 1981. p. 331-358.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. A eficácia das decisões de inconstitucionalidade: 15 anos de experiência. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Quinze anos de Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PECZENIK, Aleksander. Can philosophy help legal doctrine? *Ratio Juris: an International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Malden, MA, v. 17, n. 1, p. 106-117, Mar. 2004.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organizador e revisor técnico da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Common law, civil law e precedente judicial*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. p. 761-776.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *A história do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2007.

VICENTI, Umberto. *et al. Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea*. Padova: CEDAM, 1998.

VISINTINI, Giovanna. *Metodologia nello studio della giurisprudenza civile e commerciale*. Giuffrè: Milano, 1999.