

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DOUTORADO EM DIREITO

FELLIPE DOMINGUES DE BARROS FREITAS

**A LIMITAÇÃO TEMPORAL EXPRESSA DO PRECEDENTE JUDICIAL EM
PERÍODOS DE EXCEPCIONALIDADE**

Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira

Orientador

RECIFE

2023

FELLIPE DOMINGUES DE BARROS FREITAS

**A LIMITAÇÃO TEMPORAL EXPRESSA DO PRECEDENTE JUDICIAL EM
PERÍODOS DE EXCEPCIONALIDADE**

Dissertação apresentada à banca examinadora da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP/PE, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira

Recife

2023

FELLIPE DOMINGUES DE BARROS FREITAS

**A LIMITAÇÃO TEMPORAL EXPRESSA DO PRECEDENTE JUDICIAL EM
PERÍODOS DE EXCEPCIONALIDADE**

Dissertação apresentada à banca examinadora da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP/PE, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Data de aprovação:

Banca Examinadora:



Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira


Orientador – Presidente da Universidade Católica de Pernambuco

p/ Prof. Dr. Alexandre Henrique Tavares Saldanha



Examinador interno da Universidade Católica de Pernambuco

p/ Prof. Dr. Mateus Costa Pereira



Examinador interno da Universidade Católica de Pernambuco

p/ Profa. Dra. Paloma Mendes Saldanha



Examinadora interna da Universidade Católica de Pernambuco

p/ Profa. Dra. Gina Gouveia Pires de Castro



Examinadora externa da Universidade Federal de Pernambuco

p/ Prof. Dr. Bento Herculano Duarte Neto



Examinador externo da Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Recife

2023

AGRADECIMENTOS

À Deus, pois várias vezes quis desistir, mas incontáveis vezes segurastes na minha mão para continuar.

Ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP) em conjunto com a CAPES por meio do Programa de Suporte à Pós-Graduação (PROSUP), sem vocês não seria possível alcançar o patamar de primeiro doutor das famílias Domingues e Freitas.

Ao meu orientador Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira, que aceitou a missão dupla de me orientar na dissertação e, agora, na tese do doutorado. Meu amigo, eu tenho uma grande dívida de gratidão com você.

Por fim, à minha mãe, Romenia, que suportou, ao meu lado, todo o processo desgastante na construção da tese.

RESUMO

O propósito do presente trabalho é o de verificar se existe fundamento teórico e dogmático aptos a embasarem a construção de um precedente limitado temporalmente a uma circunstância de excepcionalidade. Isso porque diante de uma cultura de julgamentos singulares sem que se extraia com clareza e coerência uma *ratio decidendi*, torna-se ainda mais necessária a utilização de ferramentas que contribuam para a segurança jurídica. Ao longo do trabalho, verificou-se por meio da revisão de literatura sobre o tema, que os elementos de superação e distinção do precedente judicial seriam insuficientes para contribuir com a estabilidade, coerência e integridade do sistema preconizados pelo art. 927 do CPC em uma situação atípica de excepcionalidade. Verificou-se que se tornaria necessário um rigor formalista e vinculante com a finalidade de não existirem decisões contraditórias e baseadas em uma principiologia que reduziria ao arbítrio, a exemplo de um voto ocorrido no julgamento da ADI 6363. A conclusão demonstra a existência de requisitos necessários para abarcar a possibilidade de construção de um precedente limitado ao evento excepcional e de que é possível a aplicação dele para outras situações de anormalidades semelhantes.

Palavras-chaves: precedentes; limitação temporal; covid-19

ABSTRACT

The purpose of the present work is to verify if there is a theoretical and dogmatic foundation capable of supporting the construction of a precedent limited in time to an exceptional circumstance. This is because in the face of a culture of singular judgments without extracting a *ratio decidendi* with clarity and consistency, it becomes even more necessary to use tools that contribute to legal certainty. Throughout the work, it was verified through the literature review on the subject, that the elements of overcoming and distinguishing the judicial precedent would be insufficient to contribute to the stability, coherence and integrity of the system advocated by art. 927 of the CPC in an atypical situation of exceptionality. It was found that a formalistic and binding rigor would be necessary in order to avoid contradictory decisions based on principles that would reduce arbitrariness, such as a vote that occurred in the judgment of ADI 6363. The conclusion demonstrates the existence of necessary requirements to encompass the possibility of building a precedent limited to the exceptional event and that it is possible to apply it to other situations of similar abnormalities.

Keywords: Precedents; Time limitation; Covid-19

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 NOÇÕES PRELIMINARES SOBRE O PRECEDENTE JUDICIAL E DISTINÇÕES BÁSICAS DE OUTROS INSTITUTOS	12
1.1 Processo, linguagem e ideologia	12
1.2 Das origens do common law ao modelo de precedentes	22
1.2.1 Premissa historiográfica	22
1.2.2 A formação do <i>common law</i> no direito inglês	23
1.3 O desenvolvimento do sistema de pré-precedentalista no Brasil e suas intercorrências	29
1.4 Noções básicas do precedente	30
1.4.1 Conceituação	30
1.4.2 Distinções entre a súmula e o precedente	31
1.4.3 Distinções entre o precedente e a jurisprudência	33
1.4.4 Os precedentes merecem ser seguidos?	36
1.4.5 Por que não seguir precedentes?	48
2 O PRECEDENTE JUDICIAL COMO FONTE CRIATIVA DO DIREITO	50
2.1 Codificação, descodificação, microssistemas e recodificação do direito ..	50
2.2 Interpretação e criação do direito	59
2.3 Os precedentes como fontes de aplicação do direito	72
3 TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	75
3.1 Definição	75
3.2 Tipos de precedentes	78
3.3 <i>Stare decisis</i>	84
3.4 <i>Ratio decidendi</i>	85
3.5 <i>Obter dictum</i>	89
4 A EFICÁCIA TEMPORAL DOS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO E A POSSIBILIDADE LIMITATIVA	92
4.1 A segurança jurídica como cerne do sistema de precedentes	92
4.2 É possível falar em uma cultura de precedentes no sistema jurídico brasileiro?	97
4.3 Instrumentos de modificação dos precedentes	103
4.3.1 <i>Overruling</i>	103
4.3.2 <i>Anticipatory overruling</i>	105

4.3.3 <i>Prospective overruling</i>	106
4.3.4 <i>Distinguishing</i>	110
4.4 A possibilidade de limitação eficaz do precedente	112
4.4.1 Surgimento, características da excepcionalidade da Covid-19 e o dever de estabilidade	112
4.4.2 Dever de coerência do precedente limitado temporalmente	117
4.4.3 Dever de integridade do precedente limitado temporalmente.....	120
4.4.4 Os métodos de modificação do precedente são suficientes para períodos de anormalidades?	123
4.4.5 É possível a aplicação de um precedente construído em período de anormalidade da covid-19 em futuras outras pandemias?	125
4.4.6 Modulação dos efeitos e limitação temporal do precedente judicial	128
CONCLUSÃO	131
REFERÊNCIAS	135

INTRODUÇÃO

Este trabalho está inserido na área de concentração de “Direito, Processo e Cidadania”, na linha de pesquisa “Processo, Hermenêutica e Efetividade dos Direitos”, adotando a linha de investigação do grupo de pesquisa “Linguagem e Direito”, coordenado pelo professor Doutor Sérgio Torres Teixeira (Unicap), sendo esta tese uma das apresentadas no contexto do PPGD/Unicap. A pandemia da Covid-19, por exemplo, caracterizou um período de excepcionalidade dentro do contexto jurídico. Um cenário desse tipo demanda a construção de decisões também excepcionais, que precisam estar atentas à segurança jurídica corroborando com os princípios da coerência, integridade e estabilidade, conforme o art. 926 e ss do CPC. No primeiro capítulo, o trabalho apoia-se no estudo da correlação entre os termos de processo, linguagem e ideologia. De tal sorte que é impossível ter-se uma decisão judicial que não leve em consideração tais elementos como construtores de uma decisão judicial. Em virtude da necessidade de haver a distinção entre precedentes, súmulas vinculantes e jurisprudência, que o primeiro capítulo foi construído em virtude da confusão que acompanha tais institutos com o do objeto da pesquisa. Na sequência, para solidificar e questionar quais são as fontes do direito e em que perspectiva o precedente judicial se encontra como uma novidade oriunda do CPC/2015, então o segundo capítulo abordou o reconhecimento do precedente judicial como fonte criativa do direito. Isso porque apesar de aparentar uma eventual obviedade de que o precedente judicial se constitui como uma das fontes do direito, nem sempre fora assim, tendo em vista que em época não tão distante, o Direito teria sido reduzido a adjetivação do chamado direito “positivo”, isto é, eram consideradas fontes do direito apenas aquelas positivadas por meio do legislador. No capítulo terceiro, realiza-se revisão de literatura jurídica que, por sua vez, busca na dogmática suporte para compreender a teoria dos precedentes judiciais. Desde o começo do primeiro capítulo, a presente tese recusa o modelo positivista, na acepção de que não se pode estudar fenômenos sociais partindo-se da crença que a pesquisa é uma atividade neutra e objetiva, que busca descobrir regularidades ou leis, em que o pesquisador não pode fazer julgamentos e nem permitir que seus preconceitos e crenças contaminem a pesquisa. Em todo o trabalho acadêmico, é usual apresentar-se em alguma parte

alguma discussão teórica da literatura da área, chamada de revisão bibliográfica, metodologia adotada nos três primeiros capítulos desta obra, cujo propósito é expor a fundamentação teórica da pesquisa. O levantamento de livros, artigos científicos e capítulos de livros acerca do tema de precedentes judiciais e a possibilidade de limitação temporal conduziu a escolha dos autores que constam nas referências, a exemplo dos seguintes nacionais: José Carlos Barbosa Moreira, Luiz Guilherme Marinoni, Alexandre Freitas Câmara, Jônes Figueiredo, Fredie Didier, Humberto Theodoro Jr., Ravi Peixoto, Daniel Mitidieiro e outros. Além de consagrados autores internacionais, que possuem alguns livros escritos sobre a temática em apreço, a exemplo de: Rupert Cross, Eduard Guture, Jerome Frank, Neil Maccormick e Richard Posner. O objeto anteriormente mencionado conduziu ao levantamento bibliográfico preliminar, que se apoiou em livros físicos, eletrônicos, monografias jurídicas e artigos científicos em *sites* a exemplo do *google* acadêmico. Entretanto, quando da compilação das informações, em virtude do curto espaço de tempo entre um grande período de excepcionalidade vivenciado mundialmente que é a Covid-19 e a conclusão da tese, não houve pesquisadores que fizeram a correlação entre a possibilidade de limitação do precedente judicial temporalmente e o período de excepcionalidade. A busca de palavras-chaves no *google* acadêmico de “limitação do precedente judicial em períodos de excepcionalidade”, “precedente judicial e períodos de excepcionalidade” e “limitação temporal de precedentes judiciais” encontrou como resultado artigos científicos e livros apenas genéricos sobre a temática de precedentes, mas sem uma correlação clara e possível de existência. O quarto capítulo é o cerne do trabalho em que se procura responder a pergunta de partida e os seguintes objetivos geral e específicos, se é possível haver a possibilidade de construção de um precedente judicial limitado temporalmente em decorrência de um período de excepcionalidade, se os meios de superação e distinção do precedente judicial seriam suficientes para solucionar o problema de pesquisa e se seria possível a utilização posterior do precedente judicialmente limitado a circunstância de excepcionalidade em outro momento posterior em condições semelhantes.

A metodologia utilizada na pesquisa é a dedutiva, com base em pesquisa bibliográfica sobre o tema proposto e a busca pelas informações gerais dos

conceitos atinentes à temática, com a obtenção de informações e explicações utilizadas para chegar às conclusões específicas sobre o tema e o problema proposto, deduzindo a resposta diante das hipóteses realizadas.

1 NOÇÕES PRELIMINARES SOBRE O PRECEDENTE JUDICIAL E DISTINÇÕES BÁSICAS DE OUTROS INSTITUTOS

1.1 Processo, linguagem e ideologia

É um pouco curioso, uma tese de doutorado começar a definir a finalidade de um precedente judicial. Uma vez que normalmente diversas são as buscas e definições quanto a finalidade do processo judicial. De modo que rios de tinta ou florestas amazônicas de papel foram gastas para tecer páginas a respeito de qual a finalidade do processo, porém quase pouquíssimas foram gastas na busca da finalidade do precedente judicial.

Michele Taruffo, em seu livro *uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*, traz a definição do que para ele seria a finalidade do processo: “o processo pode ser interpretado como um instrumento epistemologicamente válido e racional, ou seja, se esse é um instrumento ou um método eficaz para a descoberta e a determinação da verdade dos fatos em que se funda uma decisão” (TARUFFO, 2016, p. 157).

Na definição acima exposta, o processo pode ser visto como um “instrumento” ou “local” em que as partes buscam trazer argumentos para colaborar com a verdade. De modo que, com a devida vênia de entendimentos doutrinários destoantes, o processo não seria uma pura e simples retórica aliada a um discurso charmoso ou eloquente, mas um local em que as normas, valores e as garantias são aplicados e os interesses conseguem ser tutelados.

Nesse ponto, diversos doutrinadores entendem que Taruffo seria um tanto quanto idealista ou um entusiasta demasiado do processo, através da busca de uma verdade ideal. Contudo, Taruffo não está alheio ao fato de que as normas processuais, fruto de uma construção legislativa, estão permeadas de ideologia.

Acaso em um determinado Estado a função do processo será ao término celebrar um procedimento ritualístico de aperto de mãos; ou se ao fim o processo terminará com o desprezo público do vencido perante uma comunidade, todos esses ritos procedimentais irão variar de acordo com a ideologia da localidade em conformidade com os entendimentos sociais. Porém, para Michele, a única

função imutável em diferentes sistemas espalhados ao redor do mundo é a análise epistemológica da verdade.

Acima de tudo, é a análise epistemológica que consente afrontar os diversos sistemas probatórios sob o perfil de sua maior ou menor eficiência para a apuração da verdade (TARUFFO, 2016, p. 163).

Há de se ressaltar que uma outra vertente desse processo chamado ideológico é o reconhecimento de que a linguagem não é ingênua (BAKHTIN, 2014[1929]; CITELLI, 2007) e que no âmbito do Direito, essa concepção de linguagem está ancorada nos modelos abstratos de línguas ideais. A utilização da linguagem abrange vários aspectos tanto simultâneos, quanto sucessivos que em um contexto institucional do judiciário cria um objeto que transpassa a mera análise da linguística para construir um objeto interdisciplinar (COLARES, 2003, p. 89).

Isso porque os precedentes judiciais utilizam linguagem e ela pode ser definida de uma maneira geral como “o uso de signos intersubjetivos, que são os que possibilitam a comunicação” (ABBAGNANO, 1998, p. 165), funcionando a linguagem como “instrumento de comunicação pública, intersubjetiva e como tal deve ser compreendida” (KOZICKI, 2014, p. 34).

A importância do estudo e da concepção da língua muitas vezes passa despercebida, na medida em que não se compreende, em geral, os reflexos desta concepção para a concepção de sujeito, como adverte Koch (2009, p. 13).

Pode-se adotar um ponto de vista de língua como representação do pensamento, outra concepção como estrutura e ainda uma terceira concepção como lugar de interação. Na primeira, tem-se a correspondência a uma noção de sujeito psicológico, na segunda a um sujeito “assujeitado pelo sistema” e na terceira um sujeito como entidade psicossocial (KOCH, 2009, p. 13-15).

Nesses termos, adota-se nesta tese a concepção de sendo a língua um local de interação, o qual correlaciona como um sujeito ente social, historicamente situado. Se a língua é um local de interação em que os sujeitos podem construir ou destruir entendimentos e convenções, qual o local mais apropriado que não o *fórum* do processo?

Fixadas essas premissas a respeito da linguagem, o processo, tal como o precedente, utiliza uma noção de texto, haja vista que depende também essa conceituação das concepções de língua e sujeito.

Para essa concepção, a língua não pode ser considerada uma simples representação do pensamento, ou até um comum instrumento de comunicação, como se depreende do antes exposto, pois é preciso ter em mente

[...] a linguagem como um instrumento que dá forma e individualiza experiências é reconhecê-la como um exercício de subjetividade que se processa à medida que o sujeito se relaciona com os outros. O sujeito se constitui, então, influenciado pelo que lhe é exterior, como os processos históricos, ideológicos e sociais diferenciados, que estão internalizados nele. Por isso, esse sujeito social, mas não assujeitado, opera escolhas linguísticas na configuração do seu discurso com vistas à interação e à construção do sentido (SANTOS, 2006, p. 36).

Nesse ponto, alguns poderiam associar a linguagem a arbitrariedade, visto que a linguagem dá vazão a subjetividade dos seus interlocutores. No entanto, não podemos considerar ela como arbitrária e convencional, mas sim histórica e material. De tal maneira que não é puramente uma arbitrariedade de um dos interlocutores ou do interlocutor mais forte, mas sim advém de uma série de fatores vivenciados na interação.

Ver-se-á que de acordo com a tese aqui construída, a limitação ou limitabilidade temporal na aplicação do precedente neste período pandêmico não é um arbítrio que os tribunais poderão construir ao próprio talante, mas antes são frutos das reações sociais e usos convencionais. Hart explicando essa contextualização da linguagem informa:

Muitas distinções importantes entre tipos de situações ou relações sociais, que não são óbvias à primeira vista, podem ser elucidadas mediante um exame dos usos convencionais das expressões conexas e da maneira como estas dependem, de um contexto social, que permanece ele próprio frequentemente implícito (HART, 2009, p. 10).

Nesse processo de construção do sentido, fazendo-se a analogia com os jogos, Koch afirma que as peças do jogo são: o produtor/planejador; o texto e o leitor/ouvinte (KOCH, 2009, p. 19). Trazendo essas “peças” para o objeto deste estudo, o produtor/planejador seriam os juízes e tribunais emissores e editores dos precedentes judiciais; como texto, teríamos as decisões e acórdãos

proferidos por esses atores; e como leitor/ouvinte, teríamos as partes do processo e toda a comunidade jurídica.

Em consonância com essa linha argumentativa exposta, tem-se Streck (2016, p. 11-12), leciona que “[...] a linguagem deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e um objeto, passando a ser condição de possibilidade”, critica-se “[...] o pensamento dogmático do direito, por ser objetificador e pensar o direito metafisicamente, esconde a mesma coisa, obnubilando o processo de interpretação jurídica” (STRECK, 2016, p. 12).

Atualmente pode parecer a um primeiro olhar simples falar em uma linguagem construtora de possibilidades, inclusive para as áreas jurídicas. Mas certamente representou um avanço e conquistas sociais de surgimento desse novo paradigma, que a linguagem deixa de ser ferramenta e passa a fazer parte da própria subjetividade social. Desse modo, “a linguagem não está à disposição do sujeito, uma vez que não existem textos que se refiram a algo no mundo” (STRECK; ABBOUD, 2015, p. 65).

O expoente nas ciências jurídicas mais proeminente de expor a função de controle social que poderia se utilizar a linguagem foi Warat. Aquele desconstruiu as falsas crenças de que a linguagem no Direito poderia ser considerada como neutra ou apática.

Warat (1995, p. 323) foi aquele que criou a expressão “senso comum teórico dos juristas” e assim a classificou como sendo “[...] uma manifestação da ação política, altera e determina o conjunto de conceitos que fundamentam e realizam a ordem interna das teorias, com as quais se pretende controlar a validade metodológica da ciência jurídica”. Apoiado nesse conceito Streck chega a dizer que o senso comum “[...] é como o óbvio. Se esconde. Dissimula. Desvendar as obviedades do óbvio: eis a tarefa do jurista crítico” (STRECK, 2016, p. 15). Eis a tarefa que este trabalho se propõe a partir das construções teóricas dos capítulos seguintes.

Para Kozicki (2014, p. 87) é preciso que se ressalte a insuficiência da linguagem jurídica “relevante o seu caráter simbólico”, de modo a “desmistificar o direito enquanto sistema fechado e revelar a possibilidade de sua

compreensão enquanto práxis institucional e instrumento regulador de conflito de interesses”.

Nessa toada não é complexo em demasia pensar que essas peças expostas anteriormente que se movimentam e relacionam criam um mundo ou uma nova realidade. Nessa realidade e iteratividade, por óbvio, insere-se o Direito, nela contida a decisão judicial. Destaca Gouveia (2016, p. 2): “o chamado giro linguístico deixou assim um legado que não pode ser desprezado por todos que trabalham com linguagem, inclusive os que exercem a atividade decisória” e a hermenêutica jurídica passou a mudar seu foco:

A hermenêutica jurídica tradicional, nesse sentido, passa também por um momento de crise, ou por uma alteração de foco. Essa mudança [...] ocorreu a partir da chamada viragem linguística e do rompimento com o paradigma metafísico aristotélico-tomista e da Filosofia da consciência (LIXA; SPAREMBERGER, 2016, p. 85-86).

Apropriando-se essa herança assume-se que “os textos produzidos socialmente em eventos autênticos do Judiciário são resultantes da estruturação social da linguagem que os consome e os faz circular” (BRAGATO; COLARES, 2017, p. 952). No entanto, diversamente da regulação social, o Direito pode criar um universo paralelo, uma realidade distante daqueles que não dominam o referido campo de conhecimento, distanciando-se os indivíduos não iniciados, destaca-se Lorenzetti:

A lei especial costuma incorporar uma linguagem própria do setor que regula, técnica, uma “tecnolinguagem”, que só é entendida por indivíduos preparados neste novo jargão legislativo. Daí que a norma passa a se mostrar inalcançáveis para o cidadão (2010, p. 58).

Na construção de um precedente judicial, bem como na utilização da referida linguagem, o produtor do texto, neste caso o operador do direito, está sinalizando, no mais das vezes de forma implícita, sua postura perante aquilo que deseja comunicar ou não comunicar. Não raras vezes, funciona como reproduzidor daquilo que já fora antes enunciado.

[...] sabe-se que a palavra é mesmo a matéria prima de toda a atividade que se pretende empreender no Direito. Pode-se dizer que a linguagem, [...], é o que conduz toda a argumentação jurídica, ela é, em sua dinamicidade característica, a própria atividade, tendo em vista que, por meio dela, o pensar e o agir

se articulam e se imbricam de forma indissociável (ERHARDT, 2014, p. 16).

Desse modo, a relação entre o Poder Judiciário e a sociedade, entre influenciadores e influenciados, fazem com que os estudos da linguagem jurídica sejam reorientados para o discurso:

Cada vez mais, componentes pragmáticos da dimensão social passam a ser introduzidos nos modelos teóricos de pesquisa linguística, com o propósito de investigar questões das rotinas sociais que interferem na linguagem e que por ela são construídas. Esse limiar dá lugar ao surgimento de diferentes quadros teóricos sob a legenda de *linguística enunciativa ou do discurso* (MELO, 2011, p. 1137).

Ovídio Baptista da Silva deixa claro que em seu trabalho iria se ater aos parâmetros e paradigmas racionalistas, pois almejava uma redução metodológica consequentemente danosa para a formação de um modelo de dimensão problemático do direito.

É importante salientar que para além dessa perspectiva racionalista do direito, deve-se enxergá-lo em sua totalidade social tendo em vista que as ciências jurídicas constroem mudanças na realidade social por meio da produção e do consumo do discurso jurídico e das chamadas “falas autorizadas”, que significam os textos jurídicos ou do discurso jurídico privilegiado, que estão a serviço do poder ou de uma determinada ideologia.

Esse conceito de “ideologia” iniciou no final do século XVIII por meio da obra de Destut de Tracy, em 1801, que teria trazido a seguinte compreensão: “as ideias seriam formadas na base da sensação dos movimentos que impressionam, de fora para dentro, o sistema nervoso”, vez que em “graus diferentes de complexidade produzem as ideias gerais sobre a matéria e as ideias sobre o bem e o mal nas instâncias éticas e políticas”, postulando “um verdadeiro causalismo fisiológico que regeria toda a via mental da humanidade a partir de sensações provada pelos indivíduos” (BOSI, 2010, p. 62).

Desse pontapé inicial, diversos autores contribuíram para uma noção mais apurada do conceito de ideologia, um deles é Mészáros (2004, p. 57) afirmando que “em nossas sociedades tudo está ‘impregnado de ideologia’, até mesmo um dicionário de sinônimos de um programa de computador, desvirtuando as regras de ‘imparcialidade, pelo que a ideologia dominante do

sistema social estabelecido se afirmando fortemente em todos os níveis, do mais baixo ao mais refinado”.

Segundo o referido autor, a ideologia dominante é como o oxigênio, que se impregna em todos os lugares, não diferentemente aconteceria com o processo e os precedentes, visto que ela poderia usar e abusar abertamente da linguagem, já que a chance de ser desmascaradas era muito baixa. Consequentemente, a ideologia deixou de ser apenas um discurso retórico e etéreo para ser uma forma específica de consciência social, materialmente ancorada e sustentada.

Já para Goodrich:

A ideologia pode aqui ser vista como um programa ou estratégia em relação aos termos da vida social. A ideologia representa – embora frequentemente de forma inconsciente – um conjunto de ideais não realizados quanto à natureza da existência coletiva, uma agenda prospectiva que predica e limita atitudes gerais, prescreve e reforça modos de vida ou modos de ser. Finalmente, deve-se observar que, em ambos os aspectos, a ideologia é primariamente uma forma de organização social, uma prática coletiva e um modo de pertença. É apenas secundária ou periférica que ideologia pode ser entendida como um conjunto de representações mentais (GOODRICH, 1987, p. 208-209).

As visões de Goodrich e Mészáros são complementares, visto que pelo segundo, o processo ideológico permeia todas as relações sociais como uma consciência social, que seja materialmente ancorada e sustentada, no entanto, o primeiro indica que a ideologia prescreve os modos de vida e torna-se um limitador de atitudes da própria coletividade.

Ambas as percepções do mundo não se afastam de uma terceira trazida por Thompson (1995, p. 79):

... em termos das maneiras como o sentido, mobilizado pelas formas simbólicas, serve para estabelecer e sustentar relações de dominação: estabelecer querendo significa que o sentido pode criar ativamente e instituir relações de dominação; sustentar, querendo significar que o sentido pode servir para manter e reproduzir relações de dominação através de um contínuo processo de produção e recepção de formas simbólicas.

O natural, ou comum/normal, nada mais é do que uma aceitação da subjugação do processo ideológico que naturaliza construindo um aparente

consenso. Esse suposto consenso construído atua de modo cotidiano no campo jurídico, visto que não se limita nem mesmo a uma localidade determinada, por exemplo: nos fóruns, na academia jurídica, delegacias de polícia ou outros locais. Mas sim incluem os diversos atores envolvidos, bem como as práticas que deles se esperam quanto à “capacidade reconhecida de *interpretar* (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social”.

Santos (1994) em sua obra realiza uma análise a respeito da influência na identidade e na cultura por meio da modernidade, atestando-se que o discurso jurídico é um suporte essencial para negar a subjetividade do outro, tendo em vista, que divide em uma visão maniqueísta o certo, o errado, o selvagem, o culto entre outras figuras, utilizando-se critérios pretensamente universais de conhecimento comum.

De acordo com a vertente dos intérpretes, Bordieu (2010, p. 217) informa que existem duas categorias deles, que tendem a se dividir, tais como os teóricos e os práticos. Os primeiros seriam compostos pelos professores e os segundos pelos magistrados, que não somente possuem visões divergentes, mas sim trabalham com paradigmas diferentes e que gera em muitas das vezes uma impossibilidade de diálogo.

Aquele compromisso racionalista veria o intérprete como uma única possibilidade de solução para a norma jurídica, tal como acontecem com os físicos e matemáticos, que se deparam com uma equação, assim seria o aplicador do direito para com o seu objeto de estudo/trabalho. No entanto, de acordo com Thomas Khun, mesmo as concepções científicas estariam alicerçadas em pressupostos basilares aceitos pela comunidade científica como *dogmas* – verdades indiscutíveis (*apud* SILVA, 2006, p. 28).

De tal maneira que existe uma verdadeira “cegueira ideológica” em que se traveste de um anteparo opaco que impossibilita de forma absoluta duas pessoas trabalharem com paradigmas ou pressupostos diferentes dos quais foram socialmente estipulados para manter um diálogo produtivo.

Dentro de um trabalho acadêmico, tal como este, que tem a propositura de questionar paradigmas e pressupostos adotados pela corrente processualista

brasileira, é de salutar importância, que o leitor menos desavisado consiga romper, ao menos que parcialmente, com as vestes de uma racionalidade irreal do direito para construir novas pontes e paradigmas. Isso porque o paradigma opera, dentro de uma lógica matemática do certo e do errado.

Esses fundamentos vêm sendo, ao longo dos anos, questionados pelos mais bravos e diversos juristas, a exemplo do chamado mito da neutralidade. Há muito tempo em desuso pelos mais diversos livros acadêmicos na área jurídica, tendo em vista que aquele operador que poderia ter contato com o seu objeto de estudo sem contaminar-se por ele, tornou-se para alguns como um mito, que já foi completamente extirpado do mundo jurídico.

Ost (1993, p. 170) traz em seu trabalho a existência, diante da referida situação de paradigmas, de três modelos de juiz: “Júpiter, Hércules e Hermes”. O primeiro deles poderia ser adjetivado como piramidal, isso significa que sempre aquele intérprete visa impor as suas próprias premissas e ideologias em cima de algum monte de pseudo saber. O segundo, por sua vez, verifica que na jurisprudência e na *práxis* reside a força do direito e de seus pressupostos, logo é a decisão que cria a autoridade e consequentemente o direito. Por fim, a melhor opção para o autor seria a terceira figura, que compreende a contemporaneidade como uma rede sistemática e complexa, que se interliga e precisa tanto da jurisprudência, quanto da lei para formular as suas próprias bases.

É bem verdade que alguns tratariam a situação jurídica do Poder Judiciário brasileiro como um sistema “*herculearizado*”. Isso porque diversos estudos nasceram atualmente como meio de estudar um ativismo judicial, que é crescente ao longo dos anos, onde a generalidade normativa é substituída pela concretude de um juiz Hermes, o qual pode se articular entre a regra e o fato.

Esse ativismo judicial, tão estudado academicamente, está intimamente ligado ao discurso jurídico (hegemônico) e a força desse discurso, que tanto é (re)produzido nas universidades e nos tribunais. Por isso, que o discurso de um ministro de um tribunal superior tem mais autoridade do que o de um juiz oriundo da primeira instância, o qual tem mais valia que o de um doutrinador “consagrado” de uma universidade renomada nacionalmente:

[...] o enfoque de discurso como parte de práticas sociais implica em identificar o discurso como modo de ação historicamente e geograficamente localizado. Implica aceitar que as estruturas, tanto contribuir para a continuidade delas, quanto para a transformação dessas estruturas pela ação interacional dos sujeitos (MELO, 2011, p. 46).

Warat (1984, p. 9) já elucidava as suas preocupações com o “poder do discurso jurídico e com as suas funções político-ideológicas” e com os impactos que “este discurso cumpre na vida social”, destacando-se o papel da instituição:

Em nossa sociedade, na maioria das vezes, o convencimento não é gerado apenas pelo emissor de um discurso, mas entre outros fatores, também pela instituição que, ao voltar a enunciá-lo, o redefine, o adapta e permite a possibilidade de convencimento (WARAT, 1984, p. 93).

O embate dantes descrito pelo juiz Hércules em que de um lado da balança está o comando normativo e de outro a força criadora da jurisprudência, atualmente, tende para o segundo lado. Uma vez que esse sentimento teve como resultado reformas processuais, nela a do Código de Processo Civil de 2015, e a valoração do “precedente” no sistema brasileiro, de acordo com o que se abordado posteriormente.

Alguns doutrinadores, a exemplo de Rossi (2015, p. 115), afirmam que o nosso direito é deveras jurisprudencializado, ao contrário de um direito mais doutrinado, na medida em que

[...] nossa doutrina, na imensa maioria, é caudatária da jurisprudência dos Tribunais Superiores (STF/STJ). Há livros repetindo freneticamente os (des)entendimentos jurisprudenciais, sem qualquer crítica ou consideração próprias da doutrina (ROSSI, 2015, p. 115).

De tal maneira, que apesar de um sistema mais jurisprudencializado e nele inserta a teoria dos precedentes judiciais, objeto do presente estudo, não é possível de modo apriorístico reduzir a complexidade do caráter decisório em esquemas racionalmente explicáveis desconsiderando e reduzindo a complexidade social.

Não se deve fazer um ar alarmista de que todo processo de construção do precedente judicial é marcado pela ideologia, poder e por trás um discurso jurídico autoproclamativo hegemônico, mas dantes entender que é impossível a separação entre o Direito e a prática. As Universidades não servem apenas para

conservar o passado de discursos jurídicos construídos por fontes “neutras” ou “consagradas”, porém para fomentar a construção de um raciocínio “livre” das amarras dos antigos pressupostos e paradigmas.

1.2 Das origens do common law ao modelo de precedentes

1.2.1 Premissa historiográfica

A comparação entre alguns esquemas de famílias jurídicas, tal como o *civil law* e o *common law*, tem um risco elevado de cair em um preciosismo histórico sem motivação alguma. De modo que, algumas comparações já banalizadas na doutrina em que há a divisão entre um modelo liberal *versus* um modelo socializador.

A discussão que gira em torno da implementação de um sistema precedencialista, o qual inevitavelmente exige a ampliação do ônus argumentativo do advogado, e também do magistrado, é responsável por estimular uma pequena investigação história. Contudo, o presente trabalho não possui pretensões metodológicas de abordar um comparativo entre eras, sistemas e códigos sobre o sistema dos precedentes judiciais. Tão pouco teria uma finalidade didática desbordar para tais campos, visto que se adota neste trabalho a historiografia conceitual.

Koselleck chama atenção para a importância dessa análise linguística e semântica na investigação das variadas dimensões do mundo social em diferentes épocas. Segundo o autor, o estudo dos conceitos e da variação dos seus significados ao longo do tempo é uma condição inicial para o conhecimento histórico. Por fim, ele classifica a história dos conceitos como um procedimento, o qual permite apreender o complexo processo de ressignificações de alguns conceitos ao longo do tempo. Desse modo, a história dos conceitos seria um instrumento complementar e necessário para a interpretação histórica (KIRSCHNER, 1985, p. 73-91).

Há de se explicitar, desde logo, que a investigação se dará na história dos direitos inglês e norte-americano, sem foco no direito francês, uma vez que se

busca compreender a formação da cultura jurisprudencialista do direito do *common law*.

Esse modelo precedencialista, que vem inspirando as últimas modificações na legislação processual no Brasil, notadamente por inaugurar uma nova racionalidade sistêmica, correspondente à imposição de maior ônus argumentativo ao juiz, *vide* art. 489, §1º do CPC, e advogado.

É por óbvio que esse trabalho não desconsidera as dificuldades em se comparar institutos ou técnicas entre sistemas ou até modelos jurídicos processuais de diversos países. Contudo, essa metodologia envolve riscos, e nisso Taruffo desaconselharia uma comparação estritamente entre normas específicas, sendo uma mais adequada entre modelos processuais. Por essa razão, sem se furtar a tais advertências realizadas por Taruffo, examinar-se-á, nesta obra, não só os enunciados legais que versam sobre o direito jurisprudencial, mas também à análise crítica das propostas apresentadas (TARUFFO, 2013, p. 12-14).

Ao final há uma condução natural que se firme uma proposta de hermenêutica, que sirva ao exame do direito jurisprudencial, bem como na análise crítica das propostas ora apresentadas. Segundo o autor Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher, o projeto hermenêutico gira em torno da concepção de ser uma arte de interpretação, a tarefa, portanto, do intérprete seria afastar mal-entendidos que poderiam surgir da compreensão de um texto (CORETH, 1973, p. 28).

1.2.2 A formação do *common law* no direito inglês

Antigamente, havia uma divisão entre os sistemas jurídicos inglês e o norte-americano, o que a primeira vista para um leitor desavisado sobre a temática dos precedentes poderia causar estranheza, visto que nos séculos XX e XXI, o rótulo abrangeria de modo uniforme e indivisível ambos os sistemas.

Uma das marcas existentes dessa diferença entre a construção dos modelos acima referenciados é o plano de fundo. Enquanto o primeiro sistema

jurídico se funda na teoria do positivismo jurídico, nos Estados Unidos, por sua vez, a dinâmica de aplicação do *common law* é consideravelmente influenciada pelo realismo jurídico (STRECK, 2017, p. 159-175; 245-250).

O enfoque nas diferenças entre tais modelos é quase diminuto se comparado as semelhanças existentes entre os dois. Por isso, a maioria da doutrina, capitaneada por Antônio Viana, considera que não exigiria um enfoque exaustivo nas disparidades. Sobre esses fundamentos:

Entretanto, o mero destaque das diferenças do direito inglês e norte-americano se transformaria em algo sem propósito. Isso porque, embora esses países apresentem diferenças em seus modelos jurídicos que não podem ser negligenciadas, possuem, sem que isso configure um paradoxo, elementos de correspondência, de tal forma que a fronteira entre os direitos inglês e norte-americano não é tão patente a ponto de exigir um enfoque exaustivo em suas disparidades. Ao contrário, os modelos de *common law* inglês e norte-americano, a partir de uma matriz judicial, servem juntos, de sustentáculo à exportação de uma *cultura* ou *sistema* precedencialista” (VIANA, 2018, p. 31)

O modelo de *common law* jamais pode ser confundido como a máxima *stare decisis* e tem como países adotantes de grande destaque a Inglaterra e os Estados Unidos.

Do início do século I ao século V d.C., uma parcela do território inglês integrava o Império Romano. Alguns relatos à época informam que ‘o direito anglo-saxônico ou germânico na Bretanha, nomenclatura utilizada por alguns estudiosos, começou quando do final do século VI d.C, quando a Inglaterra se converteu ao cristianismo’. Embora, a Inglaterra estivesse situada em um território romano, as influências romanas sobre o direito não deixaram vestígios consideráveis, visto que antes anos 1.000, naquele território, diversas origens se aplicavam também aos usos locais. A unificação das normas jurídicas ocorrera no ano de 1.066 (LOSANO, 2007, p. 323-324).

Um dos traços marcantes do direito inglês conforme Harold J. Berman é que os institutos são construídos e incorporados de maneira gradativa. Tal assertiva é confirmada pelos estudos de René Davi, o qual dividiu historicamente o direito inglês em quatro períodos. O primeiro deles seria anterior à conquista

da normanda de 1066, posteriormente se estende o período até o ano de 1485. No terceiro período, há uma convivência harmônica e ao mesmo tempo entre as “regras de equidade” e o *common law*. Por fim, o período moderno que se inicia em 1832 até os dias atuais (BERMAN, 1963, p. 13).

A expressão do *common law* tem referência clara na aplicação do direito pelas Cortes Reais, o qual sobrepôs a uma outra categoria do direito: a do direito costumeiro das jurisdições locais. O primeiro termo da expressão alude-se a todo o reino, vez que naquela época de construção inicial, os tribunais eram itinerantes. Logo, os juízes peregrinavam por toda a Inglaterra com a finalidade clara de centralizar o poder estatal, ao mesmo tempo estabelecer a paz de acordo com os costumes locais. (SLAPPER; KELLY, 2011, p. 4)

Diante do crescente prestígio de uma nova classe burguesa, bem como a reorganização dos Estados nacionais aligado ao aumento populacional, então houve uma efervescência cultural nos séculos XII e XIII, que contribuíram para ampliar e redescobrir institutos e categorias do direito romano-germânico com a intencionalidade de aprimorar o direito.

No entanto, os órgãos julgadores se preocupavam mais com a *praxis processual*, de modo que houve uma grande feição processual, repleta de técnicas com a finalidade de conduzir o processo ao seu termo. Isso fazia com que o direito material fosse relegado ao segundo plano. O autor René afirmava que o *common law* inglês se apresentava como um “conglomerado de processos próprios para assegurar, em casos cada vez mais numerosos, a solução dos litígios”, havia uma preocupação quase inexistente com a realização da justiça (DAVID, 2002, p. 365).

Apesar da consolidação do *common law* no século XI, uma mudança no cenário geopolítico – a assinatura da *Magna Carta Libertatum* –, fez com que a dinâmica procedimental fosse alterada. Em razão de que a assinatura desse documento limitava os poderes reais e por conseguinte os julgamentos nos tribunais reais. Em 1557, por sua vez, registra-se a primeira vez que o termo “precedente” fora utilizado. Porém, não significa que antes inexistia qualquer menção a um sistema ou procedimento similar, pois no século XIII existiu das Provisões de *Oxford*. Nelas, houve a proibição de criação de novos *writs*.

Entretanto, de acordo com o *Statute of Westminster II*, houve a permissão de emissão de novos *writs*, desde que se estivesse em situação de um caso similar ao anterior (PAIXÃO; BIGLIAZZI, 2011, p. 39).

Essa primeira e singela inovação trazida no *Statute of Westminster II*, com o intento de exigir que se aponte a semelhança entre o *writ* e o caso presente, antever a técnica judicial que será utilizada na cultura do *common law*. Essa limitação e aplicação comparada dos *writs* reforça um aspecto fundamental que será trabalhado neste artigo e por vezes esquecido na jurisprudência nacional: o reforço da feição argumentativa presente no *common law*.

O *common law* se pauta prementemente em um esforço maior do julgador em se desvencilhar dos argumentos trazidos pelas partes. Naquele período, havia compilações das sentenças acunhadas de *Year Books* (TUNC; TUNC, 1957, p. 155), com o passar do tempo, ela se torna mais substancial e cada litigante passa a poder invocar princípios anteriores, que conforme dito anteriormente o juiz se via obrigado a considerar.

Nesse momento, o formalismo exagerado do *common law*, além da característica de maior restrição de acesso aos tribunais ingleses fez com que surgisse um contraposto a esse sistema rígido. Surgiu-se a *equity*, nessa modalidade era possível a aplicação da moral no lugar do direito estrito, vez que esse último se mostrava essencialmente formalista. Nesse novo modelo, nem todas as petições eram julgadas pelo próprio rei, sendo direcionadas a um funcionário da Coroa (o Chanceler). Dessas decisões do *Chances*, formavam-se as regras da equidade (TUNC; TUNC, 1957, p. 158).

Por essa razão, há no direito inglês um dualismo, marcado pela convivência concomitante das regras do *common law* (obra dos Tribunais Reais de *Westminster*) e as soluções de *equity* (advindas do Tribunal da Chancelaria). Apesar dos enfraquecimentos da *common law* decorrentes dos períodos históricos em que transformações sociais, esvaziamentos dos usos, utilização de outros meios de jurisdição, ela ganhou novo ânimo com os *Institutos of the las of England* de *Edward Coke* em 1628. Nessa obra, o jurista carregou uma copiosa importância afinal trouxe uma compilação de casos e fortaleceu o sistema inglês.

Dentro do feixe de fatores que colaboraram para a fixação do modelo de precedentes, não se pode desprezar o modo como se deu a formação do jurista inglês e a dinâmica de funcionamento do ensino jurídico. O intuito é demonstrar e fornecer elementos para que se perceba as deficiências do ensino brasileiro para se adaptar à nova realidade de uso cotidiano de julgados de tribunais (sem esquecer das súmulas, dos temas e das ementas) para postulações, pesquisas e a prática decisória em nosso país.

Diante de alguns equívocos que são recorrentes em muitos profissionais brasileiros por uma ausência de treinamento específico, tem-se dois: a incapacidade de se extrair fundamentos determinantes de acórdãos (de sua parte majoritária), a utilização de ementas, que na maioria das vezes somente possui função catalográfica com efetiva força decisória, bem como a utilização de enunciados de súmulas como se fossem comandos gerais e abstratos.

Há de se perceber que, mesmo que os ingleses não tivessem acesso ao ensino universitário, isso não significou uma ausência completa de aprendizado e exercício comum da atividade jurídica. Isso porque desde o final do século XIII, houve o desenvolvimento dos chamados *reports*, destacados por Dolores Freda:

Essas coleções foram compiladas, a partir do final do século XIII, por estudantes de direito, profissionais, advogados e juízes, primeiro de forma anônima e segundo uma ordem cronológica anual (os chamados *Years Books*). Em seguida – a partir do início do século XVI – com a indicação do nome do *report* (os chamados *Private ou Named Reports*). Eles foram originalmente elaborados de forma privada, para uso pessoal, sem qualquer oficialidade e, pelo menos até a segunda metade do século XVI, sem qualquer intenção de publicação (FREDA, 2012, p. 53-54).

Diante de tudo que fora escrito, o precedente deve ser visto como produto da tradição do *common law*, que fora forjado ao longo dos anos. Segundo Mitidiero, desde *Bracton*, havia a invocação dos precedentes, mas nesse período, a sua força restringia-se à mera explicação, pois o direito era explicado pelas razões de decidir contidas nos casos passados (MITIDIERO, 2016, p. 76). A força persuasiva nasce quando se atrelou o precedente à declaração do direito, fenômeno surgido ainda pelo autor, a partir do século XVI, nascendo a referida função.

Já no século XIX, o arranjo institucional do precedente denominado vinculante realmente apresentou aspectos despóticos, afinal a reforma, implementada por diversos atos legislativos, deu-se não por inspiração ou vontade dos membros da profissão jurídica, mas apesar deles, cujo objetivo central não era a melhoria conteudista do sistema jurídico, mas a sua otimização, algo que requeria a unificação das Cortes da *common law* e *equity* numa só Corte Suprema, pretendendo-se, desse modo, alcançar a uniformidade e celeridade no tratamento dos casos (MITIDIERO, 2016, p. 43). Além da concentração do poder em uma só Corte, tornou-se imprescindível a atribuição de maior peso às decisões dela emanadas, sendo este outro traço despótico do precedente vinculante. Trata-se, realmente da instituição de barreiras pelo próprio sistema jurídico visando à preservação da decisão da Suprema Corte. No direito inglês, é verdade a imposição de vinculação ao precedente judicial exigiu um refinamento teórico e prático por parte dos juristas, e os esforços resultaram no desenvolvimento de técnicas capazes de enfraquecer a grandiosa força do precedente.

Um sério problema dos países que passam a adotar o instituto do precedente vinculante consiste no fato de a migração de técnicas do direito precedencialista, nele o brasileiro, se dar equivocada e parcialmente, agravando-se o quadro de tirania, pois a força do precedente não cede diante do manejo de técnicas anêmicas, sendo estas incapazes, portanto, de blindar a aplicação abusiva do precedente vinculante.

Desde os *Years Books*, os práticos ingleses colecionavam casos anteriores e assumiam relevantíssimo papel no desenvolvimento do direito, pois tinham o ônus da comparação entre os casos. Com a imposição da regra do *stare decisis*, a tentativa de escape à autoridade do precedente só é revigorada (LEAL, 2016, p. 33-38). De modo que na aplicação do mesmo ao direito brasileiro, parece-se que se perdeu esse ônus argumentativo e comparativo dos julgadores, que aplicam o precedente de modo irracionalizado.

Deve-se lembrar que o precedente orbita sobre dois momentos fundamentais. De um lado, tem-se o estágio no qual é formado, ou, para dizer de outra forma, a declaração emanada pelo tribunal que, ao decidir caso, cria uma razão determinante e hábil a ser seguida futuramente em casos

semelhantes. Por outro lado, em um segundo momento, não menos importante, diz respeito à inevitável interpretação ou de sua utilização, já que a técnica de uso do precedente não se encerra pelo julgamento do caso, mas exige um aprimorado uso de teorias e técnicas capazes de permitir a extração da razão determinante do caso para a devida aplicação em casos que guardem certa correspondência.

1.3 O desenvolvimento do sistema de pré-precedentalista no Brasil e suas intercorrências

O sistema de precedentes judiciais é uma novidade, que adveio com o Código de Processo Civil de 2015, no entanto, na seara processual já havia institutos semelhantes, que gozam de grande prestígio e vinculabilidade entre os órgãos julgadores.

Na década de 1990, pode-se observar exemplos na legislação infraconstitucional, que criava uma cláusula de barreira para a apresentação de algum recurso, quando houvesse jurisprudência pacificada em sentido contrário nos tribunais. De acordo com o art. 38 da Lei nº 8.038/90, que trata do julgamento de processos perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF): *“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 manifestação intempestivo, incabível, ou, improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal”*.

A redação originária do CPC/1973 disposta no art. 557 foi alterada pela Lei nº 9.139/95, a qual passou a permitir, no julgamento dos recursos, que o relator pudesse por meio de decisão monocrática negar seguimento ao instrumento recursal, quando entre outras hipóteses, a pretensão exarada naquela petição fosse contrária aos entendimentos firmados pelo próprio tribunal que teve a sua decisão vergastada ou dos tribunais superiores. Já em 1998, novamente o referido código teve a sua redação original alterada, fruto da Lei nº 9.756/98, que incluiu o parágrafo único do art. 120 do CPC, prevendo que no

juízo a respeito dos conflitos de competência poderá o relator decidi-lo de plano quando houver jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada; estabeleceu que os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade, quando já houvesse pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão, de acordo com o art. 481, parágrafo único; e, por fim, o relator poderá negar seguimento ao agravo de instrumento em recurso especial ou recurso extraordinário no caso de o acórdão recorrido estar em conformidade com a súmula ou jurisprudência dominante do STJ, nos termos do §3 do art. 544 do CPC.

1.4 Noções básicas do precedente

1.4.1 Conceituação

É preciso inicialmente fixar o ponto de que os precedentes existem independente do sistema, seja ele do *common law* ou da *civil law* (TARUFFO, 2013, p. 131). Em termos claros, até terminológicos, o precedente é aquilo que vem por antecedência. O precedente judicial, portanto, se define como uma decisão judicial prolatada antes do momento atual. Especificamente aos objetivos deste trabalho, todas as vezes em que se fizer referência ao precedente estar-se-á se referindo a uma decisão proferida anteriormente a respeito de um dado tema, com caráter vinculante. É importante estabelecer que nem todos os elementos da decisão são vinculantes, tão pouco nem todo o precedente é vinculante. De toda a decisão que esboça um precedente judicial só é de cumprimento obrigatório a chamada *ratio decidendi*, a qual é uma regra geral, abstrata e vinculante sobre a qual se discorrerá oportunamente. No entanto, nesta tese, na iniciativa tentativa de favorecer o entendimento, a alusão ao precedente significará a parte da decisão na qual há cumprimento obrigatório por parte dos demais juízes de igual ou inferior hierarquia.

É importante que se estabeleça de modo inicial, que a vinculação ou a vinculabilidade não é intrínseca a ideia do precedente. Mas sim é um instituto que se agrega em um momento posterior, a partir de quando o julgador

compreende que a obrigatoriedade é uma medida acertada. De tal modo, que existem os chamados precedentes *persuasivos*, os quais não são vinculantes, mas possuem o intuito de convencimento na análise da atividade judicante.

1.4.2 Distinções entre a súmula e o precedente

No início do período monárquico português, era próprio do período uma modalidade interpretativa autêntica das leis, que consistia em uma regalia conferida ao monarca de editar leis de conteúdo interpretativo. Com o passar dos anos, essa figura delegou pouco a pouco sua competência ao tribunal superior do reino. No entanto, acaso não ficasse clara alguma disposição interpretativa ainda era assegurada ao rei aclarar a interpretação. Por força de um Alvará Régio de 1518 e das Ordenações Manuelinas, tanto os julgamentos “em mesa grande” da Casa de Suplicações, quanto as resoluções do rei eram registradas em um livro de “assentos” para ter uma eficácia prospectiva.

Essas modalidades de assentos oriundas do direito lusitano eram rígidas, com força normativa, possuindo, portanto, natureza de enunciados interpretativos vinculantes. Os Tribunais da Relação do Porto e das Relações ultramarinas de Goa, da Bahia e do Rio de Janeiro arvoraram-se a editar esses assentos, no entanto, esses não tinham quaisquer *validades*, senão posteriormente confirmados pela Casa de Suplicação. Alguns doutrinadores, a exemplo de Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 144-146), identificam um sinal primeiro de utilização de enunciados *persuasivos* no território nacional, uma vez que somente uma chancela mais elevada por meio da Corte do Reino de Portugal é que se convertiam em enunciados vinculantes.

No período de transição do império à república federativa do Brasil, houve a ruptura com aquela tradição dos assentos, permanecendo apenas a ideia de uma jurisprudência, enquanto conjunto de decisões judiciais reiteradas sobre determinado assunto, até que na segunda metade do século XX surgem as chamadas súmulas do STF.

As súmulas foram instituídas criadas pelo ordenamento jurídico brasileiro. O ex-ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Dr. Victor Nunes Leal, em seu

livro de memórias, atribui a autoria da criação, quando percebera o grau de dificuldade da corte na retenção da memória dos temas que já tinham sido por ela debatidos e enfrentados em sua grande maioria. Desse modo, em virtude da repetição de julgados anteriores e da mesma matéria a ser debatida, constatou-se a necessidade de um instituto que pudesse informar o posicionamento imediato da corte. Uma vez que o procedimento utilizado era de que os ministros mais antigos apenas informavam de modo oral para os ministros mais novos ou recentemente empossados os posicionamentos da corte sobre cada temática em apreço. Por conseguinte, verificando essa situação, o Ministro Victor Nunes Leal começara a fazer anotações abrangendo o conteúdo decidido, esse sendo composto tanto dos votos vencedores, quanto dos votos vencidos e, por fim, quando a decisão fora proferida. Nasceu assim um embrião de uma possível sistematização.

Após intensos debates dentro da corte e por influência do referido ministro, em 1963, o regimento interno do STF abraçou a ideia e mencionou em seus artigos os enunciados de súmula oriundas de suas decisões pela primeira vez, dando-lhes, por consequência, previsão normativa com efeitos processuais. Em suas primícias, o termo “súmula” tem por significado a reunião do conjunto de “enunciados”¹, os quais possuíam cada um uma numeração singular e contínua que representavam uma temática específica. Somente posteriormente, em decorrência da praxe, inclusive vocabular, que o termo “súmula” também passou a representar cada um dos antigos enunciados (ALMEIDA, 2006, p. 31-33).

A súmula, por sua vez, pode ser conceituada como um enunciado que sintetiza e torna explícito o entendimento da corte da qual foi oriunda sobre um determinado assunto através de uma formulação resumida. Diga-se que uma determinada pessoa pratica com a sua conduta uma das listadas no art. 33 da Lei nº 11.343/2006 (Lei de entorpecentes). Essa conduta se amolda ao tráfico de entorpecentes, mas diante do efeito danoso de tal conduta perante a sociedade, muitos doutrinadores e operadores do direito tinham dúvidas a respeito da competência. Essa competência referente às investigações e

¹ Derivado do latim *summula*, que significa reunião, compêndio.

juizamentos, se porventura da justiça estadual ou da justiça federal. O STF editou a Súmula nº 522 que determina: “Salvo ocorrência de tráfico para o Exterior, quando, então, a competência será da Justiça Federal, compete à Justiça dos Estados o processo e julgamento dos crimes relativos a entorpecentes”. Tem-se, como se vê, um enunciado interpretativo, formulado em termos gerais e abstratos.

É importante fazer a ressalva que alguns doutrinadores, dentre eles Barbosa Moreira, consideram impróprias as utilizações do termo “súmula”, justamente, pois deveria designar o respectivo *conjunto*, que lhes resume a jurisprudência, das proposições ou das teses jurídicas. Apesar de atualmente, como já visto, designe cada uma das proposições consagradas (BARBOSA MOREIRA, 2007, p. 303).

Por consequência, o *dictum* sumulado não faz qualquer menção aos fatos que estão no âmago da base da questão jurídica julgada e por esse motivo não poderiam ser considerados como *precedentes* em *strictu sensu*. Uma vez que representam apenas um pronunciamento judicial que traduz a eleição entre as diversas opções interpretativas referentes a normas gerais e abstratas. Há uma finalidade expressa e clara com a construção sumular de eliminar incertezas e divergências na periferia jurisprudencial, assegurando-se, no mínimo, uma uniformidade da interpretação e aplicação do direito *in abstracto*.

1.4.3 Distinções entre o precedente e a jurisprudência

De acordo com a história do direito brasileiro, limitando-se a abordagem neste tópico em forma bastante resumida do período do Estado legislativo, que fora instaurado no período republicano, desde a Carta Magna de 1891, iniciou-se uma abordagem a respeito das fontes do direito como sendo prioritariamente a lei, costumes e os princípios gerais do direito.

A respeito do influxo paradigmático advindo desse Estado de Legalidade, classificação cunhada de forma autônoma, mas que é partilhada por diversos constitucionalistas, em que a jurisprudência não era elencada como fonte do direito e não caberia ao Poder Judiciário ir além da descritividade do texto legal.

Esse momento interpretativo, que será trabalhado com mais afinco no segundo capítulo. Mas, inicialmente, no referido ciclo constitucional, o julgador deveria se valer dos instrumentos postos à disposição, que seriam os métodos clássicos de interpretação, tais como gramatical, sistemático, teleológico e histórico.

Prevalecia-se o mito extraído do antigo adágio *in claris cessat interpretativo*, como se o texto, seja constitucional ou infraconstitucional, fosse uma criação soberana pronta e acabada ou fosse um espaço que não se admitisse brechas para preenchimentos interpretativos. Contudo, a produção interpretativa e o poder criativo dos juízes aumentaram esporadicamente ao longo dos anos criando a chamada jurisprudência.

É imperioso destacar a não unicidade do termo “jurisprudência” perante a doutrina. Apesar de em um primeiro momento, principalmente no âmbito da *praxe forense*, a utilização do termo remeter a uma ideia genérica de um conjunto de decisões que conflui para o mesmo sentido interpretativo. Pode-se extrair pelo menos cinco significados que podem ser resumidos da seguinte maneira:

i) Um conceito amplo ou *lato sensu*, que contém toda a ciência jurídica, seja no aspecto prático ou teórico elaborada por jurisconsultos e por magistrados;

ii) Ao se elaborar conceitos e examinar de forma hipotética a sua aplicabilidade frente às normas jurídicas;

iii) Uma atividade própria ou privativa dos *jurisconsultos* na elaboração de pareceres defronte aos casos concretos;

iv) O conceito clássico de confluência interpretativa de um conjunto de decisões oriundas de juízes e tribunais;

v) A coletividade das decisões emanadas pelo Poder Judiciário, desde que sejam proferidas de modo reiterado, constante e pacífico (MANCUSO, 1998, p. 26-27).

Na definição de item “IV”, a jurisprudência é colocada em um viés classificatório quantitativo. Principalmente, em um costume jurisprudencial, que se repete petições e decisões de várias e longas ementas de acórdãos como se eles fossem suficientes de *per sí*, sem qualquer necessidade de explorar com

minúcias o conteúdo de cada uma delas sobre o que efetivamente foi decidido, em que contexto foi decidido e qual a relação delas com o caso sob a apreciação para julgamento.

Nesse ponto, reside-se uma diferença bastante significativa em relação ao precedente judicial. Esse para que exerça o seu poder vinculativo precisará que haja uma semelhança, conforme já demonstrado anteriormente, ao caso *sub judice*. De maneira que o julgador deverá demonstrar a similitude e o amoldamento do segundo caso ao precedente. Consequentemente, não importa para a aplicação do precedente o aspecto *quantitativo*, isto é, se ele está reiteradamente sendo aplicado ou não. Uma vez que esse fator é dispensável para se extrair de uma decisão a *ratio* ou *holding* em forma de precedente. Diferentemente, para Eduardo Cambi, a jurisprudência tem a concordância dos critérios *objetivos* de julgamento em termos de repetição de julgados, apesar do plurisignificado do termo:

A jurisprudência é a *forma concordante* em que os órgãos judiciários se pronunciam para resolver casos similares. É o conjunto de decisões, atinentes ao mesmo problema jurídico, que termina por fixar critérios ou regras gerais que justificam o *caráter objetivo* da jurisprudência como fonte do direito. Em outros termos, são as decisões concordantes que criam *critérios objetivos* de julgamento (CAMBI, 2009, p. 149).

Não é fácil dentro da pluralidade de decisões relativas à vários casos concretos desvendar à guisa da jurisprudência (TARUFFO, 2011, p.144). Essa é uma tarefa hercúlia para o intérprete e aplicador do direito, vez que a pluralidade não necessariamente será sobre uma mesma questão jurídica. Uma vez que em mais de 50 tribunais de segundo grau, descobre-se não raros, no mesmo *timing*, diversas teses jurídicas diametralmente opostas entre si, gerando-se uma consequente insegurança jurídica.

É importante que se estabeleça que a jurisprudência, apesar de não ser equiparada ao precedente, pode gracejar de uma enorme eficácia persuasiva, acaso fique demonstrativo que há um reiterado julgamento sobre uma matéria de direito em vários acórdãos, despontando-se uniforme e sedimentado.

Por fim, de uma maneira sintética elevando-se mais uma distinção entre os conceitos de jurisprudência, precedente e súmula, segundo o doutrinador

Alexandre Freitas Câmara, pode-se assumir em um duplo viés: a) qualitativo; b) quantitativo. Em virtude do aspecto *qualitativo* em que o precedente fornece uma norma universalizável que poderá ser aplicada em várias decisões sucessivas posteriores em razão da identidade ou da analogia entre os fatos decididos no primeiro caso e os iguais fatos do segundo caso. A jurisprudência não empregaria, por sua vez, quaisquer análises comparativas dos fatos, mas sim identifica uma norma que é apresentada como enunciado genérico. Por fim, a súmula é o entendimento conforme visto representam teses jurídicas abstratas que foram identificadas nas linhas jurisprudenciais da corte editora, conforme se vê:

E há, também, a distinção qualitativa: o precedente fornece uma norma universalizável que pode ser aplicada como critério de decisão em casos sucessivos, em função da identidade ou da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso, enquanto na jurisprudência não se emprega a análise comparativa dos fatos (ao menos na maior parte dos casos), mas se identifica uma norma, que é apresentada como enunciado de caráter genérico. Em outros termos, a jurisprudência permite a identificação da norma, a ser enunciada em caráter mais genérico do que no precedente. Tem-se aí algo que se poderia afirmar estar “a meio caminho” entre a completa abstração do texto normativo e a concretude do precedente. Quando se fala em jurisprudência busca-se determinar o modo como um tribunal em particular, ou os tribunais em geral, têm interpretado e aplicado uma determinada norma, sem as circunstâncias de um certo caso concreto (como se dá quando se analisa um precedente), mas a partir da identificação de uma tendência na forma de decidir certo tipo de questão submetida ao Judiciário. Pois é exatamente a partir desta ideia que se pode compreender o conceito de súmula. Esta é um repositório de enunciados que representam um resumo da jurisprudência dominante de um tribunal. Em outras palavras, é na súmula que cada tribunal enuncia, através de verbetes (ou enunciados), as teses que foram identificadas nas linhas de jurisprudência constante identificadas em sua atuação (CÂMARA, 2017, p. 293).

1.4.4 Os precedentes merecem ser seguidos?

1.4.4.1 Precedente x isonomia processual

Os princípios ocupam um lugar privilegiado na ordem legal positiva e representam a base de uma construção normativa. No entanto, a conceituação sobre os princípios não é uniforme na doutrina, visto que existem variadas correntes doutrinárias que procuram distinguir eles das demais categorias

jurídicas. Uma divergência, que por vezes, torna-se salutar na medida em que se aprimora o conhecimento a respeito dos institutos, bem como dá uma maior contribuição científica a ele. José Joaquim Canotilho resume com maestria os principais pontos da controvérsia:

(...) (1) as regras e princípios são duas espécies de normas; (2) a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre espécies de normas. Saber como distinguir, no âmbito do superconceito *norma*, entre regras e princípios, é uma tarefa particularmente complexa. Vários são os critérios sugeridos. A) *Grau de abstração*: os *princípios* são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstração relativamente reduzida. B) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as *regras* são suscetíveis de aplicação direta. C) *Carácter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: os *princípios* são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua posição estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito). D) *Proximidade da ideia de direito*: os *princípios* são 'standards' juridicamente vinculantes radicados nas exigências de 'justiça' (Dworkin) ou na 'ideia de direito' (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculantes com um conteúdo meramente funcional. E) *Natureza normogénica*: os *princípios* são fundamentos das regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante. Como se pode ver, a distinção entre princípios e regra é particularmente complexa. Essa complexidade deriva, muitas vezes, do facto de não se esclarecerem duas questões fundamentais: (1) saber qual a função dos princípios, ou seja, se têm uma função retórica-argumentativa ou são normas de conduta; (2) saber se entre princípios e regras existe um denominador comum, pertencendo à mesma 'família' e havendo apenas uma diferença de grau (quanto à generalidade, conteúdo informativo, hierarquia das fontes, explicitação do conteúdo, conteúdo valorativo) ou se, pelo contrário, os princípios e as regras são suscetíveis de uma diferenciação qualitativa" (CANOTILHO, 2017, p. 1160-1161).

É evidente que não se torna como propósito desta obra descer a minúcias com respeito a preferência de uma teoria dos princípios em detrimento da outra e qual seria a mais merecedora de críticas ou de elogios. Apesar disso, em qualquer trabalho que aborde a temática sobre princípios, pelo menos alguma posição o autor deverá anuir com a finalidade de o leitor atento saiba de qual posicionamento estar se tratando.

Com esse intuito, uma definição suficiente sobre o que são os princípios é a de Carlos Ari Sundfeld, para quem os princípios “(...) são as ideias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se” (SUNDFELD, 2015, p. 133). Tal conceito se mostra por meio da elevação dos princípios deixando claro que são obrigatórios, haja vista que não se aceitaria algo central e não sendo de observância cogente.

O princípio da isonomia, que tem a sua base constitucional no artigo 5º, *caput* e inciso I da Carta Magna brasileira, estabelece que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” e que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”. Extrai-se dessa redação um compromisso constitucional inequívoco de igualdade entre todos. A chamada igualdade na lei significa que a lei deve ser aplicada de maneira uniforme para todos, já a igualdade diante da lei, a saber, a própria lei não pode conter distinções indevidas ou inapropriadas.

Esse referido princípio não somente ficou restrito à seara constitucional, mas também no código de processo civil (CPC), que assumiu o conceito explícito da igualdade por meio do dispositivo do art. 125, I do CPC, que estabelece que o juiz assegurará às partes igualdade de tratamento.

Essa igualdade assegurada pela Constituição é a chamada igualdade dinâmica, ou material. Uma vez que por algum tempo, a chamada igualdade perante a lei, que era identificada como garantia da concretização da liberdade, em síntese, com a inclusão do referido princípio no rol dos direitos fundamentais para tê-la de forma efetivamente assegurada. Nesses moldes, a igualdade, em termos reais, não passava de uma mera ficção jurídica, já que não se importava em analisar as peculiaridades de cada situação.

Assim, percebeu-se que o princípio da isonomia necessita para se considerar a operacionalização, além de certas condições fáticas e econômicas, também comportamentos inevitáveis da convivência humana. Consequentemente, prevê apenas de forma abstrata a discriminação não garantiria a igualdade efetiva. Por isso surgiu o controle denominado de material ou substancial, que se desapega da concepção formalista da igualdade, passando-se a considerar as

desigualdades concretas existentes na sociedade, de modo a tratar de modo dessemelhante situações desiguais.

Como se vê, em lugar da concepção “estática” da igualdade extraída das revoluções francesa e americana, cuida-se nos dias atuais de se consolidar a noção de igualdade material ou substancial, que, longe de se apegar ao formalismo e à abstração da concepção igualitária do pensamento liberal oitocentista, recomenda, inversamente, uma noção “dinâmica”, “militante” de igualdade, na qual, necessariamente, são devidamente pesadas e avaliadas as desigualdades concretas existentes na sociedade de sorte que as situações desiguais sejam tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade. (MELLO, 2003. p.19)

A partir dessa citação, algumas considerações merecem ser feitas. A primeira diz respeito à dinâmica do conteúdo da chamada igualdade material. Após as considerações de Marx veem-se na organização coletiva, ou na mobilização social, como formas viáveis de superar a pobreza e a desigualdade.

É em um cenário que visa a propagação de “igualdades e oportunidades” com o intuito de mitigar ou extinguir o peso das desigualdades econômicas e sociais e promover a justiça social, que começaram a brotar em diversos ordenamentos jurídicos nacionais e no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, políticas sociais de apoio e de promoção de determinados grupos socialmente fragilizados.

A segunda consideração é de que o indivíduo, e principalmente de grupos de indivíduos, necessitam de políticas públicas afirmativas com o intuito de promover essa efetiva igualdade. Sobre o tema, as palavras de Fernanda Lopes merecem destaque:

Igualdade material não consiste em um tratamento sem distinção de todos em todas as relações. Senão, só aquilo que é igual deve ser tratado igualmente. O princípio da igualdade proíbe uma regulação desigual de fatos iguais; casos iguais devem encontrar regras iguais e, por isso não devem ser regulados desigualmente. A questão decisiva da igualdade jurídica material é sempre aquela sobre os característicos a serem considerados como essenciais, que fundamentam a igualdade de vários fatos e, com isso, o mandamento do tratamento igual, ou seja, a proibição de um tratamento desigual ou, convertendo em negativo: sobre os característicos que devem ser considerados como não-essenciais e não devem ser feitos base de uma diferenciação. (SILVA, 2003, p.42)

O princípio da igualdade no processo civil sempre foi alvo de discussões em quatro vertentes. A primeira referente ao prazo diferenciado para alguns sujeitos processuais praticarem determinados atos, conforme o art. 188 do CPC; a segunda refere-se à possibilidade de acesso à justiça aos chamados hipossuficientes financeiros com a tutela da defensoria pública; a terceira referente a possibilidade de diminuição equitativa de honorários sucumbenciais em razão da qualidade de determinadas pessoas (art. 20, §3 do CPC); e por fim a existência de remessa necessária e de suspensão de execução de liminar somente em favor de pessoas específicas.

Apesar dessas disposições terem a sua relevância e importância, elas ficam associadas à questão do tratamento igualitário das partes dentro de um *mesmo* processo. Uma vez que o próprio inciso I do art. 125 do CPC diz que o juiz dirigirá o processo assegurando às partes (do processo, dentro do processo) igualdade de tratamento. No entanto, muito pouco se diz sobre o tratamento igualitário das partes *em todos* os processos. Em obediência ao princípio da isonomia, o Poder Executivo não pode tratar *nenhum* administrado de maneira diferente, se suas situações foram fática e juridicamente as mesmas. de igual maneira, o legislador também não pode desequiparar o que é essencialmente igual. Já o Poder Judiciário permite que uma mesma e idêntica hipótese concreta seja decidida de maneira distinta, apenas porque dado caso foi julgado por um julgador e não por outro, ou por uma turma do tribunal e não por outra, dentre outras possibilidades e acasos. Ora, se o princípio constitucional da igualdade se destina ao Estado de um modo geral, aí incluídos os três Poderes, o Poder Judiciário não pode deixar de tratar de modo idêntico *todas* as hipóteses concretas que assim o forem e não pode tratar igualmente aquilo que é substancialmente distinto.

Por meio desses argumentos, chega-se à conclusão de que como fator de aplicação do princípio isonômico por meio do Poder Judiciário é necessário o emprego não somente dentro dos processos, mas nas decisões judiciais em todos os processos. Em virtude do princípio da impessoalidade que rege os atos administrativos e as decisões judiciais, sob uma perspectiva sistemática, representa uma decisão proferida pelo próprio Poder Judiciário. Por isso, o

Judiciário não poderia em casos idênticos tratar desigualmente aqueles que, em tese e em concreto, seriam iguais.

No modelo precedencialista, o precedente firmado serve de norte de julgamento não somente para o julgador do caso posterior, mas também para o juiz do caso em que o precedente fora firmado. O primeiro, pois há o dever de observar o precedente quando verificar que tem diante de si um julgamento de um caso semelhante a outro anteriormente já apreciado. É a perspectiva retrospectiva dos precedentes (olhar para trás). O segundo, pois tem a obrigação de, ao estabelecer um precedente, ter consciência de que o está fazendo e saber as consequências

1.4.4.2 A segurança jurídica

Há três escopos, os quais são buscados pela jurisdição e com o procedimento civil, segundo Ricardo Leonel: o primeiro é o escopo político, que visa a estabilidade das instituições estatais e o exercício da cidadania. Em segundo lugar, o escopo jurídico significando a aplicação da norma jurídica abstrata em concreto. Por fim, o escopo social, que significa a pacificação e educação social com o intuito de evitar o nascimento de novos conflitos sociais (LEONEL, 2011, p. 56).

Apesar de trazer esses escopos, outros dois precisam ser acrescentados ao conceito trazido pelo referido doutrinador: a segurança jurídica e a previsibilidade. Isso porque se em um determinado sistema jurídico normativo, há a previsão de um modelo precedencialista, logo os cidadãos, operadores do direito poderão pautar as condutas conforme os entendimentos jurisprudencialmente considerados, pois sabem o que esperar dos litígios judiciais em que ingressam os profissionais da área jurídica. Desse modo, eles podem aconselhar seus clientes, em sua atividade consultiva, sobre maneiras de agir de acordo com as orientações jurídicas.

Rodolfo de Camargo Mancuso tratando sobre a exigibilidade de um judiciário mais eficiente, renovado e prestigiado e assim enumera seis atributos

para que esse poder possa ter uma resposta de qualidade e razoavelmente previsível (MANCUSO, 2011, p. 384). Consequentemente nesse modelo precedencialista, as pessoas e os profissionais jurídicos sabem que para dados fatos, terão determinada resposta judicial. E, apoia essa tese Cândido Rangel Dinamarco:

Toda ordem jurídica tem a missão e responsabilidade de definir situações e gerar clima de confiança e tranquilidade das pessoas e grupos quanto a seus direitos, deveres e obrigações, seja para exercê-los e cumpri-los adequadamente, seja para poderes prever consequências do descumprimento próprio ou alheio. Tal é o valor da segurança jurídica, indispensável ao convívio social harmonioso e civilizado (DINAMARCO, 2010, p. 237).

A segurança jurídica também abrange uma categoria que é a uniformidade, conforme descrito, que significa que as leis deverão ser aplicadas de uma maneira uniforme para todos e em todos os lugares, e a estabilidade, isto é, o direito não deve se mover para quaisquer lugares e posições jurídicas ao bel prazer de seus julgadores ou operadores. Por isso, os requisitos acima referenciados evitam surpresas, sobressaltos, diferenciações indevidas ou intempestivas.

1.4.4.3 Celeridade, racionalidade e eficiência

Não é de conhecimento restrito, que no Brasil, tem-se uma sociedade de massa, característica que decorre frontalmente de uma conflituosidade em todos os níveis. Isso porque todos os conflitos sociais, desde os mais simples até aos mais complexos, terminam no Poder Judiciário. Além dessa espécie de litigiosidade regional, há cada vez mais uma facilidade de acesso à justiça, quer de forma subjetiva, quer de forma objetiva. Na primeira, com a defensoria pública se busca permitir que pessoas financeiramente hipossuficientes possam postular seus direitos em juízo, de tal forma que representa a possibilidade de ingresso de uma significativa classe de pessoas em razão das condições socioeconômicas de boa parte da população brasileira. Já na segunda perspectiva, não existem, praticamente, espécies de direitos que não sejam tuteláveis judicialmente. A lei nº 9.099/95, que instituiu os juizados especiais,

permite que mesmo causas de ínfimo valor financeiro possam ser postuladas sem maiores desestímulos e nem dificuldades. Assim como o advento das ações coletivas, o aumento de legitimados a propô-las e o incremento nas atribuições do Ministério Público permitem que os direitos transindividuais sejam amplamente reivindicáveis em juízo, inclusive questões ligadas ao controle de políticas públicas. Esse impacto da litigiosidade social é refletido em diversas áreas do direito, a exemplo da Justiça Eleitoral, em que cada vez mais são discutidas pautas a respeito da legitimidade e validade dos pleitos, dos candidatos e dos eleitos, causas que terminam por tocar em discussões a respeito do próprio regime democrático. Todas as questões são judicializáveis. Nesse momento, talvez, nunca se tenha levado tão a sério e às últimas consequências as circunstâncias do Poder Judiciário proferir “a última palavra” sobre as questões jurídicas.

Em um tal contexto, é compreensível, natural e até esperado que o número de processos judiciais aumente em todas as instâncias, com as consequências decorrentes, que seriam a lentidão e a demora. Um modelo precedentalista tem ao menos duas contribuições para reduzir os impactos desse contexto de um número imenso de processos a serem apreciados. O primeiro se refere a própria previsibilidade e da segurança jurídica, que foram devidamente discutidas no tópico “1.4.4.2” anterior. Isso porque a parte ao conhecer a elevada probabilidade, de que uma determinada demanda será dada a solução X, qualquer indivíduo que buscar defender em juízo uma solução diversa, a exemplo da Y, sabendo previamente da orientação dos tribunais, talvez, nem ingresse com a demanda, ou talvez nem recalcitre em pedido contra si deduzido. Essa previsibilidade poderá acarretar um desestímulo à litigância por parte daquele contra quem milita a tese fixada no precedente, o que poderá levar à própria redução ao número de processos.

Além disso, o modelo de precedentes apresenta ainda um outro contributo para um quadro fático de elevado volume dos processos, consistente na celeridade e na eficiência. A rigor, quando se observam modelos que não é necessária a observância de precedentes, cada caso é para ser considerado um caso isolado, diferenciado, e como tal carecendo de ser analisado em profundidade, com todas as suas particularidades. Diferentemente quando o

modelo é de observância obrigatória dos precedentes, em que o julgador do segundo caso, apenas deve fazer um esforço argumentativo e justificativo apenas que a hipótese agora sob *judice* é semelhante ao caso anterior decidido e a respeito do qual existe um precedente, visto que não precisa tecer grandes considerações invocando as justificativas já enfrentadas e decididas quando do precedente. De tal modo que o quantitativo de temáticas e argumentos a serem enfrentados de forma expressa pelo julgador é bem menor, pois bastaria que o juiz se reportasse ao precedente para justificar o porquê de uma solução X e não outra. A atividade do juiz, portanto, torna-se mais facilitada, uma vez que ele poderá empregar o tempo, estrutura material e recursos humanos a própria disposição em outros processos ou procedimentos, acarretando uma gestão mais eficiente dos recursos disponíveis, assim imprimindo maior agilidade.

No que concerne ao aumento da eficiência da atividade jurisdicional, essa decorre justamente da redução das chances de ocorrer um erro judicial. A justificativa apresenta-se em razão do julgador ter uma chance de aplicar apenas o precedente judicial do que criar uma justificativa decisional anterior que não o aplique. É certo que sempre ocorrerá possíveis equívocos na aplicação em razão da incorreta subsunção analógica do caso ao precedente invocado, bem como equívoco na identificação de razões que superam ou distinguem o caso de acordo com o precedente invocado. Em razão de uma simplificação do modelo decisional em razão da existência de um precedente aplicável ao caso sob análise, as possibilidades de erro são diminuídas consideravelmente.

Em matéria de incremento na racionalidade e na eficiência, acredita-se que a maior contribuição que o modelo precedentalista tenha oferecido à técnica processual de solução de controvérsias seja uma consequência do aumento na celeridade a que se referiu acima. Com a possível redução no número de processos (porque um potencial perdedor na demanda, percebendo que suas chances são diminutas em decorrência de saber que a regra contida no precedente será aplicada em todas as instâncias, sem divergências, talvez sequer ingresse em juízo) e da solução a similitude entre os casos anterior e posterior e depois disso apenas aplicar o precedente, sem necessidade de maiores digressões), *sobre mais tempo* para decidir as causas inéditas, os *leading cases*, com a qualidade, a profundidade e a fundamentação que temas

novos ainda não enfrentados precisam e merecem. Dessa forma, o tempo ganho com o julgamento mais acelerado – mas feito sem perder legitimidade e nem critério – se reverte em prol do próprio judiciário, que passará a contar com decisões melhores nos temas que efetivamente precisam ser solucionados, pois ainda não foram, sem desperdício de um tempo tão escasso com questões já enfrentadas e resolvidas.

Ainda sobre a temática de uma perspectiva de aumento da racionalidade do sistema, a existência de precedentes a respeito das questões jurídicas pode findar por desestimular demandas sobre temas já decididos, além de estimular acordos, ambas consequências positivas para um quadro de elevado volume processual.

1.4.4.4 Fortalecimento institucional e aumento da credibilidade (redução das chances de decisões conflitantes)

Em princípio, os julgadores são livres para decidirem as causas submetidas a apreciação de acordo com alguns princípios, são eles: a independência funcional e o seu livre convencimento, que deverá ser exposto em uma decisão fundamentada e pública para que eventualmente possa ser contratada pela parte prejudicada (arts. 131 e 436 do CPC; art. 93, IX da Constituição Federal). De tal maneira que cada caso poderá ser decidido de acordo com as convicções jurídicas do respectivo juiz ou tribunal, que não está adstrito e nem vinculado a nada nem a ninguém. Isso faz com que dois ou mais casos, ainda que extremamente semelhantes, possam ter deslindes totalmente diferentes e antagônicos, a depender de a que órgão jurisdicional coube lhe dar a solução. Tome-se, por exemplo, uma questão tributária consistente em saber se empresas de um dado segmento empresarial fazem ou não jus a um regime jurídico diferenciado para melhor. Essas duas empresas deste segmento, ambas concorrentes entre si, ingressaram em juízo postulando os respectivos benefícios fiscais, os quais estariam sendo negados pelo poder público. A empresa Alfa verifica que seu processo foi distribuído para um julgador, que segue e acompanha a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) a

respeito da matéria e, em decisão singular, autoriza a se beneficiar de regime fiscal diferenciado. Já a empresa Beta, por sua vez, recaiu para julgamento a um julgador que reputa equivocada a jurisprudência oriunda da corte constitucional sobre o tema embasando-se em fundamento jurídico, que já teria sido afastado quando do *leading case*, assim nega que a referida empresa tenha direito de gozar dos benefícios fiscais. Em seguida, por contingências de ordem processual, a apelação da empresa Beta somente vem a ser julgada pelo tribunal de justiça dois anos depois, quando o tribunal invocando o entendimento do STF a respeito da temática confere um benefício de participar de um regime fiscal mais benéfico.

Esse singelo exemplo pode ocorrer em um modelo brasileiro atual, que não poderia ser caracterizado como precedentalista, sem que o julgador, o qual submeteu a empresa Beta, por dois anos, indevidamente a um regime jurídico fiscal mais gravoso, sem que seja imputada a conduta do magistrado como erro ou conduta indevida.

A depender do caso, poder-se-á trazer sequelas gravíssimas. Isso porque a empresa Alfa poderia ter se aproveitado da situação jurídico fiscal para uma captação de clientes mais fortemente em detrimento da empresa Beta. Esta, sujeita ao contingenciamento de gastos devido à alta carga contributiva insere-se em um contexto de perda de clientes e consumidores. Logo, ao longo de dois anos nessa situação, a empresa Beta pode já não ter mais condições de permanecer no mercado e resolve encerrar suas atividades.

Esse mesmo exemplo pode ser trabalhado em cima do princípio da isonomia, que sob o pretexto de um exercício de independência funcional e liberdade das fundamentações das decisões judiciais, o Poder Judiciário mostra-se dividido, incoerente e contraditório, na medida que as decisões das cortes superiores não são respeitadas, gerando as consequências acima mencionadas.

O Autor *Fraderick Schauer* recorda que para se dar credibilidade a uma instituição de maneira externa – ao auditório dos jurisdicionados – deve-se ter uma consistência interna de sistema, nos seguintes termos:

If internal consistency strengthens external credibility, then minimizing internal inconsistency by standardizing decisions within a decisionmaking environment may generally strengthen

that decisionmaking environment as an institution (SCHAUER, *online*, p. 19)²

Essa coesão, com todas as instâncias decidindo um mesmo caso de um mesmo jeito, reforça a credibilidade de todas elas e dá ao jurisdicionado uma certeza de que, havendo uma regra oriunda de um precedente, é melhor cumpri-la, pois sempre que for questionada ela será imposta, seja por que juízo for.

De tal maneira, que embora a fixação de precedentes de cumprimento obrigatório, em que pese possa representar a diminuição da liberdade da pessoa de cada juiz ou de cada integrante de corte de decidir do jeito que quiser, porque estarão adstritos ao precedente existente, reduz as chances de julgamentos contraditórios e, em decorrência, aumenta a relevância do poder Judiciário como instituição, com cada julgador passando a ser um membro do sistema judicial como um todo e não apenas individualmente.

1.4.4.5 Função social do Poder Judiciário

A criação do Poder Judiciário deu-se com o intento de resolver conflitos intersubjetivos. De tal maneira, que havendo um conflito de interesses qualificado por uma pretensão, *a priori*, resistida, estaria a cargo do Poder Judiciário de resolver a demanda e assim concretizar no plano fático o direito material da parte vencedora. Por óbvio, essa missão ainda permanece até a presente data de pacificação social. No entanto, ao longo dos anos, alguns doutrinadores entenderam que houve um aprimoramento da função judicial com o advento da complexidade hodierna, a exemplo das ações coletivas versando sobre direitos materiais transindividuais ou ações que versem sobre questões ligadas à condução de políticas públicas. Assim, o poder judiciário deixa de ser um mero espectador da pacificação social para ser um protagonista na garantia de direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico.

Isso significa que um sistema precedentalista, que fixa regras gerais, abstratas e vinculantes a partir de casos concretos reforça a criação de uma

² “Se consistência interna fortalece a credibilidade externa, então a minimização da inconsistência interna por meio da standardização de decisões em seus ambientes de elaboração de decisões” (tradução livre)

pauta geral de conduta a ser observada por toda a população. Assim, contribuirá aquele *decisum* para o aprimoramento social em torno da observância das normas jurídicas.

É importante mencionar, que este trabalho, não enaltece o julgador como um legislador antidemocrático, ou contramajoritário, em uma clara usurpação de competências constitucionais que não lhe foram dirigidas pelo constituinte originário. Mas sim, analisar positivamente, que as decisões judiciais não são estaques no mundo jurídico do *dever ser* e sim que possuem ressonância no mundo fático causando modificações no comportamento social.

1.4.5 Por que não seguir precedentes?

Este modelo de observância obrigatória dos precedentes fixa, a partir da solução de casos concretos, regras gerais e abstratas a serem observadas nos casos assemelhados que ocorram posteriormente. Em razão disso, deverá existir no julgador uma visão prospectiva do conteúdo da regra que fora fixada, pois ela não se aplicará apenas a um caso concreto, que foi estabelecido ou que está a ser julgado, mas sim nos demais casos posteriores. Ocorre que ao estabelecer uma regra geral que será aplicada a todos os casos futuros retira-se do julgador e do caso *sob iudice* os detalhes que terminariam a levar à solução distinta daquela determinada pelo precedente. Esses casos representam hipóteses em que a decisão é imperfeita, ou não é a melhor possível.

Com isso se está a dizer que um modelo de observância obrigatória dos precedentes permite com que, eventualmente, em um ou outro caso a decisão proferida seja, ainda que parcialmente, errada ou injusta. E isso, inegavelmente, é um defeito do modelo de precedentes. A opção por seguir um sistema precedentalista não deve ser feita de forma irresponsável, ou até deliberadamente cega, para não verificar eventuais imperfeições ou defeitos do sistema, mas sim deve ser seguida e defendida a posição com consciência e autonomia. A questão é saber se eventuais imperfeições devem ser toleradas ou não e em que medida.

Desvincular a tese fixada pelo precedente das particularidades do caso concreto a partir de uma regra geral e abstrata poderá gerar decisões imperfeitas, erradas ou injustas, já que o modelo é inflexível e desatento às particularidades dos casos. No entanto, essa aparente inflexibilidade, pois o sistema começa a apresentar modos de superação e distinção do precedente, como a exemplo da limitabilidade temporal do precedente, objeto do presente de trabalho, representa, na verdade, o outro lado da previsibilidade, da segurança jurídica e da solução mais objetiva dos conflitos. Muito dificilmente se tem como dar uma previsibilidade e segurança jurídica aos jurisdicionados quando se atenta a todas as particularidades de cada caso concreto. Como é virtualmente impossível que duas situações fáticas sejam rigorosamente idênticas, sempre haverá espaço para dizer que o caso A difere do caso B no aspecto X e, por isso, a decisão de um e de outro foi diversa. Só que isso, além de poder gerar a desconfiança de que o caso B não recebeu o mesmo deslinde por razões de ordem subjetiva (amizades, contatos, bastidores, influências), termina por sugerir aos cidadãos a desnecessidade de um descumprimento mais rigoroso e mais sério das regras existentes, ainda que já exista um precedente a respeito delas, porque sempre será possível alegar que, naquele caso, a situação era diversa, a merecer um tratamento diferenciado.

Dessa forma, em um primeiro momento, o defeito no sistema precedentalista consiste na possibilidade de que uma decisão proferida em um caso anterior, por mais abrangente que seja, pode não ser a melhor para um ou outro caso no qual ela será aplicada em decorrência da observância do modelo de respeito obrigatório aos precedentes, embora seja real, é superado pelas vantagens existentes e que foram expostas. Por essa razão, há instrumentos que servem para calibrar o modelo precedentalista nestes casos, a exemplo da distinção (*distinguishing*) ou da superação (*overruling*), e como se quer, nesta obra, demonstrar da limitabilidade temporal.

2 O PRECEDENTE JUDICIAL COMO FONTE CRIATIVA DO DIREITO

2.1 Codificação, descodificação³, microsistemas e recodificação do direito

Dois períodos tiveram importante papel na formação do direito romano-germânico, tal como se conhece atualmente, são eles: o Renascimento e o Iluminismo. Isso, pois com o desabrochar do comércio mercantil, verificou-se a necessidade de se estabelecer uma coesão do sistema que proporcionasse aos habitantes ordem e segurança.

Os juristas da época tinham uma preocupação latente que seria com a ascensão do absolutismo e a tendência cada vez maior de uma centralização do poder estatal, esses fatores refletiram de sobremaneira na exegese dos jurisconsultos romanos. Assim, as codificações passaram a refletir os ideais iluministas afastando gradativamente os cidadãos de antigas tradições, buscando novos conceitos de vida em decorrência, principalmente, de transformações políticas e da consolidação dos estados-nação.

A codificação, na verdade, tratou-se de uma fórmula encontrada à época de dar aos cidadãos dois princípios basilares: igualdade e segurança jurídica, vez que um direito fragmentarizado não seria capaz de proporcionar. Também os códigos significam uma oportuna separação da sociedade civil do Estado. Conseqüentemente, se uma determinada questão escapava ao julgamento das leis civis, então se aplicava a norma do soberano (LORENZETTI, 2010, p. 43).

Seguindo a ordem cronológica, as compilações surgiram antes dos códigos. Regra geral, tais institutos eram tratados de modo equivocado como 'códigos' (v.g, Código de Hamurabi), mas na verdade não passavam de meras consolidações de textos legislativos. Por isso é oportuno que se faça de início as distinções adequadas.

Sob a ótica do doutrinador Mário Luiz Delgado, a diferença entre os dois reside entre conteúdo e estrutura, que ocasionam a distinção entre compilações,

³ O termo descodificação é utilizado no sentido de processo de constitucionalização do direito utilizado por Roberto Senise Lisboa (*Manual de direito civil*, vol. 1: teoria geral do direito civil. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 114).

consolidações e codificações (DELGADO, 2011, p. 50). Isso porque na condensação, que é o gênero dessas espécies, há o gérmen de se agrupar em um único corpo normativo uma gama de textos legislativos, princípios e normas.

O mais simples desse processo condensativo é a compilação. Ela se trata de uma reunião dos diversos textos legislativos, assim se apresentam no mundo da realidade como uma única peça de manuseio. Por esse meio, nos textos compilados, não há quaisquer interferências por parte do compilador, que pode ser qualquer pessoa, inclusive um particular não precisando ser necessariamente o Estado. É possível que o compilador deseje realizar a compilação por meio de uma sistematização envolvendo os assuntos determinados. Um *vade mecum* é o melhor exemplo atualmente do processo de compilação, por exemplo.

Caso se pense em uma escada hierarquizada de acordo com o grau de complexidade: a compilação está abaixo da codificação. Na primeira, diferentemente da anterior, é uma obra do Estado com uma finalidade primária de retirar do ordenamento jurídico as normas revogadas, isto é, tem-se como resultado uma nova regulação jurídica. Nas palavras de Mário Delgado:

Não basta apenas reunir ou agrupar os textos legais, seguindo algum critério pré-escolhido, mas agrupá-los de forma sistemática, em uma única lei ou decreto, e considerando apenas as normas jurídicas em vigor sobre uma determinada disciplina jurídica, pois não se consolidam normas revogadas. O resultado da consolidação é sempre uma nova norma jurídica, do ponto de vista formal, ainda que o conteúdo seja rigorosamente aquele antes contido nos textos esparsos (DELGADO, 2011, p. 52).

O termo código, que advém do latim *caudex* (caule de árvore) já revela o sentido que pretende o termo, qual seja a estabilidade e o imobilismo que se pretende oferecer às relações sociais. Assim, é virtude de os doutrinadores perceberem um sentido além do mero vocabular de um conjunto simples de regras. Mas antes um conjunto sistemático e unitário das normas jurídicas que enfeixam a disciplina fundamental de um determinado ramo do direito.

Apesar do que fora dito, para a caracterização do sistema de codificação, não bastam que as normas jurídicas sejam simplesmente sistematizadas, pois uma mera consolidação de textos legais serviria a tal propósito. No entanto,

importa que os enunciados normativos de seu instrumento (código) representem não somente uma unidade, mas disciplinem um ramo do direito de forma atual e renovadora. Uma vez que o processo de codificação reproduz uma ruptura com o sistema passado, que tinha por ausência de sistematização. Foi assim, por exemplo, com o processo de criação do Código de Napoleão, com o Código Alemão (na célebre contenda entre *Thibaut* e *Savigny*) e com o Código Civil brasileiro de 1916.

O referido doutrinador supracitado assevera que a visão da codificação oitocentista para uma moderna reside fundamentalmente na ideia de que o código, para a mais moderna, não é o centro gravitacional do direito privado, constituindo um corpo legislativo monolítico, verdadeiro monossistema, que leva ao ápice do dogma da completude tão caro à Escola da Exegese. Isso motivada a constatação de que o modelo napoleônico, cujo sistema hermeticamente fechado passava uma noção equivocada de autossuficiência e desprovido de lacunas. Já a ideia de codificação atual, ou como foi adjetivado ‘moderna’, representa uma coerência interna do sistema, por determinadas linhas mestras, mas que ao mesmo tempo está aberto à interação sistemática.

Numa outra dimensão está o estatuto.

O estatuto, por sua vez, apesar da proximidade com os códigos, não se insere em um processo de condensação. As normas estatutares não pretendem ser abrangentes, diversamente das codificações, uma vez que o intento do legislador é apenas regulamentar determinada ordem de relação jurídica. Há por parte do Poder Legislativo uma delimitação prévia das relações jurídicas que serão tuteladas.

Mário Delgado também adverte que a distinção entre código e estatuto se dá no plano formal, em razão de que o último não tem curso no parlamento como “projeto de código”, que exige tramitação específica e diferenciada.

Colocadas as referidas diferenças, sucedeu que as compilações não apresentam condições necessárias para subsistirem à época do renascimento. Faltou-lhes a característica marcante da codificação, segundo René David: “obra um soberano, desejoso de consagrar – mesmo em detrimento dos privilégios da

antiga ordem – os princípios da justiça, liberdade e dignidade do indivíduo” (DAVID, p. 52).

Por outro lado, as compilações nunca tiveram o propósito de modificar o direito. Isso porque como se apresentavam como um panorama histórico legislativo, então não criavam regulações atualizadas, tal como os códigos da época, pós-revolução francesa, criando novos paradigmas compatíveis com um propósito do Estado liberal.

Lorenzetti consegue distinguir as características históricas que diferenciam as compilações dos códigos: a primeiras não geravam quaisquer seguranças jurídicas, tendo em vista a impossibilidade de conhecimento prévio do conteúdo que estaria em vigor. Já as segundas traduzem-se como uma sequência ordenada de artigos, assim passam segurança aos seus operadores. Outra distinção leva em consideração o grau de entendimento do cidadão comum, enquanto as primeiras possuíam um grau de entendimento bastante elevado e de difícil compreensão, as últimas eram de fácil compreensão e consulta (LORENZETTI, 2010, p. 42).

Apesar dos códigos representarem uma fonte de modernidade e atualização frente às compilações, aqueles com o passar dos anos tornaram-se velhos e ultrapassados, assim surgiu um novo fenômeno jurídico o da descodificação. Esse entendido como o reconhecimento de que os códigos não foram ungidos de autossuficiência o bastante a ponto do aplicador do direito não necessitar de outras fontes para realizar o direito – cada vez mais a função de formação e evolução do direito passou a pertencer à jurisprudência dos tribunais, isso como o reflexo de uma postura criativa dos magistrados.

Nenhum operador do direito acredita que para se conhecer a verdadeira face do direito precise apenas do estudo ou leitura dos códigos ou dos textos legislativos. Nem mesmo na seara criminal, que traz o princípio da legalidade como um dogma que ampara aquele ramo, tem o apego único e exclusivo dos códigos, visto que cada vez mais são concedidos aos juízes e administradores poderes para que medidas da pena sejam por eles fixadas.

O mérito da codificação foi se apresentar como um baluarte de expansão no sistema Europeu e fora dele – sistema romano-germânico. Já a consequência

desabonadora pode-se indicar o fato de diminuir a sensibilidade da tradição jurídica oriunda das universidades de discutir a problemática da justiça para uma tradição legalista amparada nas disposições dos códigos. Ainda na lição de René David:

Abandonando o espírito prático dos pós-glosadores, a audácia dos pandectistas, os professores de direito voltaram à escola dos glosadores, aplicando as suas glosas aos novos textos. Uma atitude de positivismo legislativo, agravada pelo nacionalismo, foi originada pelos códigos, contrariamente à ideia que os tinha inspirado (DAVID, 2002, p. 53).

Isso significa, que com a codificação, o direito deixou de ser para os juristas norma de conduta social (portanto, supranacional) para ser um direito nacional.

Atualmente, o nacionalismo jurídico, que embasava esse período de codificação, está em constante queda, tendo em vista que é cada vez mais comum nas Cortes Superiores brasileiras decidirem-se questões envolvendo tratados internacionais ou mesmo jurisprudências oriundas de estados alienígenas.

Um dos elementos que fortaleceram a derrocada do parâmetro nacionalista brasileiro foi a atividade empresarial que se tornou cada vez mais transnacional. Assim, o intercâmbio das atividades empresariais pressiona cada vez mais o direito interno para flexibilizar a suposta prerrogativa de uma autonomia com o intuito de alargar o sistema jurídico para torná-lo menos hermético. Essa flexibilidade é necessária para que o mercado interno possa ter um grau de competitividade satisfatório frente ao mercado externo. Apesar dessa franca redução, não se trata de uma obliteração por completo da codificação. Mas antes a adaptação do sistema interno a outros microssistemas internacionais.

Como visto, é garrido o surgimento dos microssistemas como consequência natural do colapso gravitacional dos sistemas codicísticos.

Na tentativa infrutífera dos códigos de acompanharem as constantes e rápidas transformações, por exemplo, da sociedade pós-industrial, seja com uma técnica legislativa ainda incipiente de uma abstração excessiva ou uma técnica casuística, o legislador achou a solução, pelo menos momentânea, de por meio

dos microssistemas jurídicos, “regular satisfatoriamente os diversos setores de atividade, sobre os quais a codificação não tinha condições de ser aplicada de forma condizente” (LISBOA, 2003, p. 91).

Após ter analisado as tradições *civil e common law*, passa-se a abordar neste tópico a figura do juiz, elemento de suma importância para todo o processo, visto que essa é a personificação do próprio Estado nessa relação conflituosa, já que é o destinatário das cláusulas gerais e formador dos precedentes judiciais.

Isso porque em ambos os modelos (*civil e common law*), as decisões judiciais constituem *fonte do direito*, seja por concretizar a norma abstrata, seja por concretizar a abstração contida no costume (SABINO, p. 54).

A função judicante é extremamente complexa, tendo em vista que o homem não é uma pessoa imbuída de neutralidade, já que vive em um meio cultural, que influencia o julgador de modo conscientemente e inconscientemente. No primeiro modelo acima mencionado, a atividade julgadora consiste em analisar o caso concreto, avaliar a pertinência da norma, bem como fazer a subsunção do fato à norma, interpretando-a, bem como a seus conceitos e princípios, observando os direitos fundamentais e a Constituição Nacional.

Humberto Theodoro Júnior evidencia que não há neutralidade na ciência, nem tampouco na aplicação do direito; não há métodos ou construções metodológicas que queiram nos livrar do “problema” de “ter” que interpretar a partir da pré-definição do sentido (JÚNIOR, 2010, p. 190).

Levando-se em consideração a própria condição da hermenêutica da humanidade, é impossível considerar que o juiz poderia agir em seu mister sem interpretar fatos, normas, provas e teses, sob a própria ótica e da própria experiência. Em um antigo aforisma de Aristóteles, que reconhecia o homem como um animal político, seria no mínimo leviano que não é ontológico o magistrado interpretar. Isso porque o ato de interpretação leva consigo uma carta valorativa acerca da percepção do mundo. Nesse esteio afirma Dallari que “os juízes exercem atividade em dois sentidos: por serem integrantes do aparato de

poder do Estado, que é uma sociedade política, e por aplicarem normas de direito, que são necessariamente políticas” (DALLARI, 2007, p.89).

É evidente que o julgador somente levar em consideração a carga axiológica, sem atuar com imparcialidade, ouvindo as partes e dando a elas as mesmas oportunidades e garantias, certamente, violaria os princípios do contraditório, ampla defesa, devido processo legal e imparcialidade.

Continuando na distinção entre os sistemas, os direitos da *civil law* constituem um conjunto fechado, como se observou no tópico antecedente, em que toda espécie de questões pode, ao menos em teoria, se resolvida por uma regra jurídica já existente no plano abstrato: cabe ao juiz escolher esta norma no plano abstrato e concretizá-la no plano fático. Já a *commonw law* é formada por um sistema aberto, que não busca a interpretação de regras jurídicas, mas tenta descobrir a regra legal, talvez até mesmo criá-la, no caso concreto, em que a função do juiz é administrar a justiça.

O julgador, no sistema da *common law*, detém a confiança da população, até porque o juiz de piso (monocrático) pode até mesmo ser eleito pelo cidadão nas cortes regionais americanas. Venosa coloca o julgador inglês ou norte-americano como quem “produz, descobre, elabora o Direito, independentemente da obra do legislador, que pode apenas concorrer para a sua convicção, não sendo a lei seu ponto central de raciocínio” (VENOSA, 2008, p. 123).

Trata-se de uma constatação histórica, conforme visto no primeiro capítulo, pois, como se depreende das revoluções ocorridas na Inglaterra, por exemplo, os juízes ajudaram a manter a ordem estabelecida, não deixando que o monarca subvertesse o sistema, ao contrário da Revolução Francesa. A Revolução Gloriosa (1640), por sua vez, teve uma característica de estabilidade da tradição, do regime anterior. Logo, o julgador acompanharia o desenvolvimento social. A tradição romano-germânica, que teve como expoente a Revolução Francesa (1798), idealizou, nesta época, o julgador como sendo a boca da lei, fortalecido pela separação dos poderes e amarrado à norma legislativa, assim carecendo esse personagem de legitimidade para criar normas objetivas materiais, pois deveria realizar apenas a subsunção do fato à norma.

Corroborou-se, como já visto, a necessidade da codificação, amarrando o juiz à técnica e a preocupação da legalidade. Foi o que Dallari colocou como a existência de:

“uma preocupação bem maior com a legalidade do que com a justiça (...) Essa atitude de apego exagerado às formalidades legais, sem preocupação com a Justiça, é uma herança do positivismo desenvolvido no século dezenove e que, por sua vez, foi uma aplicação degenerada de um preceito muito antigo, enunciado por Platão e desenvolvido por Aristóteles, segundo o qual ‘um governo de leis é melhor do que um governo de homens’ (DALLARI, 2007, p. 84-85).

Após séculos de vinculação rígida à lei, surgido o *Welfare State* garantido pelo constitucionalismo, tomou forma a necessidade de superar o positivismo decorrente da Revolução Francesa. Isso porque se percebeu a falta de condições do Legislativo de suprir a necessidade de normatizar previamente acerca de todas as hipóteses de interesse social. Aliado ao advento das Constituições, permeadas de princípios porosos e abstratos, surgiram as cláusulas gerais, que por sua vez prescrevem certa conduta, mas simplesmente definem valores e parâmetros hermenêuticos (TEPEDINO, 2003, p. 29). Em decorrência desses fatores, o julgador da *civil law* ganhou maior autonomia para interpretar a lei e seus conceitos indeterminados, com base no Direito e seus princípios, baseando-se na Constituição, passando a ser um juiz ativo, porém, quase incontrolável. De tal modo que o juiz estabelece regras gerais pertinentes ao caso concreto e preenche os conceitos jurídicos indeterminados, individualizando a técnica processual capaz de permitir a efetiva tutela do direito. Isso suporta o argumento de Cappelletti de que não só o Legislativo cria Direito, mas também o Judiciário, apesar de o fazerem em modo e grau distintos (RENÉ DAVID, 2002, p. 115).

A *common law* concebe seus juízes como verdadeiros “heróis culturais”, já que até a forma de ingresso desses magistrados é distinta da dos vinculados a *civil law*. Isso porque na primeira os magistrados são bacharéis em direito, via de regra, que são alçados ao cargo judicante após longa carreira no setor público ou privado. Já na segunda, o julgador é um funcionário público, que, egresso dos bancos da graduação, decide prestar concurso entrando para os quadros da magistratura. Essa é uma das heranças do sistema romano em que o pretor não

detinha vasto conhecimento jurídico, muitas vezes necessitando recorrer ao juriconsulto para sanar suas dúvidas, papel hoje vestido na *civil law* pelo doutrinador.

Ocorre que esse papel mais restrito da atividade criativa e menos proativo vem caindo em desuso, a partir do momento, que se tornou senso comum a deficiência das codificações. Assim, o julgador sendo um anteparo do Estado em que se deflagram os conflitos sociais, ponto de reclame da população, a quem cabe a função da pacificação e criação de regras de condutas sociais.

Não é à toa que Teresa Arruda Alvim revela, ao sustentar que o Judiciário tem a tarefa de criar pautas de conduta para o jurisdicionado, que em cada mudança de rumo deverá ser observada a modulação dos efeitos de cada decisão, sendo certo que “a posição do juiz chegue bem perto da do legislador” (ALVIM, 2019, p. 14).

Muitos pontos tradicionais do *civil law* têm merecido acirrada crítica doutrinária, a exemplo e em especial, quanto à ênfase excessiva à separação de poderes, a incapacidade do legislativo em atender a demanda social, a falta de aproveitamento do intelecto jurídico dos profissionais do direito em discussões estéreis que não levam a soluções práticas.

Na atualidade, o juiz do *civil law* tem maior liberdade com relação às regras processuais, tendo, inclusive, o registrador conscientizando-se desta necessidade, instituindo, então normas abertas e abrangentes, que conferem ao juiz a possibilidade de dirigir o processo com maior liberdade a fim de atender o direito material (MARINONI, 2008, p. 230). Cabe ao autor identificar as necessidades da tutela processual intentada, ficando sob critério do juiz a individualização da técnica processual à necessidade do caso concreto. Ao comentar a respeito do papel do juiz moderno, Francisco Cardozo de Oliveira sustenta que por muito tempo a ideia de justiça confundiu-se com a existência da lei positivada produzida pelo Estado, mas é certo que “a concretização do direito justo é o objetivo primordial da jurisdição” (OLIVEIRA, 2006, p. 176).

O crescimento do poder de atuação do juiz refere-se à conseqüente conscientização do Estado em tutelar com efetividade os direitos. Neste sentido, a omissão justificável ou não do legislador não pode ensejar a omissão do

juizador. Se é atribuição do Estado a efetividade dos direitos constitucionais, ante a inércia dos demais poderes, a *civil law* vem admitindo ao Judiciário poder suficiente para proteção ou concretização dos direitos fundamentais (MARINONI, 2008, p. 233).

2.2 Interpretação e criação do direito

Em 1799, o autor Anton Friedrich Thibaut elaborou uma teoria interpretativa do Direito Romano, a qual visava analisar a interpretação literal do texto (CORDEIRO, 2012, p. 672). Ganhou força essa teoria com a Escola da Exegese, a qual adveio da Revolução Francesa, visando reduzir o direito à legislação escrita por meio de uma técnica silogística, que tinha por finalidade a limitação da atuação judicial. Essa forma aritmética de interpretação baseava-se na clareza do sistema jurídico e na ausência de qualquer omissão na codificação, assim não demandaria qualquer tipo de interpretação (CORDEIRO, 2012, p. 672). Ocorre que com o passar dos anos, admitiu-se a necessidade de interpretação da norma ao caso concreto por parte do juizador, ante a constatação fática, que mesmo a melhor das codificações, teria a existência de antinomias ou lacunas normativas, conseqüentemente passou-se a buscar o sentido da interpretação. Esse sentido, em um primeiro momento, ficou a cargo de ser representado pela “vontade do legislador” no ato da criação da norma. Um exemplo desse fenômeno foi a criação das Cortes de Cassação, que eram diretamente ligadas ao Poder Legislativo, a quem caberia analisar eventual cassação da decisão proferida pelo Poder Judiciário que divergisse da interpretação do entendimento legislativo. Também dessa forma, a Escola Positivista admitia, até certo modo, que a decisão exercesse algum juízo valorativo, desde que tal juízo decorresse da norma e não ao contrário, não se admitindo que o contexto fático sob análise ensejasse a formação de um juízo de valor que substanciasse a criação da norma.

Já no final do século XIX, a Escola Histórica de Friedrich Carl von Savigny conduziu a uma mudança paradigmática, passando a pensar o direito sob o espírito pretendido pela lei e não sob a aplicação literal da norma legislada,

conforme preconizado pela Escola da Exegese. Segundo o expoente da escola, caberia ao legislativo definir as diretrizes sociais por meio da legislação, contudo deixaria certa margem interpretativa para a atuação do Judiciário, a este não cabendo mais a mera atividade de subsunção do fato à norma. Na obra *Juristische Methodenlehre*, de 1803, definiu que os elementos para a interpretação são lógico, gramatical e histórico.

Essa tradição metodológica, por exemplo, foi recepcionada pela cultura portuguesa por meio da Lei da Boa Razão de agosto de 1769, seguida pela interpretação dos Estatutos da Universidade de Coimbra de 1772. Os estudos lusitanos tinham por objetivo tornar a interpretação mais objetiva, formando o quadro pandeteísta da exegese ao longo do século XIX. O Código Civil português faz referência a esses métodos interpretativos em seu artigo 9. Essa fuga do positivismo levará em consideração a unidade do sistema nos termos dos artigos 9 e 10 do Código Civil lusitano.

Os fatos ocorridos na Segunda Guerra Mundial, formalmente legitimados pela legalidade *stricto sensu*, fizeram cair por terra a hegemonia do Positivismo, não mais se podendo admitir a identificação entre lei e direito. Segundo Perelman (PERELMAN, 2004, p. 95), tais fatores eclodiram a noção de que “o direito é a expressão não só da vontade do legislador, mas dos valores que este tem por missão promover, dentre os quais figura em primeiro plano a justiça”. Neste contexto, entende o mesmo autor que, não havendo mais a dissociação entre direito e justiça, necessidade acreditada pelo positivismo e já desmistificada, não cabe ao juiz a mera conformação do seu julgado à lei, mas conferir-lhe valor de modo que tal decisão ao menos pareça justa (PERELMAN, 2004, p. 95).

A aproximação da justiça e do direito ensejou a preocupação com a subjetividade advinda desse contexto, bem como a insegurança frente a possibilidade de que coubesse ao magistrado, em seus julgamentos, a substituição completa do preconizado pela lei pelo sentido de justiça e equidade, tornando-se justiceiro face o real papel de julgador. Nesse contexto, Page (PAGE, 1931, p. 112-113) enfatizava que, mesmo em face de princípios gerais de direito, caberia ao juiz papel declarativo, revelando, interpretando e aplicando o princípio ao caso concreto, opinião que, segundo Perelman (PERELMAN,

2004, p. 112), apoia a criação do direito pelo juiz. Diz o autor que são os juízos de valor inerentes à conformação da norma ao caso concreto que guiam o juiz e estabelecem a correspondência sistêmica da decisão com o direito em termos de justiça, sem, no entanto, deixar de manter o juiz atado ao previamente estabelecido pelo legislador (PARELMAN, 2004, p. 114). Nesta faceta, Perelman reconhece a atividade criativa do juiz, entendendo que não cabe ao Legislativo o monopólio na elaboração das regras de direito, mas a primazia, possuindo o juiz uma atividade complementar indispensável que lhe permite adaptar a lei ao caso concreto, de modo que, quando lhe é ceifado tal poder, ainda assim factível recorrer às máximas de direito e aos princípios gerais que, moldados ao caso concreto, denotam atividade criativa (PARELMAN, 2004, p. 203). É notório que, ao dirimir um conflito, o juiz não emite uma opinião puramente subjetiva, mas, segundo Perelman, seu entendimento caracterizará um aspecto intersubjetivo em conformidade com o aparato judiciário e com o sistema legislado. Ainda, entende o autor que são as coletâneas de jurisprudência e não a doutrina e a legislação pura que bem demonstram o raciocínio jurídico, pois são os tribunais os encarregados de dizer o direito, quando motivam suas decisões.

É possível informar que poderia se caracterizar a atividade do juiz como mera subsunção se a lide não envolvesse controvérsia. Mas como a atividade judicante é justamente dirimir uma controvérsia donde ambas as partes, através de vasta argumentação, subsumiram os fatos às normas e princípios de direito, cabe ao magistrado a atividade de extrair de todos o alegado em juízo de valor do qual irá exarar o entendimento que entende justo e equânime.

Justice Reed, em um julgado perante a Corte Constitucional Americana, revelou que se aplica o método interpretativo da legislação perante as controvérsias, sendo essa aplicação uma tarefa exclusivamente jurisdicional. Além disso, completando o raciocínio informa que o grupo de julgadores sempre deverá dar significado para o que se pretende dizer o legislador, justificando e fundamentando a exegese construtiva do direito.

Soma-se a esse entendimento as citações de Dworkin, que questiona o papel criativo ou interpretativo do juiz quanto ao direito, partindo-se da formulação trivial e geral de que os juízes criam o direito (DWORKIN, 2009, p. 9). Bem como de Teresa Arruda Alvim, “é impossível desvincular a compreensão

da lei de sua interpretação. Quem compreende, compreende a seu modo” (ALVIM, 2015, p. 1229).

O referido autor concebe, em sua teoria, o ideal da integridade como uma máxima a ser seguida, já que consiste em uma ação do Estado por meio de um conjunto único e coerente de princípios, que ensejam o reflexo dos princípios perseguidos pela sociedade como um todo, ainda que tal sociedade seja marcada pela pluralidade. Há um pilar de nível de integridade exigível ao Estado, tal como ocorre com os particulares, que pautam suas condutas nos princípios da equidade, justiça e decência. Para Dworkin, essa integridade cuida-se de um requisito prévio da civilização e desmembra-se em várias facetas específicas. Por exemplo, o princípio subprincípio é o de manter coerência aos princípios basilares do direito; já o segundo, refere-se ao princípio da integridade no julgamento, exigindo aos responsáveis por decidir o que é a lei, que o façam de modo sistêmico e coerente (DWORKIN, 2009, p. 202).

Esse princípio impõe reflexos na própria dinâmica social, tendo em vista que determinada sociedade aceitará reger-se não somente pelas regras explícitas, isto é, positivadas, mas também por um conjunto de regras sociais não positivadas que norteiam organicamente a construção social (DWORKIN, 2009, p. 229). Nesse contexto, sustenta o autor, que o papel do julgador não é criativo, mas sim interpretativo-constutivo. Logo, caberia o juiz dizer o direito, não somente pela interpretação, ainda que ela reflita um juízo de valor. Assim, deveria o julgador considerar os princípios já legislador ou adotados no direito costumeiro, de modo a aplicá-los diretamente, ou mesmo interpretá-los consoante o caso concreto, sem que houvesse a criação do direito por excelência (DWORKIN, 2009, p. 275).

Segundo Francisco Cardozo de Oliveira, o trabalho entregue ao julgador é interpretativo:

A interpretação é relação e processo inseridos na realidade histórica. A construção dos fundamentos teóricos da interpretação depende, portanto, dos valores reconhecidos relevantes no contexto histórico para determinar o sentido justo da norma. (...) Todo ato de interpretação inicia-se pelo texto da lei, mesmo que o objetivo seja o de negar-lhe a eficácia. Ressalvada a hipótese de integração, não é concebível que o sentido da norma, nos sistemas jurídicos apoiados na lei

positiva, seja fixado fora do âmbito de possibilidades consideradas na relação objetiva entre a atividade de interpretação, o texto legal e, de forma mediata, os elementos da situação de fato (OLIVEIRA, 2006, p. 8-10).

Enganam-se os doutrinadores que atribuem como exemplo, por excelência, da atividade criativa do Poder Judiciário a aferição de constitucionalidade dos atos que emanam do Poder Legislativo. Isso porque no exercício do referido mister, o Judiciário pauta-se por normas ou princípios pré-estabelecidos em outra origem, que em verdade são responsáveis pelas diretrizes sociais. Uma interpretação das normas ou princípios ao caso concreto, na verdade, trata-se de uma necessidade e não de um poder-faculdade do julgador.

Ronald Dworkin, quando propôs o direito como integridade, vislumbrou que caberia ao referido ator social interpretar as leis, normas e princípios partindo de uma visão sistêmica, ou seja, de modo a atingir globalmente os ideais perseguidos pela sociedade. Isso porque para ele o direito não padece de uma incompletude congênita, mas antes é complementado por normas que não estão positivadas, a exemplo dos princípios e os direitos implícitos, decorrente da interpretação das regras e dos princípios. Tal filosofia encontra consonância no entendimento de Habermans:

No modelo liberal, a atividade jurisdicional é entendida como o agir orientado pelo passado, agir este fixado nas normas elaboradas pelo legislador político. A concepção moderna de Estado significa um crescimento de poder para a justiça e uma ampliação de espaço de decisão judicial. Isto é, orientada por normas fundamentais, a jurisprudência precisa voltar o seu olhar normalmente dirigido para a história institucional da ordem jurídica, para os problemas do presente e do futuro (HABERMANS, 2010, p. 305).

Um dos maiores críticos a tal posição explicitada é Herbert L. A. Hart, pois sustenta que o papel criativo do juiz decorre da incompletude do direito. Assim, em todas as situações, que a legislação não se posicionou de modo claro e evidente, o juiz exercerá o papel criativo, que a um só tempo encetará um novo direito e restringirá o poder criativo dos julgadores subsequentes (HART, 2007, p. 335). Esse viés gera um poder criativo muito mais estreito conferido ao julgador, que o exerce às margens de uma ineficácia legislativa, limitando-se à resolução de casos concretos e impondo-se a limitação de todo o restante do

ordenamento jurídico, o que deflagra a impossibilidade de reformas em larga escala como se facultam ao legislador positivo.

Segundo Hart, embora caiba ao julgador embasar-se na generalidade e dos princípios do direito, ao decidir casos concretos de difícil solução sobre os quais nada prescreva o direito posto, a atividade então desempenhada não se cuida de interpretar e desvelar o direito, mas em verdade cria-lo, eis que nesta atividade o juiz faz opções em determinado sentido regulamentador, assim como um legislador. Embora muito informativa a teoria revelada, não se pode esquecer que esta foi produzida no berço da tradição consuetudinária (HART, 2007, p. 338).

Hart rebate as críticas realizadas por Dworkin em relação a falta de legitimidade conferida pelo ordenamento jurídico ao juiz em um Estado Democrático de Direito. O primeiro, mesmo em tradições jurídicas comuns à *civil law*, que a divisão entre os Poderes é bem demarcada, a legitimidade dessa função criativa decorreria da própria função judicante conferida pela Constituição em razão de um poder fiscalizatório da constitucionalidade de leis. Assim, teria o ordenamento constitucional conferido o poder de legislar implicitamente ao Judiciário, ao contrário da concessão expressa, excepcionalmente, ao Poder Executivo, daí não decorrendo quaisquer ilegitimidades (HART, 2007, p. 339).

Conclui o referido doutrinador, que “o direito (ou a constituição) é o que os tribunais dizem que é”. Em contraponto, Habermas revela que cabe aos tribunais não a interpretação ou criação do direito, mas o zelo e o respeito aos procedimentos democráticos, possibilitando o desenvolvimento da vontade política, sem que, no entanto, se assumam a vontade de legislador (DWORKIN, 2009, p. 229).

Uma das grandes questões acerca da interpretação entre os doutrinadores citados é a essência de sua finalidade. Na fenomenologia da interpretação, Dworkin afirma que a ideia de a interpretação buscar a realidade, a verdade, por si só mostra excludente. Caso o analista entenda que o seu modo de ver as coisas é o correto, estaria dizendo, em outras palavras que sua interpretação é superior do que outra qualquer. De tal modo que, em um viés de interpretação colaborativa, não haveria um erro maior que esse. O que precede

essa ideia de busca da verdade é o entendimento de preexistência de um criador/autor, o qual iniciou um projeto que o intérprete tenta prosseguir. Citado por Dworkin, Satre revela que “a criação só encontra sua realização na leitura, já que o artista deve delegar a outro a missão de continuar aquilo que iniciou”. Num exemplo significativo, revela que “o direito é também colaborativo: um juiz visa o mesmo objetivo – a justiça – que os governantes que fizeram as leis que aquele interpreta” (DWORKIN, 2012, p. 143).

Por sua vez, Cândido Rangel Dinamarco aduz que caberá ao juiz, ao concretizar a norma no caso *sob judice*, o descobrimento do juízo de valor executado pelo legislador ao editar a norma, de modo que o juízo axiológico se restringe ao papel do legislador (DINAMARCO, 1995, p. 420).

Um pensamento mais conceitual e positivista não consegue atender mais a petição social de efetividade da função do julgador. A coloração dos fatos que compõe o juízo de valor, no que tange as provas e até mesmo o sentido dos assentos mais modernos, reforça a necessidade de um certo grau de construtividade judicial para adequar os fatos aos ditames constitucionais. Principalmente em períodos excepcionais, a exemplo da pandemia mundial ocasionada pela COVID-19, tendo em vista que houve mudança das relações sociais com o isolamento dos diversos atores do Direito e o reforço dos atos processuais eletrônicos.

No âmbito constitucional, Ingo Sarlet, dada a amplitude e abstração da norma, revela que a linha divisória entre a atuação interpretativa ou criativa do juiz é bastante tênue. No entanto, considera a impossibilidade de se atribuir papel criativo ao juiz, dada a separação de poderes, de modo que a atividade então exercida na concretização da norma basicamente pressupõe interpretação e revelação de direitos implícitos. Cuida-se de atividade desenvolvida dentro dos limites do que já foi explicitado pelo legislador (SARLET, 2000, p. 152).

Até mesmo Hans Kelsen (KELSEN, 1945, p. 112) admitia a possibilidade da atividade criativa do direito pelo magistrado, aduzindo que a sentença representa um verdadeiro ato constitutivo do direito à medida que dispõe em caráter geral. Embora possa representar certa criatividade, essa ficava restrita às partes e não se comunicava com o mundo externo. O fundamento do

entendimento de Kelsen tinha por base não a separação de poderes como formulada por Montesquieu, mas sim a separação das funções típicas de cada um dos poderes, de modo que atipicamente poderiam exercer as funções inerentes aos outros dois poderes, daí advinda a possibilidade do Judiciário não só de criar a norma no caso individual, mas extraordinariamente estabelecer a norma geral (KELSEN, 1945, p. 103). Haveria duas situações em que caberia ao julgador criar o direito: a) quando a norma individual não fosse predeterminada pelo direito material, criada pelo legislador ou estabelecida pelo costume; b) quando a determinação da norma geral não adotasse feição unívoca, possibilitando múltiplos modos de interpretação, hipótese na qual a interpretação adotada denotaria caráter de norma geral (KELSEN, 1945, p. 344). O juiz, portanto, é sempre um legislador também no sentido de que o conteúdo de sua decisão nunca pode ser completamente determinado pela norma preexistente de Direito subjetivo. Contudo, essa tarefa criativa não era admitida pelo referido autor de modo absoluto e desregrado, mas apenas afirmava que cabia ao Judiciário a tarefa natural de complementar o trabalho exercido pelo legislador, atuando subsidiariamente. Assim, essa liberdade de intervenção judicial é derivada ou subsidiária, limitada pelas potencialidades da interpretação sistemática da Constituição Federal e das leis emoldurada no caso concreto (CAMBI, 2016, p. 347).

Vale uma observação importantíssima, no que concerne ao sistema processual brasileiro, tendo em vista que uma decisão será considerada como não fundamentada, conseqüentemente, nula, acaso ela não observe a força vinculativa dos precedentes. Logo, fica muito difícil defender que ao juiz da *civil law* não competiria criar a lei, mas apenas declarar uma vontade intrínseca. Conseqüentemente, se o precedente é de fato “judicial” e para tanto precisa ser formado pela Corte, é pouco mais que evidente que sua formação se deu pela falha na elaboração da lei, ferindo a expectativa do positivista de plantão.

Portanto, em caso de omissão da lei, incompletude ou mesmo inexatidão, deverá o julgador revelar a melhor solução, formando, assim, o precedente judicial, que poderá ter ou não menor ou maior força vinculante. Logo, carece de fundamento fático a proibição de uma, ao menos, interpretação construtiva do direito. Na linha da interpretação colaborativa já visitada, temos ainda a

interpretação explicativa, cuja maior significação se liga ao intérprete e um fato relevante. As interpretações históricas, psicodinâmicas e sociológicas são exemplos desta modalidade mais dinâmica da exegese (DWORKIN, 2009, p. 144).

Um dos maiores expoentes da *common law*, o doutrinador Benjamin Cardozo, concebeu a atividade judicante como tipicamente criativa ao determinar a forma e a tendência aplicativa da regra geral (CARDOZO, 1978, p. 112-113). Segundo o autor, caso não haja essa atividade parametrizada pela lei e pelos costumes, predominará o arbítrio. Assim, mesmo em atividade criativa, as fontes nas quais se baseia o juiz são a lei e a Constituição.

Karl Engisch (ENGLISH, 2008, p. 78-79) exclui a concepção positivista-normativista, aduzindo que é função dos tribunais moldar a vida da comunidade segundo o ponto de vista da utilidade e da equidade, de modo que a lei é apenas um dos elementos formadores do “dever-ser” concreto pelo qual se pautará a sociedade. Deste modo, Engisch entende que a lei não é a única criadora do direito, mas, ao seu lado, os tribunais também contribuem nessa formação.

Mesmo Miguel Reale (REALE, 2002, p. 167-172) assumiu certa margem criativa à atividade desenvolvida pelo juiz, tendo entendido que o ato de julgar não se reduz à atitude passiva diante dos textos legais, mas à notável margem de poder criador, reconhecendo a jurisprudência como uma das fontes primárias do direito, visto ser o juiz quem estabelece a obrigatoriedade do direito no caso concreto. Difere, contudo, o poder criador exercido pelo juiz do poder criador desenvolvido pelo legislador, em razão do âmbito de abrangência, de modo que o direito criado pelo juiz é cogente somente às partes a que se aplica. Reale afirma que se aufere com exatidão o poder criativo do juiz quando decide com base na analogia; a fim de suprir lacunas existentes no ordenamento e, mais ainda, quando autorizado a decidir com base na equidade.

O papel criativo na atividade do julgador, segundo Couture, expressa-se na decisão, a qual possui particularidades e elementos constitutivos, que criam um estado jurídico novo, concebendo o papel da jurisdição como declarativo e constitutivo a um só tempo, eis que declaram direitos preexistentes bem como se criam novos estados jurídicos certos e coercíveis inexistentes antes da coisa

julgada (COUTURE, 1990, p. 42). Continua o referido autor, que a possibilidade de existência de uma injustiça na sentença ocorrerá exatamente em razão do papel criativo exercido pelo magistrado, posto que, se este fosse mero aplicador do direito, não haveria que se falar em erro. Uma vez que a decisão é uma operação humana, fruto do espírito humano, da inteligência e da vontade, de modo que o juiz é figura indispensável na criação e produção do direito, de modo que a dignidade do direito depende da dignidade atribuída ao juiz.

Outro autor moderno, Eduardo Cambi, em sua obra defende uma postura interpretativa ativa por parte do julgador, que se manifesta na defesa da democracia, no exercício da cidadania, bem como na promoção da justiça com a atribuição ao Judiciário como verdadeiro poder apto a realizar as transformações sociais (CAMBI, 2002, p. 23), sempre adotando por base preceitos constitucionais. Nesse caminho interpretativo, é importante salientar que o art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro preceitua que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Conseqüentemente, a norma legislada só adquire sentido a partir do momento que o julgador lhe dá vida diante da realidade, cuidando-se de um constante questionamento e adequação do texto legal ao cotidiano. A norma legislada só adquire sentido a partir do momento que o julgador lhe dá vida diante da realidade, cuidando-se de um constante questionamento e adequação do texto legal ao cotidiano.

Mesmo os doutrinadores da *common law* dividem-se entre as teorias declaratória e constitutiva da jurisdição, não havendo consenso quanto à criação ou interpretação do direito exercida pelo magistrado. Anote-se que, na tradição consuetudinária, os valores da sociedade estão entranhados no próprio juiz, que, em regra, pode ser indicado pela sociedade a que pertence.

Inicialmente, *Blackstone* (BLACKSTONE *apud* MARINONI, 2010, p. 24) sustentou o papel declaratório do juiz quanto ao direito, no qual cabia ao juiz o dever de buscar o direito nas fontes escritas ou costumeiras já estabelecidas. Essa ideia tem por fundamento a busca do direito nas fontes escritas ou costumeiras já estabelecidas.

Já os autores *Benthan* e *Austin* são críticos da teoria que as decisões judiciais são apenas declaratórias, pois seria impossível auferir com precisão a efetividade do direito, sustentando o papel criativo, portanto, na construção e revogação dos precedentes judiciais (MARINONI, 2010, p. 28). Tratam-se de precursores de uma teoria construtiva mais aceita, seja nos Estados Unidos, tal como na Inglaterra, em que atribuem ao juiz a conotação de construtor do direito, ou *judge make law*, em que a criação do direito se dá por meio de precedentes que descortinam ou estendem princípios já antigos e cristalizados dentro do direito.

Uma crítica importantíssima é feita pelo Justice Antonin Scalia, que revela, segundo a obra, “Uma questão e interpretação: Corte Federal e a Lei”, ser atualmente difícil um aluno do curso de direito estar preparado para construir o direito. Aliás, revela, com certo sarcasmo, que o sonho de todos eles, no primeiro ano de universidade, é ser um juiz americano da *common law*. Acontece que esses mesmos alunos não estão preparados para criar regras, mas apenas para aplicar a técnica do *distinguishing*”. Ocorre que aplicar o direito como uma via de construção não pavimentada de novas aberturas interpretativas do direito não é tarefa muito simples, pois exige do julgador vivência, formação multidisciplinar e certo grau de abstração no que concerne as pressões sociais sobre determinado julgamento. Esse peso dos chamados *hard cases* atingem todos os julgadores de uma maior ou menor forma na *common law*, agora, imagine-se um país com demandas quantitativamente grandes ao nível continental, bem como com uma pressão popular gigantesca sobre o magistrado.

Na visão daquele doutrinador, quando os estudantes de direito observam no cotidiano judicante, Holmes ou até Cardozo, na verdade, veem homens inteligentes que discernem as melhores regras para o caso concreto. Ocorre que quando aqueles mesmos expectadores se tornam juízes, eles passam a frente a tradição, mas sem qualquer inovação ou acréscimo substancial ao conteúdo dantes firmado. Esse olhar de um receio na construção e acréscimo no sistema de precedentes judiciais certamente minam a construção de uma técnica obrigatória no Brasil, que além desses fatores descritos está acostumado ao sistema por anos da *civil law* (SCALIA, 1997, p. 7).

A teoria isolada da repartição de poderes, por si só, não é suficiente para rebater uma teoria construtivista com uma adoção dinâmica da divisão funcional entre os Poderes. Isso porque é evidente que a norma legislada não consegue atender a todas as situações objeto de conflito ao passo que diariamente os julgadores são confrontados com a árdua tarefa de dar uma resposta criativa e eficaz aos jurisdicionados.

Marinoni, citado por Souza, entende que ao Judiciário também cabe a função de produção do direito, eis que é o juiz quem confere feição ao direito, e quem cumula a função de manter a coerência do ordenamento jurídico (SOUZA, 2011, p. 171). Apoiados em outros filósofos, a exemplo de Luhmann, que concebia o direito como um sistema autopoietico, já se falava em uma capacidade, ainda que indiretamente, do juiz criar o direito, pois ele pode se criar e se manter unicamente dele mesmo (DANTAS, 2005, p. 50-51). Em uma releitura de Luhmann, Teubner destaca que a autopoiese na obra do primeiro é quando se permite ao direito desenvolver-se por meio dos precedentes judiciais ou de outras criações endógenas (TEUBNER, 1989, p. 85). Contudo, em um viés mais conservador, Arruda Alvim, em uma concepção mais clássica e comum à *civil law*, entende que essa função criativa é totalmente incompatível com a teoria tripartite das funções do Estado, já que a atuação, no esquema de repartições, do Judiciário é limitada ao contexto constitucional e infraconstitucional (ALVIM, 1995, p. 289).

Como visto, este trabalho adota uma postura condizente com a função criativa advinda do próprio contexto de *common law*. Já que entender ou pesquisar das funções julgadores é descobrir um ator processual conformador à lei, mas também um legislador a partir dela, para criar inúmeros caminhos criativos. Para Karl Larenz (LARENZ, 2005, p. 288-293), partindo da concepção hermenêutica de *Gadamer*, o direito é formado pela lei, pela jurisprudência, pelos costumes e pelos conhecimentos dogmáticos. Ocorre que o juiz parte de uma atividade interpretativa, na qual, através da lei e da dialeticidade, tenta solucionar o caso concreto. Como há a impossibilidade de a norma legal ajustar-se perfeitamente a todos os fatos concretos, a interpretação da norma induz a notas distintivas que a um só tempo são o resultado da interpretação dialética e ensejam a contínua complementação do direito. No que tange ao papel da lei,

especialmente à “letra”, temos que considerar também o alerta de Menezes Cordeiros, onde revela que a lei é a comunicação entre o legislador e intérprete, sendo que eventual subjetivismo não pode derivar de um sentido individual de um só homem. Deve-se buscar o sentido nos trabalhos preparatórios da elaboração de uma lei.

Ocorre que essa dita liberdade pode ser exercida com parcimônia e não de forma desproporcional, desde que autorizado pela lei. Há que se buscar limites para a atividade judicante, mesmo que realizada como leciona Dworkin, ou seja, embasada na interpretação construtiva do direito e nunca criativa, sob pena também do juiz dizer o direito ao gosto de seu jantar (DWORKIN, 2009, p. 111).

Nesta mesma esteira ponderativa, Teresa Arruda Alvim revela que, na *common law*, o julgador não encontra espaço para exercer sua criatividade nos “casos fáceis”. Ainda, não está autorizado a afastar a incidência da norma ordinária, lançando mão da aplicação de princípios constitucionais para chegar à conclusão diversa daquela exposta em lei quando da aplicação do método subsuntivo. Completa dizendo que não há qualquer mal na atividade criativa do juiz, desde que este esteja absolutamente neutro, sendo que “até pode ocorrer que o juiz pensa que a norma jurídica aplicável não resolve satisfatoriamente aquele caso, porque ele, juiz, acha que o caso não deveria ser resolvido de outra forma” (ALVIM, 2001, p. 108).

É evidente que diante de *hard cases*, isto é, quando o julgador se depara com a incompletude da norma, evidenciando que o legislador feriu de morte o princípio de proibição de insuficiência, autoriza-se a interpretação construtiva, observando a integridade do sistema e os limites democráticos. Assim, não existe forma de negar que a adoção do instrumento “precedentes judiciais vinculantes” obriga uma tomada de coragem por parte dos julgadores brasileiros. A necessidade de decisão nos casos mais difíceis demanda preparo e o exercício da ponderação em grau elevado. Além deste argumento, a interpretação harmônica e coerente do sistema revela a prevalência da uniformidade dos precedentes, pois assim também determina o artigo 8º do Código Civil português, ao dizer, que o julgador deverá buscar obter uma interpretação e aplicação uniformes do direito.

2.3 Os precedentes como fontes de aplicação do direito

A partir da Segunda Guerra Mundial na Europa e desde os anos 90 na América Latina, o Poder Judiciário adquiriu um papel protagonista na sociedade. Com efeito, parece que não há campo social, que escape a um eventual pronunciamento judicial sempre existindo direitos fundamentais violados e um eminente risco ao Estado. Este fenômeno se apresenta tanto nos países com tradição anglo-saxônica, como também nos países de tradição “romano-germânica” apesar das diferenças que se digladiam o trabalho judicial de uma ou outra cultura jurídica.

Ocorre que a desconfiança da atividade criativa, como visto no tópico anterior, do trabalho de juízes e juízas encaixa com os valores da tradição liberal e legalista importada da França e Espanha dos princípios oriundos do século XIX. Nela, a lei é a fonte principal do direito, sua redação deve ser clara, genérica, impessoal e abstrata. Dessa tarefa ocupa-se o órgão democraticamente eleito com base em uma legitimidade que nenhum outro órgão possui. Por conseguinte, os julgadores estariam vedados a produzir normas jurídicas similares às legislativas (CARPIO MARCOS, 2004, p. 20)

Sem embargos, atualmente, estar-se diante de uma crise da lei como fonte exclusiva do Direito, convertendo-se como visto, os juízes como autênticos legisladores para adaptar de uma melhor forma as normas às demandas sociais.

Como aponta NINO (2003, p. 148): *“El estudio de las distinta forma de creación de normas jurídicas se hace generalmente bajo el rótulo <<fuentes del derecho>>”*. Ao decidir LÓPEZ MEDINA (2006, p. 183) se refere a: *“quién o quienes están autorizados dentro de um sistema jurídico, para crear derecho y a cuál o cuáles son las formas que adopta el derecho”*. Nesse sentido, as fontes jurídicas têm sido objeto de análises conceituais, estudos teóricos e comparados com relação a sua definição e seu caráter. Os que dizem que a jurisprudência não é uma fonte jurídica aduzem que falta competência dos juízes para a função normativa, além disso as sentenças não são dotadas de generalidade e abstração próprias das normas de origem legislativa e que por ser modificável a

jurisprudência, ocorre que se atenta contra a segurança jurídica. Assim, gerou-se oposições conceituais entre as fontes formais *versus* as fontes materiais, entre fontes legais *versus* fontes extraordinárias.

Existem cinco consequências da atribuição do precedente, assim como a jurisprudência, de ser fontes do direito: O primeiro, a decisão judicial funciona como um ato jurídico normativo, assim como a lei, já que se trata de uma norma particular aplicável ao caso concreto. Segundo, a decisão judicial serve como fonte material para outros casos concretos semelhantes ao primeiro. Terceiro, a decisão judicial serve como fonte material para os casos concretos sem norma jurídica pré-existente. Quarto, é possível extrair normas jurídicas abstratas da decisão judicial (*ratio*), que pode servir como parâmetro para uma norma jurídica genérica. Quinto, a decisão judicial pode ter uma força negativa e expurgar decisões e interpretações contrárias ao que já foi decidido anteriormente.

Por exemplo, não é possível negar a origem e o caráter vinculante de uma sentença que para as partes de um processo executivo está descrito de modo claro, expresso e exigível a obrigação de que o devedor deve pagar uma quantia expressa e determinada ao credor. Ali existe uma norma jurídica particular (decisão judicial) que passa pela Constituição, passa pelo Código Civil e em leis específicas, que regulam a matéria. Assim, o precedente pode ser utilizado como fonte jurídica, tendo em vista, que do ponto de vista interno do ordenamento jurídico, retira-lhe validade das normas jurídicas legisladas.

A propósito, tem-se Victoria ITURRALDE (1995, p. 401-406):

“Em esos términos, el problema de las fuentes puede plantearse desde el punto de vista interno al propio ordenamiento jurídico. Es decidir, como una cuestión de validez de unas normas con base en otras normas, situando la pregunta en el origen de las normas jurídicas más que en el origen del orden jurídico en su conjunto”.

Dessa perspectiva, a fonte jurídica consiste em uma classificação de que permitem ser fontes aqueles atos jurídicos que produzem norma jurídica. Logo, seriam nessa perspectiva também os precedentes judiciais. Assim, AGUILÓ REGLA (2000, p. 148) diz: *“Por [fuentes] tales voy a entender los hechos y los actos jurídicos cuyo resultado es la creación de normas jurídicas”*. Igualmente BOBBIO (1987, p. 158): *“Fuentes del derecho son aquellos hechos o aquellos*

actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas”.

Determinar o precedente, assim como as decisões judiciais, como fonte das normas jurídicas permite destacar a sua posição na hierarquia normativa e sua relação com as demais normas. Assim, percebe-se que dentro do contexto hierárquico das fontes jurídicas, os precedentes fazem parte da atuação criativa do Poder Judiciário.

3 TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Passa-se então, depois de verificar-se a história dos precedentes, bem como as distinções deles com outros institutos e sua classificação como fonte do direito, à análise da definição dos precedentes e de suas características.

3.1 Definição

Há diversas definições do que seriam os precedentes, que variam de acordo com a ótica cultural do estudioso. De acordo com Edward (ASCENSÃO, 2005, P. 323), precedente é um princípio, um ponto de partida que contribuirá para a decisão. Caso a Corte pronuncie-se sobre o direito, e se o mesmo direito já foi aplicado de determinado modo em caso similar, deve o tribunal pronunciar-se exatamente da mesma forma. Trata-se da maturação do direito conferida pelo tribunal ao atribuir correta interpretação da lei, e que deve ser reaplicada.

É certo que não há de se confundir a teoria dos precedentes ou a sua manifestação mais evidente – o *stare decisis* – com a própria tradição da *common law*. Isso porque os precedentes não se confundem com as regras de experiência, pois estas nascem permeadas por carga de subjetivismo de quem as experimentou. Já os precedentes, por outro lado, são aplicados independentemente de agradar ou não ao julgador que o utiliza. Pode-se dizer também que uma outra diferença é que o precedente é ato vinculado. É certo que também não se confunde precedente e costume, embora ambos estejam umbilicalmente ligados, podendo modificar-se entre si, mas demandando o precedente de declaração judicial enquanto o costume existe, independente desta interpelação. Difere da coisa julgada, na medida em que esta fixa o entendimento acerca de determinada demanda, enquanto o precedente estabelece o entendimento acerca da interpretação dada a determinada celeuma jurídica.

Os precedentes devem versar necessariamente sobre questão de direito, visto que a decisão sobre questão de fato não tem o condão de vincular, em respeito ao princípio da individualidade. Daí que o precedente é analisado sob

a ótica da evocação jurídica de casos semelhantes, que podem ou não tanger relações fáticas idênticas, sempre respeitando a medida da peculiaridade dos fatos. Segundo Alvim (ALVIM, 2009, p.133), os fatos não precisam ser necessariamente idênticos, mas parecidos o suficiente para permitir a mesma estrutura de pensamento aplicada na primeira decisão.

Na forma que garante a segurança jurídica, diferencia-se da coisa julgada, já que esta assegura a imutabilidade da decisão já prolatada em determinado processo, enquanto o precedente objetiva a imutabilidade de determinada linha de decisões em referência a um certo entendimento. Significa que, para um determinado contexto, o entendimento adotado pelo Judiciário será sempre um e só um, como para uma solução matemática que não se sujeita às variáveis subjetivistas. Enquanto a coisa julgada se relaciona com a certeza de alguém que já teve seu litígio resolvido, o precedente relaciona-se à previsibilidade de certeza acerca de um entendimento de alguém que pretende ver seu litígio em resolução pelo Judiciário.

Ocorre que conforme visto, nem toda a decisão judicial constitui-se como precedente. Isso porque os precedentes, em verdade, sempre serão decisões judiciais, mas decisões *sui generis* por encetarem ou aperfeiçoarem uma tese jurídica acerca de determinado assunto, enfrentando todas as questões de direito postas num caso concreto.

Os precedentes, conforme já visto, diferem das súmulas vinculantes, já que estas representam abstratamente o entendimento de um tribunal acerca de um determinado assunto, notadamente derivado de decisões reiteradas. Já o precedente é oriundo de uma decisão *in concreto*, qualificada pelo contraditório e com a adequada participação das partes no processo e não demanda uma série de reiteradas decisões sobre o mesmo tema, defende a doutrina, que uma decisão *prima facie* também poderá ser adjetivada como precedente. A exatidão do mecanismo formador será um trabalho dos próprios tribunais.

Por sua vez, também, como visto, não se confunde o precedente com a jurisprudência, já que esta se trata do reiterado conjunto de decisões sobre a mesma temática, mas o precedente se trata de uma decisão prévia de uma corte

que poderá ser aproveitada para o caso sob *judice* subsequente que esteja pautada a discussão de mesma questão jurídica.

Conforme Castanheira Alves, precedente é um juízo análogo, autônomo e construtivo de uma ponderação, ao mesmo tempo de trabalham também as mesmas questões de fundamento do direito, como os antigos assentos portugueses (NEVES, 1983, p. 63).

Em decorrência de tais classificações, verifica-se que o precedente é um instituto, que visa combater a lentidão da máquina judicial, já que seria um dos poucos instrumentos com infraestrutura e aporte técnico para a discussão adequada sobre assuntos de grande interesse social, permitindo a fundamentação otimizada dos casos e exaurimento das teses e argumentos sobre o assunto, possibilitando a visualização dos impactos da decisão, analisando-se também os reflexos da *celeuma* no campo sociológico, econômico, político, administrativo, filosófico.

É importante ressaltar que, historicamente, os precedentes passaram a ser aplicados pelas Cortes julgadoras da *common law*, conferindo força aos costumes:

Não havia regra jurídica que impusesse efeito vinculante ao precedente. Contudo, com frequência, os juízes ressaltavam a relevância dos julgados, e, sobretudo de uma série de decisões conformes, como sendo os melhores intérpretes da lei, e a exigência de que tais decisões deviam ser seguidas para conferir certeza e continuidade ao direito (TUCCI, 2004, p. 154).

Marinoni possui lição importantíssima que distingue dois fenômenos: o precedente e o costume:

O precedente judicial não se confunde com o costume; pelo contrário, uma regra consuetudinária, passando também a ser observada pelos tribunais, é que viabiliza a sua transformação em precedente (...) Os costumes gerais observados entre os Englishmen foram incorporados em decisões judiciais sob a forma de precedentes, que constituem a única e importante fonte de versão moderna desta tradição, diversa da lei ou do *statute law* (MARINONI, 2010, p. 106).

Importante notar que as decisões emanadas de países que possuem o sistema da *common law* não são consequências de um Poder Legislativo inoperante ou que não possua leis aplicáveis. A importância da criação do

precedente se dá justamente em razão da função interpretativa da norma legislativa, tendo em vista que, por vezes, há pouca clareza (ou até nenhuma) da legislação, a exemplo das leis brasileiras.

Não é qualquer decisão judicial que poderá vir a ter um *status* de precedente. Na tradição da *common law*, o precedente é oriundo de um caso paradigmático que se assemelha a um princípio, utilizado pelo juiz em determinado caso concreto, após avaliar todos os argumentos utilizados nos casos prévios para decidir, reconstruindo o histórico da decisão e analisando as exaustivas teses apresentadas. Decisões que geram precedentes fortes e criativos são unânimes para garantia de sua essência normativa, o que já nos remete ao problema dos julgamentos colegiados. É evidente, que mesmo em decisões colegiadas, os juízes deverão decidir conforme suas convicções, mas, segundo o art. 942 do CPC, em caso de divergência, um novo quórum será formado para revisar a decisão não unânime.

No Dicionário Jurídico *Black's Law Dictionary*, precedente significa, em tradução livre, uma decisão judicial sobre um caso que fornece as bases para determinar casos posteriores envolvendo fatos e assuntos similares; ou ainda a criação de lei por uma Corte ao reconhecer e aplicar novas regras enquanto administradora da justiça (SLAPPER, 2011, p. 121).

É evidente que a programação do futuro engloba o domínio da previsibilidade jurídica influenciando diretamente a segurança jurídica. Assim, torna-se importante responder uma pergunta salutar: como os juízes decidem? Uma vez que a decisão judicial não se torna só responsável pela pacificação social – como maneira de harmonização de interesses tutelados – como também deverá ser previsível para a estabilização do sistema.

3.2 Tipos de precedentes

É uma tarefa hercúlea explicitar os tipos de precedentes e fórmulas que a doutrina propõe. Por essa razão, este trabalho trará uma exemplificação de algumas proposições mencionadas pela doutrina.

A primeira classificação subdivide os precedentes em declaratórios e criativos (originais). Os primeiros refletem o reconhecimento e a aplicação da lei, meramente a aplicação de uma norma legal já existente, enquanto os segundos ensejam a criação de um direito ou de uma solução quando há lacuna legislativa, posteriormente transformando-se em direito (SOUZA, 2011, p. 51-52).

É manifesto que o precedente conhecido como criativo ou original é a representação da criação e aplicação de uma nova norma legal, por esse motivo que surge uma concepção oriunda dos sistemas ingleses do *judge made law*, verificada em sistemas jurídicos com uma diminutiva produção normativa.

Outra classificação bastante usual diz respeito à força vinculante dos precedentes. Os primeiros são os chamados vinculativos que contam com um maior peso de vinculação, enquanto os meramente persuasivos contam com menor valor argumentativo perante os tribunais. Assim, os vinculativos deverão ser seguidos pelas cortes inferiores da mesma jurisdição daquela que o formou. Já o precedente persuasivo é o não-vinculativo, aquele que não atrela as cortes a um determinado decisório, entretanto, é respeitado e considerado nas deliberações. Por final, há o precedente *sub silentio*, o qual passará a existir quando uma questão legal não foi arguida nem discutida explicitamente em uma decisão judicial, mas foi implicitamente decidida, podendo ser assim tratada como precedente (POSNER, 2001, p. 65).

Quanto ao grau de obrigatoriedade, alguns doutrinadores dividem os precedentes em obrigatórios e absolutamente obrigatórios. Os primeiros podem ser afastados sob o argumento de incorreção. Os segundos devem, necessariamente, ser seguidos (SOUZA, 2011, p. 54-55).

Também existem os chamados precedentes reguladores, isto é, que geram uma obrigação ao Poder Judiciário para que ele adote o mesmo entendimento nos julgados futuros sobre o mesmo assunto, ou seja, são dotados de força vinculativa. Já os não-reguladores são aqueles que, embora exerçam influência quanto à decisão de demandas de mesmo tipo, não detêm força vinculativa. Alguns doutrinadores aduzem que esses últimos são os que estão em voga no sistema da *civil law*, enquanto aqueles predominam junto à *common law*. Por sua vez, os precedentes reguladores subdividem-se em superáveis e

repetitórios. Aos primeiros é possibilitada a revisão ou distinção da *ratio decidendi* ao caso em concreto; aos segundos presta-se somente a atividade de repetição a caso análogo, eis que se adequada exatamente a *ratio decidendi* e ao contexto fático do caso em julgamento.

Para *Neil MacCormick*, os precedentes podem ser classificados em: a) precedentes persuasivos por analogia entre casos; b) persuasivos por fixação de princípios-exemplares; c) formalmente vinculantes; e d) precedentes que marca uma posição de vantagem em relação ao legislador, afastando do juiz o poder de fazer normas que possam ser vistas como normas gerais (MACCORMICK, 1998, p. 174).

Seja qual a classificação ou a modalidade do precedente, todos eles devem respeito ao sistema que compõem, já que sua integridade e coerência. Sem esse respeito, nada se garante, a não ser a possibilidade de cristalização da decisão judicial e a adoção de uma teoria com foco no direcionamento e pacificação de uma política judicial afastada da realidade e do perigo em face do poder de fixação de decisões de demandas futuras.

Os precedentes possuem um caráter vinculatório em razão da imprescindibilidade de igualdade quando do julgamento de casos similares. Para valer-se de igualdade, será indispensável a verificação de similitude de circunstâncias pertinentes à ambos os casos concretos, o que demandará a necessidade de julgamento uniforme.

Segundo Eduardo Talamini:

Em um primeiro sentido, o termo “vinculação” é utilizado para designar a força persuasiva de um determinado precedente jurisprudencial. Trata-se da eficácia tradicional da jurisprudência nos sistemas da *civil law*. Mas não se deve subestimar essa dimensão do precedente. Mesmo em sistemas de *civil law*, como brasileiro, a segurança jurídica, a isonomia e a certeza do direito impõem que os tribunais decidam de modo harmônico e coerente (TALAMINI, 2017, *online*).

Marinoni, ao tratar da temática sobre vinculação, ensina que o dever judicial de respeito ao precedente oscila de um respeito absoluto a um respeito isento de vinculação. Assim, os precedentes possuem eficácias variadas (MARINONI, 2010, p. 112).

Apesar da diversidade de nomenclaturas trazidas por cada um dos autores apresentados, este trabalho irá concisamente tratar de três terminações: a) precedentes persuasivos; b) precedentes obstativos ou autorizativos; c) precedentes obrigatórios.

Os precedentes persuasivos, também chamados de precedentes com força vinculante fraca, referem-se a precedentes que possuem como finalidade a orientação de uma decisão, sem obrigatoriedade de segui-la. No *civil law* é preponderante o emprego de precedentes persuasivos pelo sistema judiciário, pois estes respaldam suas decisões em decisões anteriormente proferidas, ainda que não sejam submetidos a força vinculante. Diante disso, é possível auferir que as decisões judiciais são meras fontes de conhecimento na forma de orientação às decisões subsequentes. Cruz e Tucci afirma que os precedentes persuasivos são “valioso subsídio que auxilia a hermenêutica de casos concretos, embora careçam de força vinculante” (TUCCI, 2012, p. 113).

O precedente persuasivo não tem força vinculante, mas possui poder persuasivo, pois se revela na forma de “indício de uma solução racional e socialmente adequada”. O julgador não é obrigado a observar o precedente persuasivo, mas caso resolva adotar é por entender que está convencido de sua correção.

Marinoni entende que é imprescindível que o Judiciário pondere o precedente e só o deixe de aplicar se houver justificativas para tanto. Defende, ainda, que o órgão decisório deve ter uma obrigação no que se refere às decisões anteriormente proferidas. Esta obrigação deve apresentar-se por meio de fundamentação convincente quando não aplicável o precedente persuasivo. E dispõe “apenas há eficácia persuasiva quando o precedente deve ser considerado pelo órgão judiciário, o que significa poder rejeitá-lo, mas sempre com a adequada justificativa” (MARINONI, 2010, p. 118). Entretanto o autor faz uma crítica ao atual sistema judiciário ao aduzir que os tribunais brasileiros não aplicam os precedentes persuasivos, pois “não apenas se sentem autorizados a desconsiderar os precedentes do Superior Tribunal de Justiça como, ainda, não justificam as razões pelas quais deixam de aplicá-los” (MARINONI, 2017, *online*).

Quanto aos precedentes obstativos e autorizativos, também chamados de precedentes com força vinculante média, estes se referem aos precedentes que obstam o recebimento de um recurso ou que autorizam o recebimento de ato postulatório.

Existem ainda no ordenamento jurídico brasileiro precedentes que possuem a capacidade de impedir a reavaliação de decisões judiciais. Ademais, assevera que esse bloqueio se dá com o sentido de inadmitir a demanda, recurso e remessa necessária ou, nas suas palavras, “no sentido de negar, no mérito, de plano, a postulação” (JÚNIOR, 2015, p. 457).

No que concerne à eficácia autorizativa, estas são hipóteses que a lei autoriza os órgãos judiciais ou da Administração Pública a simplificar o procedimento com a consequente redução da duração do processo, desde que existam precedentes ou orientações jurisprudenciais consolidadas (TALAMINI, 2017, *online*).

Por outro lado, precedentes de forte vinculação obrigatória, também chamados de precedentes de forte vinculação, referem-se àqueles precedentes que possuem a prerrogativa de vincular decisões posteriores em casos equivalentes, ou de outra maneira, as decisões que tornam precedentes com vinculação obrigatória servem de parâmetro para o julgamento de casos supervenientes. Sendo assim, o precedente vinculante se dá quando uma decisão apresenta eficácia vinculativa obrigatória em relação aos casos que, em situações equivalentes, forem julgados posteriormente.

Segundo Cruz e Tucci, nos países que adotam a *common law*, as decisões que se tornam precedentes possuem força vinculante com a prerrogativa de criar o direito. Diante disso, é razoável reconhecê-las como fidedignas fontes de direito nestes sistemas jurídicos. Não é outro o entendimento de Fredie Didier Jr ao aduzir que o precedente com eficácia vinculante é mais intenso, pois abrange todos os outros tipos de vinculação e entende que “Por isso, o precedente que tem efeito vinculante por determinação legal também deve ter reconhecida sua aptidão para produzir efeitos persuasivos, obstativos, autorizantes, etc” (JÚNIOR, 2015, p. 455).

Os precedentes que promovem eficácia vinculante obrigatória podem ser direcionados verticalmente ou horizontalmente. Os precedentes de eficácia obrigatória vertical referem-se à obrigatoriedade de o juiz adotar os precedentes proferidos pelo órgão jurisdicional que lhe é hierarquicamente superior. Por outro lado, os precedentes com eficácia vinculante obrigatória na horizontal referem-se à exigência de que um mesmo órgão jurisdicional julgue equitativamente casos análogos.

Ensina Michele Taruffo que a aplicação vertical do precedente obrigatório se refere à quando o juiz em grau inferior deve decidir caso idêntico ou similar conforme já decidido por instância superior, em razão de que, tradicionalmente, a eficácia do precedente respeita a autoridade do órgão (TARUFFO, 2016, p. 40). Ademais, assevera que:

Por sua vez, autoridade e competência conectam-se à posição do órgão: quanto mais elevado é o nível da Corte que emana o precedente, mais autoridade tem suas decisões. A força do precedente vai, por assim dizer, de cima para baixo: as verdadeiras “cortes do precedente” são as Cortes Supremas, cujas decisões são impostas a todos os órgãos judiciários de grau inferior; em seguida, vêm as Cortes de Apelação e assim sucessivamente, descendo na escala judiciária” (TARUFFO, 2016, p. 45).

Caso haja um descumprimento do precedente pelos órgãos jurisdicionais inferiores e, se couber, administrativos, quando aplicáveis em questões de direito semelhantes, acarreta um genuíno ultraje ao órgão prolator daquela decisão.

Já no que se refere aos precedentes de vinculação obrigatória horizontais, é possível que dentro de um mesmo órgão exista o conflito sobre a forma de decidir uma mesma questão jurídica. Assevera Fredie Didier Jr que “No Brasil, há precedentes com força vinculante – é dizer, em que a *ratio decidendi* contida na fundamentação de um julgado tem força vinculante. Estão eles enumerados no art. 927, CPC” (JÚNIOR, 2015, p. 455). De fato, o art. 927 do CPC prevê diversas hipóteses que os juízes ou tribunais devem observar, entre elas, as súmulas vinculantes e as súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional. Conforme se extrai do excerto acima, os precedentes vinculantes obrigatórios são todos aqueles concebidos no art. 927 do CPC, como por exemplo, as súmulas vinculantes.

Entretanto, não é este o entendimento de Marinoni ao aduzir que as súmulas vinculantes em nada se assemelham aos precedentes. O autor afirma que a súmula “apenas se preocupa com a adequada delimitação de um enunciado jurídico”, enquanto o precedente deve refletir uma questão jurídica inerente às circunstâncias de um caso concreto (MARINONI, 2010, p. 218). Ele continua informando que:

A construção de súmulas remonta a uma prática tradicional e consolidada do sistema judiciário luso-brasileiro. Não deriva da decisão de um caso concreto, mas de um enunciado interpretativo, formulado em termos gerais e abstratos. Por consequência, o *dictum* sumulado não faz referência aos fatos que estão na base da questão jurídica julgada e assim não pode ser considerado um precedente em sentido próprio (TUCCI, 2017, *online*).

Essa diferenciação entre os dois autores dar-se em decorrência da amplitude da conceituação do termo “precedente” por cada autor. Enquanto Marinoni se atém ao conceito de precedente provindo do sistema jurídico de países que adotam o *common law*, e por esta razão não os compreende na esfera de uma súmula. Fredie Didier Jr o entende em um sentido mais amplo, ao afirmar que precedentes são decisões que se reiteradas continuamente, se tornam jurisprudência, e que por sua vez, se preponderarem em um tribunal, poderão se tornar súmulas.

Portanto, diante de todo o exposto, é possível observar que nem todos os doutrinadores conservam o mesmo conceito de precedente. Em razão disso, existem divergências na doutrina acerca da classificação sobre a força vinculante dos precedentes e em como ela se daria no ordenamento jurídico pátrio.

3.3 *Stare decisis*

Stare decisis vem da expressão latina *stare decisis et non quieta movere*, que, em inglês, significa *to stand by things decided*, ou, em tradução livre, manter a decisão.

A concepção do *stare decisis* calcou-se em dois fundamentos: um positivista e outro declaratório, o primeiro se destina a concepção geral de autoridade oponível *erga omnes*, enquanto do segundo, a sistematização como se estabelece a vinculação (ODAHARA, 2010, p. 53-55).

Isso porque a conceituação do mencionado instituto é um tanto controversa dentro da doutrina da *common law*. Isso porque pode-se pensar nos precedentes e *stare decisis* como sinônimos, ante a obrigatoriedade da obediência dos institutos. Só que a segunda é uma espécie do gênero da primeira, tratando aquele da vinculatividade horizontal existente dentro do mesmo tribunal, enquanto o precedente refere-se à vinculatividade vertical entre tribunais e juízes monocráticos (singulares).

Para Frederick Schauer, *stare decisis* é “a obrigação de uma corte de seguir decisões prévias da mesma corte” (MARINONI 2011, p. 27). Diante disso, a *stare decisis* tem a pretensão de garantir as finalidades do precedente (previsibilidade, equidade, consistência e estabilidade), criando um sistema de normas.

Não se confunde o *stare decisis* com a eficácia *erga omnes*, pois significa algo além da indigitada eficácia, cuidando-se da força vinculatória, de uma força qualificada, com consequência processual de assegurar o mesmo resultado.

3.4 *Ratio decidendi*

A *ratio decidendi* é a essência do chamado precedente judicial, tendo em vista que é a partir dela que se garante a segurança jurídica das decisões futuras. Como ela é uma ferramenta alienígena, então se trará inicialmente alguns conceitos de doutrinadores estrangeiros oriundo de países que adotam o sistema da *common law*.

Para Rupert Cross, a *ratio decidendi* de um caso é “uma regra de direito expressa ou implicitamente tratada pelo juiz como passo necessário para alcançar sua conclusão, tendo em vista a linha de raciocínio por ele adotada, ou uma parte de sua instrução para o júri” (MARINONI, 2011, p. 232).

Por sua vez, MacCormick revela que “a *ratio* será o que a corte afirma como interpretação correta da lei. Por essa abordagem, é claramente preferível descrever ou definir a *ratio* pelo fato de ser uma solução do juiz, em vez de ser qualquer regra da qual sua conclusão dependa” (MARINONI, 2011, p. 233).

Já Marcelo Alves Dias conceitua a *ratio decidendi* de seis diferentes formas: a) a regra de Direito explicitamente estabelecida pelo juiz como base de sua decisão, isto é, a resposta explícita à questão do Direito sobre o caso; b) a razão explicitamente dada pelo juiz para decisão, isto é, a justificação expressa para a resposta dada à questão do caso; c) a regra de Direito implícita nas razões do juiz para justificação de sua decisão, isto é, a resposta implícita à questão de Direito do caso; d) a razão implicitamente dada pelo juiz para decisão, isto é, a justificação implícita para a resposta dada à questão do caso; e) regra de Direito na qual se fundamenta o caso ou se cita como autoridade para um posterior intérprete, isto é, a resposta dada à questão de direito do caso (SOUZA, 2016, p. 126).

É importante destacar que o precedente obrigatório terá eficácia perante terceiros e surge de uma decisão resultado de um processo que observa o devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da intensa argumentação, culminando em uma tese jurídica. É claro que a referida tese se relaciona com as circunstâncias particulares do caso concreto, consistindo nos motivos que determinam a decisão. Para ser assim considerado, deve ser “forte” diante da unanimidade dos julgadores formadores do paradigma, mesmo que, para tanto, tenha-se um voto apartado, ressaltando uma posição divergente.

No Brasil, o conceito de “decisão” envolve as sentenças, decisões interlocutórias ou mesmo despachos meritórios, que tenham requisitos de coerência do art. 203 do Código de Processo Civil (CPC), tratando-se a fundamentação de requisito essencial, assim como o dever de existência de relação de pertinência lógica entre a fundamentação e a parte dispositiva, as quais se vinculam. Aliás, como já ventilado, a fundamentação ganhou importância ímpar com o CPC, sendo imperativa a observância do art. 489 do mencionado código. Embora no país somente o dispositivo se vincule à coisa julgada, efeito que não se estende à fundamentação, a decisão judicial

caracteriza-se por ser o instrumento de conhecimento do conteúdo normativo da lei.

No caso dos precedentes, por outro lado, a fundamentação tem suma importância e estará guardada pela coisa julgada. Nesse sistema, os fundamentos têm relevância, pois dão conteúdo à decisão, já que o fundamento é a razão para decidir, a tese jurídica e a interpretação da norma, e orientam a ação dos jurisdicionados e magistrados – os indivíduos têm necessidade de conhecer o significado do precedente. Conseqüentemente, no sistema da *common law*, a fundamentação é mais que o raciocínio, é a junção entre a fundamentação, o dispositivo e o relatório, não se confundindo com eles. Nesta tradição, indica-se qual a porção do precedente que tem efeito vinculante (*a ratio decidendi*). Concluiu-se com Marinoni, que na *common law*, aplica-se o direito por analogia e não por interpretação, já que a corte utiliza a analogia para aplicar o precedente ao caso sob julgamento (MARINONI, 2010, p.225).

Assim, conforme visto, a *ratio decidendi* é a razão de decidir, a tese jurídica que se consagra na decisão, não se confundindo com a fundamentação, mas estando inserida nesta. Uma vez que ela é identificável nas considerações feitas pelo juiz como materiais ou fundamentais da sua decisão. Isso demonstra como os fatos foram vistos pelo juiz e fundaram algum ponto da decisão. De tal modo que as cortes somente deverão julgar de forma distinta, caso os fatos materiais sejam diferentes ou estejam ausentes.

Um questionamento que foi feito por alguns doutrinadores seria de um mesmo caso possuir mais de uma *ratio decidendi*, sem prejuízo da *obiter dictum*. Devlin J., juiz de primeiro grau nos Estados Unidos, sustentou, no caso *Behrens v. Bertram Mills Circus Ltd.* (MARINONI, 2010, p. 241), que, se um dado juiz apresenta dois fundamentos ou necessários para a decisão de uma mesma questão, ambos são considerados *ratio decidendi*, não se falando em prevalência de um ou outro. Tal ponto, entretanto, causa verdadeiro furor na doutrina, à medida que muito se sustenta acerca da força vinculativa das duas *ratios* e, neste caso, do excesso de poder exercido pelo magistrado, gerando uma quantidade ilimitada de conteúdo jurídico. Imagina-se um julgamento em cortes brasileiras, que apresentam extrema dificuldade em uniformizar julgados e entendimentos, levar-se em conta e tornar parte essencial de um precedente,

razões diversas para julgado singular. Seria pouco mais grave que a absoluta imprevisão dentro das linhas da previsão.

Um teste mais antigo sobre o precedente é o de Wambaugh, surgido em 1894. Ele está focado em relação às questões de fatos importantes ou não para a resolução do caso concreto. Isso porque Wambaugh começa sua observação esclarecendo que não importa o quão correta seja a proposição legal, às vezes, ela não forma a *ratio decidendi*. Esta é composta somente pelos fatos materiais. É imprescindível que se tomem os seguintes passos, caso se desconfie estar diante de uma *ratio decidendi*:

1º) Delimitar o princípio legal que foi identificado;

2º) Inverter a palavra ou frase que contradiga o significado do princípio;

3º) Pergunte-se, se a Corte invertesse o princípio, teria chegado à mesma decisão? Se a resposta for positiva, a proposição não pode ser *ratio decidendi*.

Importante ressaltar que esse teste de Wambaugh somente funciona para os casos que possuem uma única *ratio decidendi*, ou seja, ele é falho, caso se testem casos mais complexos. Apesar de ser um teste antigo, a doutrina da *common law* estabelece que ele é falho na identificação da *ratio* por ser insatisfatório, mas sempre indicam que a identificação passa por dois pontos: a identificação dos fatos do caso e as razões que embasam a solução dada ao caso (CROSS, 1991, p. 77).

Também tem a relevância a informação de que a *ratio decidendi* não é algo obscuro que se encontra criado no exato momento da decisão judicial, logo estaria ao alcance de qualquer julgador. Isso porque em algumas situações é imprescindível que outras cortes ou julgados subsequentes oriundos da corte de formação aclarem o que pretendeu dizer a *ratio decidendi*, bem como delimitem a *ratio* da *dicta*. Assim, a *ratio* pode ser inicialmente manifestada em um determinado julgador, no entanto, a sua complementação ou enriquecimento se cristaliza em outros julgados que agreguem mais elementos em uma construção complexa de vários atos.

Por fim, a *ratio decidendi* pode ser prescritiva ou descritiva. A primeira se refere à proposição jurídica essencial da decisão, isto é, o que soluciona o caso

concreto exercendo poder vinculativo. Já a segunda se refere aos passos, as evidências pelas quais o julgador caminhou ou percorreu para chegar até a conclusão (SOUZA, 2016, p. 134).

3.5 *Obter dictum*

A decisão judicial por ser um instituto complexo e completo não é composta exclusivamente da *ratio*. Isso porque existem partes de uma decisão, que não tem a carga vinculativa, e nem pretendem ter. uma vez que se tratam de questões essenciais para a solução específica do problema são chamados de *obter dictum* ou *obter dicta*.

Essa se trata de uma frase latina, que em tradução livre, significa: “assim mencionado”. Trata-se de uma ferramenta retórica do magistrado que não influencia na demonstração da regra (tese) aplicável ao caso concreto.

É importante salientar que não é pelo fato do *obter* prescindir de uma força vinculativa, que não pode ser considerado como elemento de persuasão para a decisão final. Desse modo, a depender do grau da corte ou da eminência do Julgador, que manifesta a referida opinião judicial, poderá haver uma persuasão em maior ou menor grau. Essa ferramenta visa esclarecer o princípio legal que o juiz pretende adotar em seu julgamento, por vezes, ela aparece na forma de analogia, ilustração, contrastes ou conclusões baseadas em situações hipotéticas.

Em seu livro, o Ruy Alves Filho cita uma *obter dicta* famosa oriunda dos Estados Unidos, nos seguintes termos:

Cita-se como exemplo a *obter dicta* do caso *United States v. Carolene Products Company*, decidido em 25 de Abril de 1938 pela Suprema Corte dos Estados Unidos. O litígio tratava da lei federal que proibia a comercialização de leite que tivesse em sua composição qualquer tipo de óleo ou gordura não natural ao leite. Este caso é paradigmático ao trata da *obter dicta*, pois, segundo os juristas norte-americanos, dele surgiu uma nota de rodapé que ficou conhecida como a *obter dicta* mais importante do direito constitucional de seu país. Em tradução livre:

‘Não pode ser mais estreita a margem de operação da presunção de constitucionalidade, quando a legislação aparece

a uma proibição específica da Constituição, como das dez primeiras emendas, que são considerados igualmente específicas, quando realizadas no âmbito da décima quarta Emenda.

É necessário analisar agora se a legislação que restringe os processos políticos que podem normalmente se esperados para trazer revogação da legislação indesejável, deve ser submetido a mais exigente escrutínio judicial, sob as proibições gerais da Décima Quarta Emenda que são maioria dos outros tipos de legislação.

Nem precisamos perguntar se considerações semelhantes entram na revisão de estatutos dirigidos a particulares, minorias religiosas, minorias nacionais ou racionais: se o preconceito contra as minorias insulares discreto e pode ser uma condição especial, o que tende a reduzir seriamente o funcionamento desses processos políticos ordinariamente para ser invocado para proteger as minorias, e que poderá exigir uma resposta judicial correspondentemente mais específica’

Esta nota de rodapé, conhecida como “nota de rodapé quatro”, elevou o nível do escrutínio a ser realizado pelo julgador no direito econômico, ao estabelecer que a regulação econômica deve estar racionalmente relacionada à lei e ao contexto social para legitimar o interesse do estado na normatização desta seara (FILHO, 2021, p. 218-219)

Veja-se que a *obter dicta* de um caso pode ser adotada como *ratio decidendi* em casos subsequentes, quando o julgador deste analisar a situação hipotética dada como *obter dicta* do caso original. É importante destacar que a distinção entre a *ratio decidendi* e a *obter dicta* não é tarefa fácil, Cross (CROSS *apud* MARINONI, 2010, p. 235-236) difere o conteúdo do *obter dictum* e da *ratio decidendi* a partir da conceituação de questões dependentes e independentes, aduzindo que a decisão de questão dependente caracteriza *dicta*, posto que não reflete diretamente no resultado do julgamento e na causa concreta.

Perceba-se, todavia, que o *obter dictum* pode ter tanto um caráter acadêmico ínsito a discussão de um ponto irrelevante ao caso concreto, mas que, de qualquer modo, presta-se ao enriquecimento do debate jurídico, quanto pode dizer respeito a ponto suscitado no caso concreto, mas que, por aprofundamento da fundamentação, já deixe de caracterizar a *ratio decidendi* por caracterizar somente um fortalecimento na persuasão. Assim, é preciso que se analise como a Corte entende o caso sob julgamento, qual o direito que entende relacionado às alegações e os fatos e qual a base para a solução do caso.

Não se pode esquecer que, para determinar a *ratio decidendi*, é necessário levar em conta os conceitos jurídicos, a cultura e os valores que enquadram e caracterizam os fatos – âmbito social, político e econômico da época – o ambiente como um todo. No caso dos países de *common law* aqui analisados, entende-se que não há eventos, ainda mais no mundo jurídico, que sejam exatamente iguais – não há como exigir que os fatos sejam idênticos.

Marinoni, assim como os entendimentos de julgados oriundos do Supremo Tribunal Federal, se refere aos casos antigos e importantes, capazes de basear novos casos como precedentes. Parece para o referido autor, que o direito jurisprudencial brasileiro não dá muito valor aos fatos do caso, pois a solução teoricamente estaria na lei (MARINONI, 2010, p. 254).

Ainda segundo o autor, o precedente também é composto de outros elementos básicos, as *substantive reasons* e as *authority reasons*. Tais elementos demonstram que a extensão do precedente prioriza as suas próprias razões, pois tende a permitir que ele regule novos casos, enquanto a tendência a sua limitação objetiva preservar as razões de estabilidade, na medida em que não possibilita que se dê a mesma solução jurídica a casos vistos como distintos (MARINONI, 2010, p. 331). Apesar de os argumentos da “declaração lateral” não fazerem parte do precedente vinculante, eles são persuasivos e podem ser levados em consideração em processos futuros.

4 A EFICÁCIA TEMPORAL DOS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO E A POSSIBILIDADE LIMITATIVA

4.1 A segurança jurídica como cerne do sistema de precedentes

Não há como se tecer uma tese de doutorado sem falar da segurança jurídica aliada ao sistema de precedentes. Isso porque a hipercomplexidade da sociedade exige um certo controle de ordem e segurança. Do contrário, a convivência torna-se impossível, visto que não seria possibilitado qualquer estabilidade das relações sociais. Por essa razão, ousa-se em dizer que a segurança jurídica é uma necessidade básica dos seres humanos, sem a qual não há qualquer liberdade, por não terem conhecimento das consequências das suas atitudes.

Por outro lado, se a segurança jurídica é uma necessidade básica do ser humano, conforme já dito, também para o sistema de precedentes é salutar a exigência de um mínimo de segurança jurídica. Desse modo, torna-se um dos maiores desafios da modernidade o de controlar, na medida do possível, as consequências da complexidade dita alhures.

Essa expectativa social em torno do direito fez com que surgissem novos elementos e estruturas jurídicas, muitas das vezes importadas de outros sistemas, para tentar reduzir a complexidade externa. Não é sem razão de que o Dr. Ravi Peixoto em sua dissertação assim enunciou exemplificativamente:

Por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça tinha o posicionamento de que, caso houvesse um feriado local e, por isso houvesse dilatação do prazo, ele deveria ser provado no momento de interposição do recurso, sob pena de preclusão consumativa. Em 12 de abril de 2012, esse posicionamento jurisprudencial foi revisto pela 1ª Turma, ao julgar o AgRg no AgInt 1.368.507, admitindo a comprovação posterior da existência do feriado local. No dia 19 de abril de 2012, uma semana depois, a mesma turma anulou o julgamento, afirmando que estavam presentes apenas três dos cinco ministros e que esse posicionamento iria resultar em superação de entendimento consolidado do tribunal. Vale apontar que, em 05 de junho de 2012, a 6ª Turma modificou o seu entendimento e, alinhando-se com o posicionamento do STF, passou a admitir a comprovação posterior do feriado local. Ora, tem-se um caos jurisprudencial. Para além da inicial divergência entre o STF e o

STJ, este tribunal modificou, voltou atrás e finalmente revogou o mesmo posicionamento no espaço de dois meses. Para além da dificuldade na interpretação do direito material, o recorrente tem dificuldades até para determinar se o seu recurso é tempestivo. Tais dificuldades não significam que se está diante de um caos normativo, mas sim que há um aumento de complexidade das informações com as quais todos os operadores do direito precisam lidar (PEIXOTO, 2015, p. 21)

O mencionado autor quis exemplificativamente trazer uma questão envolvendo um aparente conflito de entendimentos entre os tribunais superiores para demonstrar a falta de segurança jurídica oriunda de um raciocínio lógico-dedutivo simplista que acredita que o conhecimento dos textos normativos seria suficiente para gerar um adequado grau de previsibilidade.

A resposta estatal mais evidente para combater o aumento da complexidade social é o crescimento da produção normativa. No entanto, essa resposta gera algumas deficiências como bem observou o Prof. Dr. Marcelo Neves, a exemplo da legislação simbólica em que o sentido político prevalece sobre o sentido normativo jurídico. De tal sorte que em vez de se combater um problema da insegurança, nasce um outro da ineficácia legislativa. Por essa razão, no Brasil, não raras vezes, surge uma produção desenfreada de textos normativos de várias hierarquias e oriundas de vários agentes estatais.

No que concerne, propriamente, a segurança jurídica, o aumento da produção legislativa tem um resultado inverso, vez que o jurisdicionado não consegue acompanhar a evolução legislativa. Por essa razão, não sabe com precisão, por exemplo, o autor de uma demanda qual seria o precedente aplicável ao caso *sub judice*. E assim, sente-se inseguro.

Para além do mencionado problema de disparidade entre a evolução legislativa e o conhecimento popular dela, a legislação torna-se desatualizada com uma frequência nunca dantes vista. Por essa razão, a lei já nasce desatualizada, visto que não conhecem acompanhar a rapidez evolutiva da tecnologia e relações sociais. Com a finalidade de combater esse vício, o legislador utilizou o recurso de trazer fluidez e abertura interpretativa aos textos normativos. Assim, o texto passa a ser redigido de forma propositadamente aberta e, nesse momento, surgem, com destaque, as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados.

A autora Judith Martins-costa dispendo sobre os dois elementos retro mencionados:

Tanto a cláusula geral, como os conceitos jurídicos indeterminados consistem em técnicas legislativas que se utilizam de linguagem com caráter intencionalmente aberto. A diferença entre elas consiste no fato de que, enquanto no conceito jurídico indeterminado, o suporte fático é composto por termos vagos e o efeito jurídico é determinado, no caso das cláusulas gerais, tanto o suporte fático, quanto o efeito jurídico são abertos, havendo maior participação do juiz na construção da solução do caso concreto (MARTINS-COSTA, ano, p. 324-328).

Apesar de ter havido essa solução criativa pelo legislativo, surge outro problema em termos de previsibilidade, que é a imprecisão dos textos normativos. Por essa razão, surge uma função atípica, remetendo a tríplice função atribuída a Montesquieu, criadora para a colmatação da legislação aberta. Aos poucos, a Teoria do Direito superou a escola da exegese e passou a reconhecer que o texto e a norma são noções diversas. Um mesmo texto pode gerar um sem número de normas diferentes. Vários textos podem compor uma mesma norma. Algumas normas não estão sequer expressas nos textos normativos.

No Brasil, a questão ganha um contorno de importância pela valorização do sistema de precedentes. No capítulo segundo deste trabalho, viu-se a importância de se considerar o precedente como fonte do direito. De tal sorte que na atualidade doutrinária, o precedente está inserido no esquema hierárquico normativo. Essa confiança em um sistema de técnicos judiciais tem seus momentos de ruptura e desconfiança, principalmente, quando há a superação de um entendimento judicial consolidado de modo surpreendente.

Jerome Frank trata, em seu livro, da necessidade psicológica do ser humano em buscar uma segurança. Tudo se inicia com o desejo infantil que é substituído pela figura paterna, capaz de explicar tudo, atuando como capaz de conceder ordem ao caos que é a complexidade da vida aos olhos da criança. Com o passar dos anos, essa figura infalível dos pais perde essa capacidade e tornam-se meros seres humanos como os outros, incapazes de deter todo o conhecimento e a segurança infantil inicial se desvanece. Conseqüentemente, o julgador seria a figura especial paternal para os adultos, capaz de distinguir o

certo do errado e de trazer ordem ao caos (FRANK, 2009, p. 14-22). No entanto, continua o referido autor, a segurança falsamente posta em cima do juiz é algo inalcançável.

Por essa razão, ela seria equiparável a um mito dos juristas, já que em razão da força criativa dantes mencionada, seria impossível ao jurisdicionado prever o resultado de suas demandas. Esse autor dentre os realistas é aquele cético com a previsibilidade dos resultados judiciais, possuindo uma visão radical em relação à temática da segurança jurídica.

Apesar disso, existem autores, a exemplo de Norberto Bobbio, que acreditam na segurança jurídica como elemento constitutivo do direito e não como uma ilusão infantil. Isso porque ao contrário do primeiro, o segundo mudou a perspectiva de um absolutismo engessado para um relativismo necessário. Concluiu Bobbio, que o simples fato de não existir uma segurança jurídica ou uma previsibilidade 100% (cem por cento) certa, não deve levar a uma negação completa de um nível de previsibilidade necessário para o direito.

A ausência de certezas não implica, de forma alguma, um sistema completamente caótico. Entre a certeza e o caos existem vários níveis que podem coexistir garantindo um nível de previsibilidade. Neste capítulo, ver-se-á que os métodos tradicionais, ou até clássicos, de superação ou distinção dos precedentes não dão conta da complexidade social, principalmente, oriunda de uma pandemia global, como ocorreu com o vírus da Covid-19.

Em razão de que a vida jurídica é sempre contínua, tendo a obrigação de compor o passado, o presente e o futuro, o que aumenta a sua complexidade. Inclusive, o seu comportamento será diverso em cada ordenamento e em cada momento histórico, visto que as exigências de cada sociedade são diversas. Em um período de estabilidade econômica e social, as exigências impostas ao direito são mais singelas. Por outro lado, em momento de maior turbulência e de mudanças, a pressão em face da segurança jurídica é intensificada.

Por sua vez, o elemento material da segurança jurídica é a cognoscibilidade, tem por objetivo permitir aos sujeitos de direito a capacidade de compreender os sentidos possíveis de um texto normativo. Desse modo, deve-se aliar a estabilidade também a publicidade e transparência. Já que tanto

a legislação, como os textos das decisões deverão ser disponibilizados para os sujeitos de direitos. Apesar disso, deve-se garantir além da acessibilidade formal ao conteúdo das fontes normativas (lei e decisão judicial), também deve ser garantido o acesso material. Isso porque de nada adianta o acesso ao conteúdo normativo, se o destinatário for incapaz de apreender o seu conteúdo. Por essa razão, deve existir a preocupação com a clareza e a precisão dos textos normativos e das decisões.

É um trabalho hercúleo achar a justa medida entre a escrita dos textos jurídicos de forma clara, precisa, rigorosa e exata com a vagueza do conteúdo que permitam as adaptações às mudanças sociais.

Ao lado da cognoscibilidade, tem-se como aspecto material da segurança jurídica, a calculabilidade e confiabilidade. Informa Ravi Peixoto em sua obra:

A acepção da confiabilidade é utilizada na perspectiva retroativa, com o enfoque nas conquistas do passado e que devem permanecer no presente. Nesse aspecto, a segurança jurídica atua na manutenção do passado. A calculabilidade, por sua vez, tem por foco a transição entre o presente e o futuro, com a forma e o ritmo das mudanças. De acordo com Humberto Ávila, “o termo ‘confiabilidade’ é utilizado para denotar aquilo que, do passado, deve permanecer no presente do Direito, ao passo que a ‘calculabilidade’ é empregada para demonstrar aquilo que, do presente, deve ser mantido na transição para o futuro”. (PEIXOTO, 2015, p. 29)

Quis dizer o mencionado autor acerca dos dois elementos expostos, que a segurança jurídica não somente se reduz da má técnica legislativa ou judicial em trazer comandos normativos vagos, imprecisos ou obscuros. Mas também ganha a importância na medida que o sistema jurídico deve ter uma segurança entre a tensão oriunda da complexidade social. De tal sorte que um direito imutável é indesejável para o povo, já que deve sempre acompanhar as evoluções sociais. No entanto, um direito que mude de qualquer forma e a qualquer momento, também é indesejável, visto que não dá segurança alguma aos seus destinatários.

Tendo em vista esses pressupostos de confiabilidade, cognoscibilidade e calculabilidade, que o trabalho se propõe a pensar uma categoria de superação

do precedente de forma limitada temporalmente em razão de uma mudança social brusca, a exemplo da pandemia da Covid-19 que assolou todo o mundo.

Isso porque os efeitos econômicos e sociais de uma pandemia, como a que foi vivenciada pelo país de início em 2020, traz uma impossibilidade de previsão absoluta do direito. Conseqüentemente, mesmo os instrumentos ordinários e comuns de adequação do direito ao caso concreto, a exemplo dos precedentes judiciais, precisariam ser relativizados temporariamente para trazer o mínimo de calculabilidade das decisões judiciais tomadas durante o período.

De tal sorte que se a segurança jurídica não se comporta de forma absoluta, não garantindo certezas, mas sim como uma garantia de calculabilidade e se as formas ordinárias de modificação dos precedentes tornam-se insuficientes diante de casos de ruptura social deveras – a exemplo da pandemia da Covid-19 –, impõe-se, então, a definição dos elementos clássicos de superação dos precedentes.

4.2 É possível falar em uma cultura de precedentes no sistema jurídico brasileiro?

Na concepção de Estado de Direito Moderno, surge alguns movimentos interessantes na seara do direito, o primeiro deles é a supremacia da Constituição como o mais imediato. O Direito e o Estado encontram-se permanentemente ligados, sendo a Constituição o ponto de convergência que acopla estruturalmente Direito e Política. A existência de uma ordem legal assentada em bases formal-constitucional representou na modernidade uma insígnia de importância fundamental para instaurar toda sistemática jurídica.

No Estado de Direito, como um primeiro paradigma de organização do sistema jurídico moderno, a gravitação de todo sistema residiria na noção de supremacia do Parlamento, órgão produtor de toda a matéria legal instituidora da ordem coletiva. Assim, deveria o governo incumbir-se do fiel cumprimento de suas disposições, no sentido de poder, a mesmo tempo, retribuir o respeito aos desejos da vontade do povo, como bem também fazer zelar pela primazia do

ordenamento jurídico em prol de interesses egoísticos, no imediato repúdio a ordens autocráticas e gerenciadoras de vontades tirânicas do antigo regime.

Por fim, caberia ao Poder Judiciário de ser mera ‘boca que pronuncia as palavras da lei’, à pena de, se assim não o fizesse, o juiz sofrer risco de tornar-se legislador e constituir-se como um desertor das finalidades sociais a que a norma destina. A própria interpretação do Direito se torna um procedimento mecânico, realizado por exegetas e não se abrindo espaço ao alvitre de magistrados, dadas suas concepções políticas ou morais. Como assevera Laurent:

Os códigos nada deixam ao arbítrio do intérprete, este não tem mais por missão fazer o direito: o direito está feito. Não existe mais a incerteza, porque o direito está escrito nos textos, já há a segurança dos textos. Mas para que esta vantagem dos códigos seja real, é preciso que os juristas e juízes aceitem sua nova posição de subalternos ao Código... Diria até que devem resignar-se a ele (LAURENT, 1977, p. 38).

Neste paradigma, portanto, o papel do Poder Judiciário estaria minimizado pela importância dada à legislação como ordenadora da realidade e produtora de todo Direito existente. Bastaria que as leis fossem claras e evidentes ao suficiente para assim facilitar o pronunciamento do Direito ao caso concreto.

Ocorre que no final do século XX e início do século XXI, a doutrina constitucional brasileira foi tomada por um fascínio pela principiologia jurídico-constitucional e, nesse contexto, pela ponderação de princípios, o que mudou da configuração dos *players* no jogo democrático. Eis que Marcelo Neves dispõe em sua obra entre Hidra e Hércules:

Esse fascínio poderia ser associado simplesmente aos processos de democratização e constitucionalização que, no último quartel do século XX, ocorreram na América Latina em geral e no Brasil em especial, após um período de regimes autoritários com efeitos desastrosos sobre as liberdades civis e políticas. Assim como houve um amplo debate sobre transição e consolidação democrática no âmbito da ciência e teoria política, teria despontado, no domínio jurídico, um debate em torno da “constitucionalização do direito” e do “neoconstitucionalismo” (NEVES, 2013, p. 171).

Miguel Reale adotava um modelo axiológico nos termos da tradição hegeliana, tendo sido, com base em sua “teoria tridimensional do direito”, um

forte crítico das vertentes formalistas acima descritas. Isso porque em qualquer modelo rigoroso de regras constitucionais é inoportuno para um regime político de exceção em que vivera o país com o fito de dar embasamento às estruturas de dominação formalmente constituídas.

Marcelo Neves na citada obra correlacionou muito bem a relação entre a Constituição e o direito legal ordinário, no plano de uma dinâmica jurídica, e entre princípios e as regras constitucionais no plano da estática jurídica. Nessa segunda correlação de Neves, Ávila faz um diagnóstico do problema da utilização desenfreada dos princípios constitucionais e do chamado 'neoconstitucionalismo': a) da regra ao princípio no que concerne ao fundamento normativo; b) da subsunção à ponderação relativamente ao fundamento metodológico; c) da justiça geral à justiça particular no referente ao fundamento axiológico; d) do poder legislativo (ou executivo) ao poder judiciário no tocante ao fundamento organizacional (ÁVILA, 2009, p. 3, 5 e 18).

A partir dessa caracterização, tem-se o seguinte problema: a partir do momento em que se valoriza o paradigma da ponderação em detrimento da subsunção, não só conduziria a um "antiescolamento da ordem jurídica" como também se aniquilaria, segundo a visão do autor, com o exercício regular do princípio democrático.

Isso porque a valorização da ponderação conduziria a uma hipervalorização do Poder Judiciário com um excesso de subjetivismo incontrolável com bases objetivas, de tal sorte que uma decisão fundamentada na ponderação em determinado princípio poderia conduzir a uma solução "X", mas um outro tribunal ou julgador individual poderia com base em ponderação de outro princípio conduzir o mesmo caso a uma solução "Y" ou "Z".

Ávila conclui que o "neoconstitucionalismo", no Brasil, "estaria mais para o que se poderia denominar, provocativamente, uma espécie enrustida de 'não constitucionalismo': um movimento ou uma ideologia que barulhentemente proclama a supervalorização da Constituição enquanto silenciosamente promove a sua desvalorização" (ÁVILA, 2009, p. 19).

Na ADI nº 6.363, o Supremo Tribunal Federal (STF) deparou-se com o questionamento da constitucionalidade da Medida Provisória nº 936/2020, que

instituiu o chamado “Programa Emergencial de Manutenção de Emprego e Renda”, dispondo sobre determinadas providências para enfrentamento da pandemia da Covid-19. Nos arts. 7 e 8 da mencionada legislação, havia a previsão de que o empregador poderia acordar por escrito com o empregado a redução proporcional da jornada de trabalho e de salários dos seus empregados. Além do afastamento dos sindicatos de negociações entre empregadores e empregados com o potencial de causar sensíveis prejuízos a estes últimos.

A princípio os artigos do texto constitucional invocados pelo partido Rede Sustentabilidade são o art. 7, VI, XIII, XXVI e art. 8, III, VI da Constituição Federal. Eis a transcrição de dois desses incisos invocados: “art. 7. VI – irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo” e “art. 8. VI – é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho”.

O que chama atenção é a fundamentação de alguns dos ministros da Suprema Corte para defender a legislação impugnada utilizando da circunstância de excepcionalidade e de uma ponderação *contra legem*. Segundo o ministro Luiz Fux em seu voto:

Essa emergência faria convergir os interesses de empregados e empregadores. Nesse caso, portanto, deveria haver ampla liberdade, que permitisse a conciliação como forma de resolver os litígios, porque, afinal, ‘a conciliação otimiza os relacionamentos sociais e as relações empregatícias. Mas há também um detalhe muito importante em relação a essa condicionante de participação do sindicato é que historicamente essa interferência pressupunha interesses divergentes e o que nós assistimos agora são interesses convergentes de empregados e empregadores no afã da manutenção dos empregos, evitando um gravíssimo problema social mercê da crise econômica que se abate nessas empresas que carregam esses empregos. (...) Portanto, considero que os prejuízos de uma intervenção sindical seriam maiores que os benefícios, já que as partes estariam no mesmo nível – não só na pandemia, já que ‘hoje em dia as partes tem simetria de informações’. (BIANCO, 2020, *online*).

Depreende-se que o período de excepcionalidade fez com que na fundamentação calcada apenas em uma ponderação principiológica em que as empresas e os empregados teriam “interesses comuns” nesse período de excepcionalidade, logo desautorizaria a participação dos sindicatos e a possibilidade de uma pactuação direta entre os mencionados atores em virtude de uma falsa simetria entre eles.

Com o devido respeito ao mencionado ministro, percebe-se que, por vezes, o período de excepcionalidade pode ser utilizado como justificativa teórica para uma gama de julgadores fundamentarem seus posicionamentos pessoais, até mesmo *contra legem*, com o fito de trazer à baila uma argumentação principiológica para justificar excessos desestabilizando o dever de coerência e integridade das decisões judiciais preconizada pelo CPC.

A construção de um precedente judicial depende de uma feitura coletiva em que vários julgadores componentes de uma corte estão preocupados na construção da *ratio decidendi* a fim de ser aplicada em casos futuros. Por isso, o risco de cometimentos de excessos é bem menor se em comparação apenas a julgamentos não vinculantes em períodos de excepcionalidade. Isso porque em períodos de excepcionalidade pode haver uma propensão a que os subjetivismos dos julgadores imperem e decisões sejam tomadas baseadas apenas em construções principiológicas.

A construção de um precedente que seja limitado temporalmente à circunstância de excepcionalidade fará com que o risco de decisões conflitantes seja menor, haja uma maior preocupação dos julgadores na construção da *ratio decidendi*, pois irá afetar casos futuros dentro das mesmas circunstâncias e também uma maior possibilidade de contribuição com o dever de coerência, previsibilidade e estabilidade das decisões judiciais de órgãos inferiores. De tal sorte que essa construção assegurará às partes a saberem posteriormente como a corte se comportou em relação aos seus julgamentos dentro de um período de excepcionalidade e assim dar uma previsão de como ocorrerá eventual julgamento de mesma matéria em um período de excepcionalidade futuro.

É bem verdade que este trabalho discorda da visão extremada de Ávila, tendo em vista que tanto na ponderação, quanto na interpretação, o que se passa na mente dos juízes antes da argumentação e da interpretação é incontrolável nas duas. Logo, a falta de controle intersubjetivo não ocorre apenas na ponderação, mas também na subsunção. Entretanto, o controle argumentativo do julgador por um terceiro na ponderação é mais frouxo do que na subsunção, isso porque a exemplo do voto proferido pelo Ministro Luiz Fux, é possível que o julgador traga um princípio e assim conduza a uma justificativa de decisão que não é objetivamente controlável. O problema é cultural.

Andre Borgossian em capítulo de livro em 2016 fez o seguinte questionamento: “É possível falar em precedente do supremo?”. Isso porque partiu-se do comentário do próprio Ministro Gilmar Mendes no julgamento da proposta de súmula vinculante nº 57, tratando da publicação de tese de repercussão geral: “Por mais que a gente possa dizer ‘ah, o fundamento determinante, a *ratio decidendi* deve vincular’, mas nós temos essa dificuldade. Quer dizer, de fato, o que que é fundamento determinante? Especialmente diante da nossa técnica de julgamentos de votos autônomos’.

Virgílio Afonso da Silva relata uma ilustrativa manifestação de um ministro do Supremo sobre a redação dos acórdãos e a inexistência de uma *opinion of the court*. “eles [o STF e os demais tribunais superiores] não decidem como instituição, eles decidem com os argumentos dos seus ministros, é uma soma de opiniões; o Supremo não vota como instituição” (SILVA, 2017, *online*).

Aparentemente, o que se percebe para os operadores do direito e o público em geral é que as supostas razões de decidir da mais alta Corte do país não são claras nem para os próprios ministros. Nesse contexto de incertezas, se em períodos de normalidades institucionais, somente restaria aos leitores dos acórdãos fazer uma tentativa de interpretação das atitudes dos ministros ao formarem sua decisão coletiva. Ora, se em períodos de normalidades é quase impossível abstrair uma razão de decidir, quem dirá em períodos de excepcionalidade? Torna-se a missão quase impossível.

Essa cultura de votos individualizados, que acompanham as cortes existentes no país, gera profundas consequências para um potencial sistema de precedentes. A começar pela inexistência de uma *ratio decidendi* da Corte. De tal sorte que os votos da posição majoritária formalmente não possuiriam valor para fins de precedente, pois não representam a fundamentação da corte para aquela decisão.

Por essa razão, nos períodos de excepcionalidade, é quando os jurisdicionados necessitam de uma maior estabilidade e segurança jurídica oriunda das instituições. Nesse caso, partindo do pressuposto acerca da relevância e confiabilidade depositadas no Poder Judiciário, este órgão deve corresponder às mencionadas expectativas, tendo em vista a necessidade de

utilizar-se de um instrumento que confira maior estabilidade às decisões judiciais.

4.3 Instrumentos de modificação dos precedentes

4.3.1 *Overruling*

O *overruling* constitui como sendo a revogação total do precedente. Essa é uma opção extrema, pois somente ocorrerá se o precedente deixa de corresponder aos padrões de congruência e consistência sistêmica. De tal sorte, que seria uma medida extrema, uma vez que o precedente deixa de atender aos que determinam as condutas e as aspirações sociais, políticas (bem-estar) e de experiência, ao mesmo tempo deixa de corresponder aos valores que sustentam a estabilidade jurisprudencial e a *stare decisis*. Em síntese, ocorrerá quando o precedente não tem mais sustentáculo nas proposições sociais, não mais ensejando garantia de pacificação social, isto é, a alteração da realidade social, seja pelo surgimento de novos dados fáticos supervenientes à formação do precedente (avanço da tecnologia e das ciências).

Outrossim, também poderá emergir o *overruling*, quando há uma dubiedade no entendimento dos tribunais acerca de uma determinada temática. Nesta seara, impera a necessidade do *overruling*, pacificando-se o entendimento a fim de evitar que se instale a multiplicidade de tratamento de casos idênticos.

No sopesamento entre a inconsistência sistêmica do precedente e a congruência social, prevalece a inconsistência sistêmica. O procedimento para o *overruling* se dá quando os demandantes postulam junto à Corte que emitiu o precedente, pugnando pela abolição ou releitura do “antigo” precedente mostrando a alteração nas hipóteses fáticas/jurídicas que lhes deram origem. Para acontecer a superação do precedente, deve haver extensa argumentação e discussão.

É importante ressaltar que essa mudança dos valores sociais que orientava o precedente só atingirá novos litigantes, jamais litigantes protegidos pelo manto da coisa julgada material. Isso, porque a situação jurídica que se

consolidou com base no precedente não pode ser atingida pela posterior decisão que declarou a inconstitucionalidade do precedente.

Vale também apontar que a revogação do precedente é diferente do chamado precedente controverso, denominado de *jagge doctrine*, consistente no precedente incompatível com as novas proposições sociais, ou seja, ao mesmo tempo, inconsistente, interna e externamente com outros entendimentos e proposições da corte, porém não revogado.

Essa superação do precedente não acontece de inopino, mas é fruto de uma construção demorada, que costuma se iniciar com críticas doutrinárias, as quais evidenciam a fragilidade e incoerência dele. Por essa razão, em virtude das fragilidades evidenciadas por um número considerável, submete o precedente a uma análise judicial, *ex officio* ou por provocação, objetivando a revogação.

Essa forma de tratamento paulatina, com amadurecimento da discussão acerca da compatibilidade do precedente, além de enriquecer a ciência jurídica, evita a quebra de confiança no *stare decisis*, pois impede que os tribunais mudem seu entendimento inadvertidamente, causando injusta surpresa aos jurisdicionados.

Infelizmente no Brasil, a revogação da decisão que fixou o precedente deveria se basear de modo analítico sobre os fundamentos deduzidos no acórdão que deu solução ao caso, mas no país impera o costume de prevalência do entendimento subjetivo de cada magistrado, de modo que os órgãos da justiça se veem como peças autônomas, frequentemente proferindo decisões contraditórias.

De qualquer modo, Zaneti revela que o afastamento ou a superação do precedente somente será possível mediante um ônus argumentativo maior por parte do julgador (*treat like cases alike*) (ZANETI, 2016, p. 319).

Percebe-se que em caso de excepcionalidades não haverá uma revogação total do entendimento anterior, mas sim a aplicação de um novo entendimento em um período determinado. Logo, pode haver a construção de

precedentes que se apliquem apenas ao período de excepcionalidade sem que houvesse a abolição do antigo precedente firmado.

4.3.2 *Anticipatory overruling*

O *anticipatory overruling* constitui mecanismo norte-americano para a superação do precedente de maneira antecipada. É realizada pelas Cortes de Apelação antecipadamente à Suprema Corte daquele país. Cuida-se de mecanismo excepcional, adotado pelas cortes de apelação, afastando precedente normalmente utilizado pela Suprema Corte, aduzindo forte indicação de que, em breve, e provavelmente, aquela corte irá revogar o precedente em questão. Não se trata de revogação, pois não cabe às cortes ordinárias a revogação de precedentes oriundos da corte suprema, no entanto, através do *anticipatory overruling*, as cortes de apelação afastam o precedente, inutilizando-o.

De acordo com Marinoni (2010, p. 403), existem três requisitos para o *anticipatory overruling* ocorra. Primeiramente, deve haver o desgaste do precedente nas decisões da Suprema Corte, o que significa existir novas tendências no entendimento da Suprema Corte que permita concluir que o precedente será revogado. É a demonstração pela corte suprema que se está esperando por um caso apropriado para realizar o *overruling*, ou seja, o precedente é ou está inconsistente, além de não mais surtir os efeitos esperados pela sociedade.

Cuida-se de instituto que demanda especial atenção, pois enseja, de acordo com as circunstâncias do caso, o tratamento desigual de causas iguais, eventualmente gerando privilégios para uma das partes em detrimento da outra, a qual sofrerá dano grave ou prejuízo.

Ressalte-se que somente pode haver a utilização deste mecanismo quando estiverem presentes fortes fundamentos e alta probabilidade da breve revogação do precedente pela Suprema Corte.

Em que pese a doutrina norte-americana amplamente admita o instituto da *antecipatory overruling* tendo entendido que em nada prejudica o *stare decisis*, a Suprema Corte daquele país nunca se manifestou acerca da legalidade do instituto. Trata-se de instituto apto a fortalecer a obediência das cortes inferiores às cortes superiores, pois, na verdade, não se exige destas uma mudança de entendimento, tampouco manifesta a prevalência do entendimento adotado pelas cortes inferiores, porém, adianta fazer valer o entendimento já demonstrado, mas ainda não publicitado pela corte superior.

Evoca-se, como um dos argumentos para a utilização dessa modalidade, a justiça que ele proporciona, pois trata de maneira escoreita uma situação jurídica cujo precedente utilizado pela Suprema Corte já não mais tutela de maneira satisfatória. No entanto, a principal argumentação em seu desfavor se dá com relação à surpresa injusta provocada às partes que litigam adotando por base o precedente objeto do *antecipatory overruling*. Diante disso, adota-se o referido instituto somente quando a utilização do precedente puder ensejar grave prejuízo, notadamente quanto às liberdades individuais.

Outro ponto sobre o qual muito se questiona os prós e contras do instituto em análise diz respeito sobre a medida de previsibilidade da alteração do precedente da corte superior. Ou seja, admite-se o *antecipatory overruling* quando é previsível, iminente e sem demora a alteração do precedente pela corte superior. No entanto, inadmissível será o uso da ferramenta quando se tratar de mera conjectura sobre a revogação do precedente, ou quando se prever a alteração deste, mas a qual não é urgente ou mesmo tardará em razão de outras determinantes fáticas e sociais que ainda restam pendentes.

Essa aplicação do precedente não se trata de uma mera aplicação mecânica, visto que as particularidades do caso são levadas em consideração. Isso é evidenciado por cada um dos institutos, seja o *overruling*, *distinguishing* e *antecipatory overruling*.

4.3.3 *Prospective overruling*

Tratando-se dos efeitos prospectivos para superação dos precedentes, se faz indispensável um breve aporte histórico, a fim de melhor elucidar as razões de sua devida modulação.

Nos Estados Unidos, há uma divisão entre as Cortes estaduais e a Suprema Corte Norte-Americana. Na Suprema Corte, a regra aplicada é a plena retroatividade dos efeitos da superação dos precedentes judiciais, inclusive, Holmes afirma que “as decisões judiciais têm tido efeitos retroativos por aproximadamente mil anos” (HOLMES, 2019, p. 292), contudo, existe a liberdade de as Cortes estaduais não se vincularem a esse entendimento (PEIXOTO, 2019, p. 296).

Todavia, as Cortes estaduais também não apresentam um entendimento uniforme, ao passo que parte delas decidem por adotar a tese da Suprema Corte e outras limitam a superação dos precedentes para os efeitos prospectivos (*prospective overruling*), como se vê no caso *Chevron vs. Oil*.

Entretanto, verifica-se que a técnica do *prospective overruling* é fundamentada no princípio da segurança jurídica e da previsibilidade, a qual fornece aos jurisdicionados o benefício da confiança justificada, incentivando que depositem toda confiabilidade no poder judiciário (MARINONI, 2019, p. 267), pois eventual alteração no entendimento das Cortes Supremas (*overruling*) não afetariam os fatos realizados anteriormente.

Passando a análise aos regramentos brasileiros, constata-se que a primeira legislação no sentido de regulamentar os efeitos dos precedentes, no caso os constitucionais, foi a Lei nº 9,868/1999, que através do art. 27, positivou a possibilidade de restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade após o trânsito em julgado ou determinada data estabelecida pela corte.

Na obra de Luiz Guilherme Marinoni, a superação do precedente é aplicada no caso em análise e nos fatos que ocorrer a partir daquela data, melhor dizendo, o precedente não terá seus efeitos retroagidos em acontecimentos anterior a superação. Em relação ao *prospective overruling*, a corte suprema entende por superar o precedente, mas não será aplicável ao caso em exame, nem aos fatos que ocorrer em data anterior ao julgamento, ou seja, os efeitos são aplicados a fato posterior a decisão da Corte.

Antes da existência da referida legislação, as cortes supremas aplicavam a plena retroatividade dos efeitos da alteração do precedente. Com o art. 27, da Lei nº 9.868/1999, era esperado uma maior discussão sobre o tema e a aplicabilidade da modulação pelo STJ e STF, mesmo que a expressa previsão legal tenha sido direcionada para os casos de inconstitucionalidade.

Porém, ao julgar os Embargos de Divergência do Recurso Especial nº 738.689, relatoria do Ministro Teori Zavascki, em 22/10/2007, o STJ por maioria entendeu que “é incabível ao judiciário sob pena de usurpação da atividade legislativa, promover a ‘modulação temporal’ de suas decisões, para o efeito de dar eficácia prospectiva a preceitos normativos reconhecidamente revogados” (BRASIL. STJ, 2007).

Com isso, surgem diversas críticas, pois se os precedentes constituem “expressiva carga normativa”, como pode ter seus retroagidos sem autorização legal, posto que a única previsão para retroagir a norma jurídica é no campo do Direito Penal, quando a lei beneficiar o paciente. Também, deve ser observado que o art. 27, da Lei nº 9.868/1999, não determinou que todos os casos deveriam ter eficácia prospectiva, somente positivou essa possibilidade ao entendimento dos magistrados. Não é sem sentido que Daniel Mitidiero revela que é justamente para evitar a aplicação de uma norma inexistente e, portanto, desconhecida, no momento da conduta de determinada pessoa, que a superação prospectiva do precedente encontra justificação (MITIDIERO, 2016, p. 142).

Posteriormente, o Código de Processo Civil de 2015, por intermédio do art. 927, §3, permitiu a modulação dos efeitos das alterações dos precedentes judiciais, desde que fundamentado no interesse social e na segurança jurídica.

Analisando a letra fria da lei, entende-se que o legislador possuiu o condão de permitir, de forma mais direta, a aplicação do *prospective overruling*.

Entretanto, existe uma dicotomia entre as decisões das cortes de correções e cortes de precedentes. Na primeira hipótese, a decisão declara o entendimento da lei, portanto, seus efeitos são retroativos, vez que a norma jurídica sempre regulou determinada questão. Em contrapartida, as decisões em

sentido de cortes de precedentes, do STJ ou STF, vão no sentido de atribuir sentido ao Direito, então, pode haver a modulação dos efeitos.

Veja, no primeiro caso, a decisão judicial aplicará o que já é determinando na lei, mas na segunda situação, haverá um complemento da norma jurídica, pois ela sozinha não é capaz de reger a sociedade. A partir desse raciocínio, conclui-se que o poder judiciário também constitui o Direito, não por vontade própria, mas devido a insuficiência do legislador.

Veja, no primeiro caso, a decisão judicial aplicará o que já é determinando na lei, mas na segunda situação, haverá um complemento da norma jurídica, pois ela sozinha não é capaz de reger a sociedade. A partir desse raciocínio, conclui-se que o poder judiciário também constitui o Direito, não por vontade própria, mas devido a insuficiência do legislador.

Para melhor vislumbrar os aspectos trabalhados a pouco, analisa-se o acórdão nº 1.721.716 (2017/0243200-5), de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que lecionou ao tratar da modulação do precedente e garantir a segurança jurídica de forma extraordinária.

No caso acima, foi ajuizada uma ação de cobrança para reconhecer o pagamento do seguro deixado pelo esposo da requerente, que cometeu suicídio no prazo inferior aos dois primeiros anos do contrato de seguro, ação ajuizada em 09/01/2012.

Em sede de Sentença, foi reconhecido o direito pleiteado, sob fundamento das súmulas 61/STJ e 105/STJ, que asseguravam a cobertura do seguro em caso de suicídio, mesmo no período de carência, ressalvada a hipótese de premeditação.

Após a interposição do recurso de apelação por parte da seguradora (em 28/03/2016), a corte de justiça entendeu por reformar a sentença, devido a contrariedade das súmulas 61/STJ e 105/STF com a expressa disposição do art. 798, do CC/02 argumentando que o STJ havia superado os precedentes que suportavam as referidas súmulas, através do julgamento do REsp 1.335.005/GO, ocorrido no ano de 2015.

Ora, constata-se que a superação do precedente ocorreu em data posterior ao suicídio, inclusive, quando houve a alteração do posicionamento do STJ, já havia ocorrido a prolação da sentença. Quando o caso chegou ao STJ, para análise da Ministra, foi constatado que a superação dos precedentes que davam base para às súmulas supramencionadas foram realizadas com efeitos prospectivos (*prospective overruling*).

Sendo assim, nos autos sob nº 1.721.716 (2017/0243200-5) deveria ser aplicado o antigo posicionamento, mesmo já revogado, por meio da qual a relatora explanou da seguinte forma. Assim, como meio de proteção da segurança jurídica e do interesse social contido na situação em discussão, impõe-se reconhecer que, para hipótese em julgamento, a aplicação do entendimento anterior do STJ, que está refletido na Súmula nº 150/STF. (BRASIL. STJ, 2020).

Ravi Peixoto defende que em caso de superação prospectiva a regra deve ser a modulação dos seus efeitos *ex tunc*, mas na esteira de Teresa Arruda Alvin entende que “grande consequência desse posicionamento é de que, caso o precedente da superação seja omissivo, sua eficácia será *ex tunc*. A concessão da eficácia prospectiva, por sua vez, sempre dependerá de decisão expressa.

Por fim, conclui-se o tema com uma passagem final da obra de Marinoni: “Não é possível retroagir entendimento novo para o efeito de prejudicar quem quer que tenha praticado ato em confiança em precedente ou ‘jurisprudência pacífica’ (MARINONI, 2010, p. 373).

4.3.4 *Distinguishing*

Outra maneira de alteração de precedentes é o *distinguishing*, um mecanismo criado para se fugir do rigor dos precedentes, pois permite a não aplicação do precedente quando restar demonstrado que o caso apresentado à corte se diferencia em particularidades, as quais são superiores às similares com o precedente que deveria ser observado. Neste esteio, advoga-se para o tribunal que este julgue o caso com base nas novas questões jurídicas ou particularidades fáticas – as quais não foram discutidas no precedente original.

Vê-se, então, que o *distinguishing* é uma distinção feita entre os casos, podendo ser considerado como uma diferenciação na análise, já que visa analisar se o caso se subordina ou não ao precedente x, ou seja, se subordina a *ratio decidendi* ou não.

Apesar disso, não é qualquer distinção fática que ensejará o *distinguishing*, mas a distinção fática relevante e que reflita sobre a *ratio decidendi*.

O *distinguishing* visa preservar uma parte do precedente, modificando outra parcela. Revela as distinções fáticas entre os casos, bem como que a *ratio decidendi* do precedente não se amolda completamente ao caso em julgamento. Ao contrário do *overruling*, o *distinguishing* não revela qualquer fraqueza do precedente, ou sua necessidade de revogação, mas, sim, sua inaplicabilidade perante o caso concreto, diante dos fatos apresentados. Consequentemente, representa um ajuste do precedente para que se aplique ao caso em julgamento, principalmente quando se verifica uma situação, um fato peculiar, mas essencial ao deslinde do caso, que não havia sido tratado pelo precedente.

Frise-se que o *distinguishing* não pode ser adotado de modo desarrazoado, demandando toda uma discussão e fundamentação no processo, sobre a adoção do precedente ou o *distinguishing*, sob pena de possível desestabilização do sistema.

O afastamento de determinado precedente em um caso não enseja a revogação do precedente, não significando que este mereça rever sua forma de tratamento. Significa, em verdade, que o precedente invocado não trata de modo coerente a questão fática pano de fundo que se pretende tutelar.

Unicamente se poderá arguir a fraqueza vinculativa do precedente quando ocorre o *very distinguishing* – ou seja, excesso de distinções, o que demonstra a inadequação do precedente ao momento histórico vivido e, consequentemente, ao contexto social, que incide por enfraquecer sua autoridade, relegando-o ao desuso.

Essa ferramenta também contribui para o debate jurídico, na medida em que possibilita a extensão ou delimitação de um determinado precedente,

com a finalidade de tutelar escorreitamente o contexto fático diferenciado que se apresenta, tal modelação tanto pode representar uma extensão quanto uma restrição do precedente originário, ou até mesmo a criação de um novo precedente, sem que, no entanto, o precedente originário reste prejudicado ou obsoleto.

Difere-se, todavia, dos casos em que existe entendimento dúbio em relação à determinada celeuma, contudo, uma das regras é formulada para casos específicos, enquanto a outra para casos gerais, como espécies do mesmo gênero. Trata-se da coexistência de duplo entendimento acerca de determinado assunto, admitindo-se a duplicidade em razão de expressas peculiaridades de cada caso.

Isso resulta na distinção entre “divergência jurisprudencial” e “paradigma”, os quais são utilizados pelo ordenamento jurídico na mesma lógica do precedente, constituindo-o, já que o entendimento a ser aplicado para definir a interpretação de lei federal não pode ser chamado meramente de jurisprudência.

4.4 A possibilidade de limitação eficaz do precedente

4.4.1 Surgimento, características da excepcionalidade da Covid-19 e o dever de estabilidade

O coronavírus (COVID-19), por exemplo, foi tema não só no país como em diversas notícias e artigos científicos ao longo do mundo. Isso porque todos os indivíduos já sentem os seus impactos, em maior ou menor gravidade. De tal modo que se trata de um dos exemplos de período de excepcionalidade que se enquadrou as condições fáticas defendidas neste trabalho.

Nos municípios brasileiros de pequeno, médio e grande porte, os impactos do coronavírus não foram diferentes do restante do mundo: paralisação de serviços em todos os seguimentos da economia, remarcação de viagens, interrupção nos contratos, etc.

Em razão desses impactos do coronavírus, diversas decisões surgiram ao longo do período de pandemia, que afetaram os ramos do direito e as relações

jurídicas profundamente. Primeiramente, convém trazer à baila um pouco das origens da patologia mencionada. A China tem como um de seus grandes pólos de logística da cidade de Wuhan (província de Hubei), o qual possui uma população de mais de 10 milhões de habitantes, Thuler e Melo (2020, p. 1), noticiou o surgimento de um novo coronavírus (2019-nCoV), doença denominada pela Organização Mundial de Saúde de *coronavirusdisease2019* – Covid-19, cujo vírus foi nomeado de “síndrome respiratória aguda grave do coronavírus 2, conforme assevera Thuler e Melo (2020, p. 1).

O vírus da COVID-19, apesar de ser proporcionalmente pouco letal, isso se comparado à gravidade da SARS (Síndrome Respiratória Aguda Grave), conta, todavia, com alta transmissibilidade, o que em um aspecto geral pode levar a elevados números de mortes e, portanto, maior letalidade em números absolutos (ROTHAN *et al*, 2020). O contato interpessoal é a rota mais provável de transmissão do vírus, o qual se alastrou rapidamente, pois era transmitido por vias aéreas por meio de gotículas, secreções, contato direto ou por meio do contato com superfícies contaminadas.

No Brasil, o Ministério da Saúde declarou em 20 de março de 2020 que havia transmissão comunitária do vírus no território, isso com apenas três semanas após a confirmação do primeiro caso (RACH *et al*, 2020). Consequentemente, a evolução da quarentena e o isolamento social foi corroborada pela Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, cuida de determinar medidas de enfrentamento, especialmente com a aplicação de isolamento, assim definidas no art. 2, *in verbis*:

Art. 2º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I – Isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar contaminação ou a propagação do coronavírus; e

II – Quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou propagação do coronavírus.

Diante do surto de coronavírus no país por meio de medidas restritivas de circulação indique problemática à economia, também houve problemática referente a aplicação do direito em virtude de uma situação fático-econômica instável em virtude da pandemia. Por exemplo, a Ouvidoria Geral vinculada ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (TJPE) nº 31, publicada em 17 de julho de 2020, tentou orientar os juízes vinculados ao respectivo tribunal em relação a algumas decisões tomadas com o fito de orientar a aplicação do direito.

Em duas ações, sob nºs 0022383-37.2020.8.17.2001 e 0021513-89.2020.8.17.2001, o TJPE admitiu, que a crise financeira gerada pela paralisação quase integral da atividade econômica, em função da necessidade de manter-se o isolamento social, com a conseqüente redução de salários ou até mesmo demissão de trabalhadores, em virtude da prestação do serviço educacional de forma diferente da inicialmente contratada, o que autorizaria a redução entre 20% a 25% do valor das parcelas mensais escolares. Eis o trecho de fundamentação das decisões:

“Nesse aspecto é oportuno lembrar que as instituições de ensino assumiram obrigações contratuais de prestar atividades letivas presenciais, e estas não estão sendo prestadas na forma contratada. Podem argumentar que isso se deve a motivo de força maior, e que não têm culpa pela paralisação das atividades letivas presenciais, mas quanto a isso resta forçoso ponderar que também inexistente mínima culpa dos consumidores, na medida em que não podem transferir para o consumidor o risco da atividade empresarial”.

“Assim como as instituições de ensino depararam-se com a necessidade de ensino depararam-se com a necessidade de imediata adequação do serviço, com o desafio de virtualizar metodologias que há séculos seguem o formato presencial, os consumidores, pais e alunos, viram-se desafiados ao cumprimento da obrigação pecuniária contratual, além da adaptação à nova sistemática de aprendizado. Sendo esse o cenário, ao ser provocado, cabe ao Poder Judiciário agir em prol da manutenção do equilíbrio desses contratos, instigando as alternativas viáveis e de superação para esse momento de grandes dificuldades”.

Ocorre que o próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ), no informativo nº 741, nos autos do REsp nº 1.998.206/DF, sob a Rel. Min. Luis Felipe Salomão, em 14/06/2022, em fundamentação completamente diversa, entendeu que a pandemia da covid-19, por si só, não teria condições alterar o equilíbrio

econômico-financeiro entre as partes. Percebe-se que o lapso temporal de 02 (dois) anos ocasionou uma mudança abrupta da jurisprudência em sentido totalmente diverso, eis a fundamentação:

“Nesse contexto, ressaem como incontroversos os seguintes fatos: a) a suspensão da prestação de serviços educacionais em todas as escolas, universidades e faculdades da rede pública e privada de ensino, com base na determinação contida no Decreto n. 40.520, de 14 de março de 2022, situação que perdurou até meados de setembro de 2020, incluindo os serviços prestados pela ré, ora recorrida; b) a supressão de disciplinas previstas na grade curricular, tais como cozinha experimental, educação física, robótica, laboratório de ciência e arte/música; e c) a disponibilização das aulas exclusivamente de modo virtual com número reduzido de horas.

Por outro lado, o estado de calamidade pública em virtude da pandemia pela covid-19, com a restrição de diversas atividades econômicas, constitui-se como fato notório, de abrangência internacional, declarado no Brasil em fevereiro de 2020 pelo Decreto Legislativo n. 6, de 20/03/2020, e regulamentado pela Lei n. 19.979/2020, que dispôs sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

(...)

As teses contrapostas – as quais foram objeto do debate exauriente nas instâncias ordinárias – evidenciam a discussão jurídica em torno dos limites da intervenção judicial nos contratos e dos ônus a serem suportados pelas partes em tais circunstâncias.

(...)

De fato, em um rápido estudo sobre o tema, verificou-se que, especialmente no início da pandemia, inúmeras foram as decisões judiciais que, com base na teoria da quebra objetiva dos contratos, asseguraram a redução das mensalidades escolares, ainda que de maneira proporcional.

Em verdade, sobreveio, inclusive, a edição de diversas leis estaduais que impuseram a redução no valor das mensalidades escolares, a exemplo da Lei n. 8864/2020, do Rio de Janeiro, que dispõe sobre a redução proporcional das mensalidades escolares em estabelecimentos de ensino da rede particular, durante a vigência do estado de calamidade pública instituído pela Lei n. 8.794, de 17 de abril de 2020.

(...)

Isso porque os serviços, diferentemente de outras hipóteses, continuaram a ser prestados sem causar onerosidade excessiva ao autor, sendo interesse de ambas as partes, é bom que se diga, a manutenção da avença. Nessa linha, para exame do

caso em questão, destacam-se os seguintes pontos: a) o contrato de prestação de serviços de educação continuaram a ser prestados; b) a redução do número de aulas foi não apenas autorizada por diplomas legais, como também foi imposta em razão das medidas sanitárias do combate ao novo coronavírus – tal circunstância, ao contrário do que sustenta a recorrente, não se encontra no âmbito do risco de atividade empresarial, revelando-se, em verdade, absolutamente apartada do negócio jurídico; c) o fato, embora superveniente e mesmo extraordinário, não inviabilizou todas as aulas, mas apenas aquelas, conquanto tenham sido contratadas, de caráter extracurricular (aulas de cozinha experimental, educação física, robótica, laboratório de ciências e arte/música); d) a não prestação do serviço, em sua inteireza, entretanto, decorreu de fato alheio às atividades da escola, uma vez que ela não podia prestar os serviços que exigiam a presença dos alunos, como também estava impedida de prestar serviços de maneira presencial; e) por outro lado, a redução da carga horária foi autorizada pela Lei n. 14.040/2020, que previu diversas formas de compensação da redução da carga horária.

Nesse contexto, penso que, embora os serviços não tenham sido prestado da forma como contratados, **não há falar-se em falha do dever de informação ou em desequilíbrio econômico-financeiro imoderado para a consumidora.**

A mera alegação de redução das condições financeiras da recorrente, aliada ao incremento dos gastos com serviços de tecnologia, no entanto, não inviabilizaram a continuidade da prestação dos serviços.

A afirmação de que teria havido diminuição dos custos da escola, por seu turno, além de não se evidenciar como requisito à revisão com base na quebra da base objetiva do contrato, não é tônica desse exame, e não se evidencia nos autos”.

A ocorrência dessas decisões conflitantes proporciona um esvaziamento no objetivo primordial do CPC que é conferir racionalidade ao ordenamento jurídico, uniformizando a interpretação e aplicação do direito. Essa perda de racionalidade constitui um descumprimento do dever de estabilidade, descrito no art. 926 do CPC.

Nesse contexto, a possibilidade de formação de precedentes nesse período de atipicidade pandêmica iria conferir estabilidade e uniformidade às decisões dos tribunais superiores em relação aos seus órgãos inferiores. Por essa razão, a criação de um precedente específico e limitado temporalmente para essas circunstâncias pandêmicas evitaria a violação ao dever de estabilidade do sistema.

Essa manutenção da jurisprudência estável relaciona-se com o fenômeno do *stare decisis*, segundo o qual as decisões dos tribunais superiores se cristalizam e devem ser seguidas pelos órgãos hierarquicamente inferiores, podendo ser representada na seguinte expressão: *mantenha-se a decisão e não se perturbe o que foi decidido* (SILVA, 1998, p. 57).

Destarte, o dever de estabilidade associa-se à vinculação horizontal dos precedentes, que se trata da observância por parte do mesmo Tribunal que exarou a decisão, de modo a solidificar a interpretação do ordenamento jurídico, e à vinculação vertical, significando a obediência dos juízes hierarquicamente inferiores aos precedentes firmados pelas Cortes Superiores.

Esse compromisso vem sendo construído há muitos anos nos países de tradição de *common law*, porquanto a preservação da estabilidade do ordenamento jurídico, evitando-se o surgimento de lacunas passa pela fidelidade aos precedentes judiciais, por meio da vinculatividade (KELSEN, 2006, p. 278). O que seria reforçado com a construção limitativa de um precedente judicial no mencionado período.

4.4.2 Dever de coerência do precedente limitado temporalmente

No que concerne aos alimentos, esses abrangem tudo aquilo que o ser humano precisa ingerir para nutrir-se e manter-se com vida. Entretanto, para o Direito, a compreensão dessa expressão é mais ampla, referindo-se também à satisfação de outras necessidades essenciais da vida em sociedade, além de abranger os alimentos propriamente ditos. Incumbe evidenciar que o dever de prestar alimentos baseia-se em uma relação de mútua assistência entre parentes, cônjuges ou companheiros. Dessa maneira, caso o indivíduo encontre-se impossibilitado de prover a própria subsistência, então será obrigado, por meio de determinação legal, a oferecer apoio necessário por meio de uma prestação a ser fixada judicialmente.

Em lição Schreiber (2020, p. 1.321) informa que os alimentos, apoiados no art. 1.694 do CCB, dizem que os gastos com vestimentas, material escolar,

atividades de lazer e culturais e etc. Assim, consiste na expressão do dever de solidariedade familiar.

No tocante às prestações alimentares com vistas a garantir ao credor o direito à pensão alimentícia e ao adimplemento da obrigação, os meios repressivos típicos previstos no CPC podem ser requeridos com a possibilidade de tutela de urgência. Dentre as medidas típicas, destacam-se: o desconto em folha de pagamento (art. 529 e 912, CPC); a penhora (arts. 528, §§8 e 9, 523 ss, 530, CPC); o protesto da decisão judicial (arts. 517 e 528, §1 e 912, CPC), que pode ser determinado de ofício; e, a prisão civil do alimentante (art. 528 e 911, CPC) que necessita de pedido do alimentado limitada, no caso desta última hipótese, à execução do crédito alimentar compreendido até as três últimas prestações anteriores ao pedido da ação.

Com o advento da COVID-19, cujas consequências já foram expostas no tópico anterior, as relações jurídicas, de um modo geral, passaram por alterações conforme as demandas urgentes. Em virtude do escopo de minimizar o fácil contágio dessa nova doença. O Ministério da Saúde indicou o uso de máscaras, limpeza e desinfecção de ambientes e isolamento e distanciamento social.

No tocante ao Direito das Famílias, cabe destacar a Recomendação nº 62/2020 do CNJ, publicada em 17 de março de 2020, orientando os magistrados e Tribunais a adotarem medidas preventivas quanto à proliferação da infecção pelo novo coronavírus no ambiente dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Nesse sentido, salienta-se a pertinência do art. 6º, *in verbis*:

“Art. 6º. Recomendar aos magistrados com competência cível que considerem a colocação em prisão domiciliar das pessoas presas por dívida alimentícia, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus”.

Dentre as ponderações apresentadas na introdução legislativa, ela destaca a importância de prevenção às novas infecções e seus impactos na saúde pública, e considera que um cenário de contaminação em grande escala no sistema prisional e socioeducativo poderia impactar na segurança e na saúde pública de toda a população. Ocorre que tal instrumento normativo saiu em forma de recomendação por parte do CNJ, sem que houvesse um caráter de cogência

necessário. Assim, a formulação de um precedente iria dar um caráter de uniformidade e obrigatoriedade diferentemente de uma simples recomendação.

Salienta-se que a Recomendação nº 62/2020 do CNJ determinava um prazo de vigência de noventa dias, conforme seu art. 15. No entanto, com a edição das Recomendações nº 68/2020 e nº 78/2020, ambas do CNJ, prorrogou-se o prazo para cento e oitenta dias e trezentos e sessenta dias, sucessivamente. Já em 15 de março de 2021 foi editada a Recomendação nº 91/2021 também do CNJ, que, em face da “subsistência da crise sanitária, a eclosão de variantes virais mais contagiosas e potencialmente mais letais”, as orientações constantes na Recomendação nº 62/2020 devem ser aplicadas até 31 de dezembro de 2021, observando sempre o “contexto epidemiológico local e a situação concreta dos casos analisados” (BRASIL. CNJ, 2021).

Essas sucessivas alterações demonstram que a recomendação deveria ser temporária, apenas, para o período de excepcionalidade, o que demonstra a necessidade de uma temporariedade ou limitação temporal da vigência de tal entendimento/recomendação. Por isso, apoia-se a ideia deste trabalho da possibilidade de uma limitação temporal do precedente e da insignificância dos métodos de superação descritos anteriormente.

Por sua vez, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) estabeleceu em recurso especial que, enquanto durar a impossibilidade de prisão civil do devedor de alimentos no Distrito Federal, em razão da pandemia da Covid-19, é possível determinar a penhora de seus bens sem que haja a conversão do rito processual da prisão civil para o da constrição patrimonial (BRASIL. STJ, 2021).

Em razão do aumento significativo de pessoas imunizadas contra a Covid-19 no Brasil, além da diminuição dos registros de novos casos e de mortes, a Terceira Turma do STJ entendeu ser possível a retomada gradual do regime fechado nas prisões civis por dívida alimentícia, como forma de obrigar o devedor a pagar o débito e proteger os interesses de crianças e adolescentes (BRASIL. STJ, 2021). O STJ passou a ter uma mudança temporal da interpretação em curto espaço de dois anos retirando a restrição interpretativa imposta.

Salienta-se que tal retirada de eficácia normativa nesse período de excepcionalidade foi acompanhada com a promulgação da Lei nº 14.010/2020, de 10 de junho de 2020, que dispôs sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das Relações Jurídicas de Direito Privado (RJET), passa-se a disciplinar as relações deste período, objetivando primordialmente instituir “normas de caráter transitório e emergencial para a regulação de relações jurídicas de Direito Privado em virtude da pandemia” (BRASIL, 2020). Como se observa, o art. 2 não aspira instituir nenhuma regra permanente, nem mesmo revogar nenhuma norma, mas propõe-se a “suspender normas que se mostrarem incompatíveis com o período excepcional de turbulência social, econômica e pessoal causada pela pandemia da Covid-19” (GAGLIANO; OLIVIERA, 2020).

Ora, o próprio legislador infraconstitucional autoriza a retirada eficaz de determinadas normas que colidissem com o período excepcional de pandemia social. De igual forma, seria possível pensar na construção de um precedente que regesse apenas durante o período de excepcionalidade, tal como vigeu a recomendação do CNJ, com o fito de afastar momentaneamente a prisão civil do devedor de alimentos.

Essencial trazer à baila as lições de *Neil MacCormick*, para quem o dever de coerência pode ser classificado em dois binômios: a coerência em sentido estrito/consistência e a coerência em sentido lato/integridade. A primeira espécie diz respeito, como colocado, a ausência de contradição entre as decisões passadas e a presente, enquanto à segunda espécie refere-se à adequação da decisão à tradição jurídica e à Constituição (ZANETTI JR., 2016, p. 365).

Assim sendo, a preocupação com a coerência das decisões em virtude da mudança da excepcionalidade fático-social em que se deu o precedente é requisito indispensável para a perpetuação de um sistema de precedentes no Direito Brasileiro, conferindo uma maior racionalidade e confiança legítima na atuação do Poder Judiciário.

4.4.3 Dever de integridade do precedente limitado temporalmente

Além do já dito, o período de anormalidade vivenciado pela pandemia afetou os arranjos familiares, inclusive em havendo discussões acerca da convivência pública, contínua e duradoura “forçada” associada à coabitação, essas situações impulsionadas pelo isolamento social configuram União Estável? Há anotação de situações ocorrentes em que casais jovens, em namoro ou noivado, resolvem compartilhar o confinamento, passando a morar juntos, esse novo relacionamento poderia ser uma união estável?

Da leitura dos arts. 226, §3º da Constituição e Art. 1.723 do CC/02, não há um conceito preciso de união estável, mas, tão somente, a apresentação de suas características, o que substancia uma verdadeira cláusula geral de sua constituição.

Segundo Paulo Lôbo e Rodrigo da Cunha Pereira, a União Estável é um ato fato, significa dizer que, embora a vontade seja na sua essência, o direito a desconsidera e atribui juridicidade ao resultado dessa vontade. Eis que a convivência pública contínua e duradoura são situações fáticas e objetivas; portanto, se houver divergência entre a vontade das partes e os suportes fáticos, estes irão se sobrepor àquela (LÔBO, *online*).

Considerando a união estável como um ato jurídico em sentido estrito, tem-se uma situação baseada na vontade das partes, cuja intenção de constituir família será seu elemento subjetivo e determinante para o ato. A linha é tão tênue entre o namoro qualificado e a união estável, que é possível observa certa contradição entre os institutos.

Com a palavra o doutrinador Jones Figueiredo:

(i) Julgamento do Superior Tribunal de Justiça, envolveu profunda análise da figura jurídica do ‘namoro qualificado’, no efeito de sua necessária distinção em face da união estável. (STJ – 3ª Turma, REsp nº 1.454.643-RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, j. 10/03/2015). Afirmou-se que nesta última hipótese, o propósito de constituir família, alçado pela lei de regência como requisito essencial não consubstancia mera proclamação, para o futuro, apresentando-se mais abrangente, por se afigurar presente durante toda a convivência, “a partir do efetivo compartilhamento de vidas, com irrestrito apoio moral e material entre os companheiros”. É dizer: a família deve, de fato, restar constituída. A Corte de Justiça entendeu que o comportamento de namorados não hesitarem em morar juntos revela-se usual nos tempos atuais, “impondo-se ao Direito, longe das críticas e

dos estigmas, adequar-se à realidade social” (FIGUEIREDO, *online*, p. 189).

Isso porque segundo posicionamento de Paulo Lôbo o *animus familiae* é um elemento objetivo e não subjetivo da união estável. Assim, ainda que expressamente os companheiros ou conviventes declarem em algum ato jurídico que não desejam constituir família, a natureza desta será apurada objetivamente pelo juiz, ante as circunstâncias fáticas (LÔBO, *online*). Logo, caso se adotasse esse entendimento perante os tribunais poderia servir como mais uma justificativa para a configuração da união estável, em virtude dos impactos do isolamento social, quando da decisão das partes de conviverem *full time*. Em sede jurisprudencial, adota-se o critério da teoria da primazia da realidade, uma vez que é mais importante o *tractatus* e o *reputatio* entre as partes do que a existência de contratos escritos. Apesar disso, a coabitação não é elemento indispensável à caracterização da união estável como constata na Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal (STF), a saber: “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

Poder-se-á, então, por analogia, inferir que a coabitação do casal de namorados-noivos em tempos pandêmicos, por si só, não reflete o arranjo familiar da união estável, se não estiver aliado, cumulativamente aos outros elementos caracterizadores dessa entidade familiar, a saber: convivência pública, contínua e duradoura com o objetivo de constituir família.

Percebe-se que a construção de precedentes neste período pandêmico poderia gerar a reafirmação de antigos precedentes para circunstâncias de excepcionalidade, a exemplo do configurado em entendimento sumulado pelo STF. Assim, a coabitação forçada pelo isolamento social, por si só, não seria caracterizadora da comunhão de vida – elemento indispensável para a constituição de uma união estável.

Nesse sentido, a integridade da jurisprudência tem relação com a unidade do direito, baseando a criação do precedente na interpretação histórica substancial dos casos passados, exemplificada por meio da metáfora do romance em cadeia (*chain novel*), no qual cada juiz constrói um capítulo em sequência (DWORKIN, 2003, p. 274).

Por essa razão, que a construção limitada temporalmente de um precedente em razão da excepcionalidade da circunstância fática nem sempre vai romper com os precedentes anteriores, pois em algumas situações, a exemplo da listada acima, haverá reafirmações de antigos precedentes sempre à luz de uma integridade e construção em cadeia da corte superior.

4.4.4 Os métodos de modificação do precedente são suficientes para períodos de anormalidades?

Diante do exposto nos capítulos anteriores, percebe-se que o que se efetivamente vincula no precedente é a *ratio decidendi*. Essa que, em síntese, pode ser nomeada como a proposição de direito necessária para a decisão. O que levaria o julgador a fazer o seguinte exercício: a) ele examinaria o caso, considerando os fatos, bem como a qualificação jurídica do direito invocado pelas partes; b) a partir disso, verificaria a existência de semelhanças relevantes entre o caso que deve ser decidido e os precedentes existentes sobre o tema, tanto aqueles invocados pelas partes, quando os que já são de seu conhecimento; c) o juiz extrai a *ratio decidendi* do precedente e, posteriormente, decide se aplica ou não aplica-o, sempre de forma detalhadamente fundamentada. Nesse terceiro passo, então, que decidirá se há a possibilidade de utilização de técnicas de distinção ou de superação do precedente.

Ocorre que a distinção, ou técnica do *distinguishing*, é utilizada para se apontar fatos do caso precedente são, em alguma medida, diferente dos fatos do caso em julgamento, de tal modo que as razões fundamentais do precedente não deverão ser aplicadas ao caso em julgamento, realizando-se uma exceção que permite que o julgador se furte da aplicação do precedente.

Teresa Arruda Wambier explica:

Em suma, verifica-se que o precedente seria aplicável para solucionar o caso; todavia, a existência de alguma peculiaridade existente no caso em julgamento que não existia no caso-precedente autoriza que o julgador excepcione a aplicação do precedente, que permanecerá válido, mas terá seu sentido reduzido para se adaptar ao caso concreto (WAMBIER, 2011, p. 73).

Evidentemente, que em situações de excepcionalidade, visto anteriormente referente a coabitação forçada pelo isolamento, nem sempre haverá uma não aplicação do precedente em virtude da mudança do contexto fático, mas sim uma reafirmação do precedente anteriormente construído pela jurisprudência. Apesar das circunstâncias fáticas serem distintas, elas podem levar a mesma conclusão na aplicação da *ratio*.

Por essa razão, que em períodos de anormalidade, como o da pandemia da COVID-19, torna-se insuficiente o raciocínio oposto da aplicação por analogia, isto é, do *distinguishing*. Uma vez que no caso mencionado exemplificativamente não haveria como aplicar a distinção, pois apesar da distinção fática ser evidente entre o caso do precedente e o em apreço, a conclusão jurídica certamente teria sido a mesma.

Algum leitor mais apressado poderia elencar que no período de pandemia da COVID-19 haveria a aplicação da técnica do *overruling*. Conforme já visto em capítulos anteriores, a mencionada técnica consiste em uma resposta judicial ao desgaste do precedente frente ao tempo e as circunstanciais sociais. Ocorre que, em situações emergenciais, não houve um desgaste social perpétuo, mas sim temporário, o que de pronto já rechaçaria a ideia da aplicação do mencionado instituto.

Eis a explicação do professor Daniel Mitidieiro sobre o tema:

A técnica do *overruling* é um instrumento que permite uma resposta judicial ao desgaste da dupla coerência do precedente. Essa dupla coerência consiste em: (i) congruência social e (ii) consistência sistêmica. Assim, quando o precedente carecer de dupla coerência, ele estará violando os princípios básicos que sustentam a regra do *stare decisis* – a segurança jurídica e igualdade – deixando de autorizar a sua replicabilidade. Nesse cenário, o precedente deverá ser superado. Ao teste da dupla coerência dá-se o nome de norma básica para superação de precedente (MITIDIEIRO, 2012, p. 61-78)

No caso da impossibilidade de prisão civil do devedor de pensão alimentícia, essa foi temporariamente realizada, por meio de recomendações não obrigatórias, portanto, não haveria uma superação (*overruling*) em razão da determinação não haver mais coerência com o ordenamento jurídico, mas sim que temporariamente ela não seria recomendável. Em virtude disso, entende-se que também não haveria a aplicação de uma superação de entendimento, mas

uma cessação da eficácia temporária da norma ou, no caso do precedente, da *ratio*.

Por isso, surge a necessidade de haver, em períodos de anormalidade, o surgimento de precedentes obrigatórios e de força cogente que possam regular as situações decorrentes do período de anormalidade, mas que cessariam os seus efeitos posteriormente.

4.4.5 É possível a aplicação de um precedente construído em período de anormalidade da covid-19 em futuras outras pandemias?

O positivismo jurídico tentou limitar as fontes formais do Direito à legislação, como se o direito fosse reduzido ao aspecto do direito positivo. Em uma clara identificação do que Bobbio chamou de monopolização da produção jurídica por parte do Estado (BOBBIO, 1995, p. 26-27).

Viu-se ao longo do segundo capítulo, que essa percepção provou mudanças na atividade judicante do julgador, que deixa de aplicar apenas as normas emanadas do Estado para resolver os litígios de forma isonômica e equânime. A jurisprudência, que dantes era vista como fonte auxiliar ou subsidiária, às vezes, relegada a um segundo plano, ganha proeminência quando da influência da *common law* por meio dos precedentes.

O precedente judicial, *rectius*, a *ratio decidendi*, não se confunde nem com o dispositivo e nem com a fundamentação da decisão judicial, mas é extraída, delimitada, a partir dos elementos da decisão: relatório, fundamentação e dispositivo.

Verificou-se no terceiro capítulo que a *ratio decidendi*, que são as razões de decidir, afirmadas pelos tribunais superiores, são necessárias ou suficientes para se alcançar a decisão final, o julgamento. O julgador observando que o período de anormalidade é temporário, em virtude da Covid-19, saberá que a sua decisão não afeta apenas as partes envolvidas no caso concreto, mas estabelecerá “pautas de conduta para a sociedade”, gerando efeitos naquele momento excepcional e para o futuro. Não há nenhuma limitação legislativa ou

mesmo histórico-conceitual do instituto, que afirme não poder o precedente ter limitação temporária, inclusive circunstancial.

Isso porque admitir a possibilidade de uma limitação eficaz do precedente em virtude do tempo e da circunstância excepcional corrobora com os princípios e diretrizes dos deveres de coerência, integridade e estabilidade do sistema jurídico brasileiro. Uma vez que se garante que outros casos durante o período de excepcionalidade tenham o tratamento de forma semelhante (*treat like cases alike*), efetivando-se o princípio da igualdade de todos perante a lei como corolário do Estado Democrático de Direito.

Para além da possibilidade de uma limitação temporal/circunstancial do precedente, o que este trabalho verificou que se trata como possível. Existe uma problemática consistente em saber até onde vai a regra excepcional, isto é, qual seu tamanho, abertura, extensão, amplitude.

Existem basicamente, dois métodos para identificação da *ratio decidendi* do precedente, são eles: o fático-concreto e o abstrato-normativo.

No método fático-concreto, como a própria terminologia sugere, o critério para identificar a *ratio decidendi* de um julgado precedente são os fatos tidos por relevantes pelo julgador deste caso concreto anterior. O termo fundamental é definir quais fatos foram considerados importantes (fatos materiais) para o deslinde da causa precedente e quais não foram (fatos imateriais). A partir disso, em todos os casos posteriormente em que tais fatos estejam presentes, então a solução jurídica terá de ser a mesma, estejam ou não presentes também os fatos laterais, tidos por irrelevantes ou indiferentes pela corte. A *ratio decidendi*, neste modelo, é estabelecida com base em dados concretos.

O procedimento a ser realizado pelo julgador é o seguinte: primeiramente, o juiz do caso analisará todos os fatos submetidos ao caso precedente, verificará quais foram tidos por materiais e quais foram considerados imateriais. Em seguida, verificará a correspondência disso no próprio caso que presentemente tem de julgar e, a partir do resultado deste cotejo, verificará se está ou não submetido à *ratio decidendi* do julgado precedente (GOODHART, 1930, p. 173-174). Por sua vez, o método abstrato-normativo é mais amplo. A *ratio decidendi* não é extraída exclusivamente dos fatos, mas sim de uma solução jurídica dada

pela corte, em virtude dos fundamentos fáticos e jurídicos, os quais levaram a uma certa solução e de sua habilidade de ser repetida em casos parecidos, ainda que não faticamente iguais, mas desde que semelhantes. Há uma similaridade gigantesca com a aplicação legislativa, visto que se busca do precedente uma regra geral e abstrata nele existente e estabelecida a partir do caso originalmente julgado. Trata-se de retirar do precedente uma regra. Construída a partir de um caso concreto, é bem verdade, mas ainda assim uma regra, com maior ou menor grau de abstração a depender do que tiver sido a decisão da corte.

Para que o método abstrato-normativo funcione de uma maneira mais fluida, é preciso que o tribunal, ao perceber que está diante de um caso no qual poderá ser fixado uma *ratio decidendi* de cumprimento obrigatório por outras cortes, já profira a decisão do respectivo caso concreto fixando balizas mais nítidas e objetivas (GOODHART, 1930, p. 180-182).

Em virtude do aludido, se o intérprete adotar o método fático-concreto de identificação do precedente, muito mais apegado às particularidades de ordem fática, não se pode falar propriamente na criação de uma regra geral e abstrata mais sim na repetição de soluções jurídicas quando hipóteses fáticas se repetem. Por conta disso, refere à abertura, amplitude ou generalidade da *ratio decidendi* é menor, porque a *ratio decidendi* é de ordem quase que exclusivamente objetiva, ligada concretamente aos fatos. Por isso, se o critério de identificação for esse, provavelmente, a limitação temporal será restrita a excepcionalidade que motivou a criação, dito de outra forma, se o precedente circunstancialmente ou temporariamente limitado for oriundo de uma pandemia com isolamento social da Covid-19, se acaso houver outra circunstância de excepcionalidade futuramente, não haveria identificação fática para que os precedentes na primeira excepcionalidade criados pudessem ser aplicados para a segunda.

Contudo, a adoção do método abstrato-normativo, por sua vez, surge como técnica para identificar a *ratio decidendi* de um caso, isto é, a porção vinculante do precedente, implica o reconhecimento da existência, no precedente, de uma regra geral e abstrata que se desprende do caso concreto em que foi estabelecida e passa a vincular casos futuros. Logo, adotando-se esse método de identificação, seria possível que na mesma situação acima

descrita o precedente pudesse ser aplicado em outras situações excepcionais futuras desde que dentro da mesma construção de balizamento factual que ensejou a aplicação. Dito de uma melhor forma, por exemplo, se houver no futuro alguma pandemia ou até endemia que eventualmente cause alguma restrição de contato ou uma alta possibilidade de disseminação entre a população carcerária, então um precedente fixado durante a pandemia da covid-19 que vedou o encarceramento do devedor de pensão alimentícia, poderá ser novamente invocado como vinculante em razão da identidade factual das situações.

4.4.6 Modulação dos efeitos e limitação temporal do precedente judicial

A modulação dos efeitos foi prevista no artigo 27 da Lei nº 9.868/1999 e para o controle concentrado de constitucionalidade (ou seja, em ADIs, ADCs e ADPFs):

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.

Portanto, os requisitos para a modulação (para restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo) eram: i) *quórum* qualificado; e ii) constatação de “razões de segurança jurídica” ou “excepcional interesse social”.

O Código de Processo Civil (CPC) também tratou do tema, em seu art. 927:

§3. Na hipótese de alteração de 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.

Bem se vê que os requisitos para essa hipótese são um pouco distintos. Não há exigência de quórum qualificado, basta o interesse social (sem precisar se qualificado como excepcional), mas desde que presente a alteração da jurisprudência dominante. Logo, antes da decisão do STF, que leve à modulação, deve existir uma jurisprudência dominante, com a nova decisão em sentido oposto.

Depreende-se que nenhuma das duas situações adequadamente resolveria a questão de surgimento de um precedente durante o período de excepcionalidade. A primeira situação de modulação dos efeitos aplica-se apenas aos casos de julgamento da inconstitucionalidade em ações de cunho abstrato, o que limitaria a aplicabilidade a circunstâncias de excepcionalidade em que por vezes o legislador positivo e estrito não consegue acompanhar a celeridade do período com a criação de normas jurídicas.

No caso da previsão constante no art. 927 do CPC, para que ocorresse a modulação, então precisaria de uma jurisprudência dominante e uma nova decisão em sentido oposto. Consequentemente, trazendo como exemplo a situação de construção de um precedente novo, quando do requisito de coabitação forçada em virtude da pandemia e a constituição de união estável, não houve jurisprudência dominante anterior sobre a temática em virtude da inovação do período de excepcionalidade, consequentemente inviabilizaria a utilização da modulação dos efeitos.

Soma-se a isso que a modulação dos efeitos servirá para uma jurisprudência dominante que seja contrária a uma anterior, entretanto, a circunstância de excepcionalidade não perdurará por muito tempo, haja vista que terá uma limitação temporal determinada, logo com a cessação das circunstâncias excepcionais, seria necessário a edição de outro precedente para indicar que as circunstâncias terminaram e haver uma nova modulação. Entretanto, o que o presente trabalho propõe é que os efeitos do precedente limitado temporalmente cessem a partir do momento de cessação da circunstância de excepcionalidade automaticamente, o que prescindiria a edição de novos precedentes ou novas modulações após a cessação da circunstância de excepcionalidade.

O uso da modulação de efeitos torna-se interessante quando a corte escolhe o momento a partir da qual a decisão pela inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, conforme o art. 27 da Lei nº 9.868/99, gera efeitos. Mas não indica quando eles cessarão de forma automática, pois se pressupõe que os efeitos irão se prostrar por um longo período de tempo. O que não se justifica em uma circunstância de excepcionalidade, a exemplo da Covid-19, que teve início e fim temporalmente determinados.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como tema de pesquisa a eficácia dos precedentes, uma pesquisa em metodologia dedutiva, através de revisão bibliográfica, tendo como objeto o problema sobre a possibilidade de uma limitação temporal determinada ou circunstancial do precedente judicial

A pandemia da COVID-19 causou impactos significativos para todas as áreas do direito brasileiro, em especial, a que descreve este trabalho: a do processo civil. É a primeira pandemia mundial significava, a qual o Código de Processo Civil e seus institutos têm que lidar para a aplicação do Direito de modo equânime e equilibrado. Essa modificação econômico-social ocasionou conflitos e novas decisões acerca das diversas temáticas, a respeito de suspensão de despejos, prisões civis dos devedores de pensão alimentícias, coabitações forçadas em decorrência do isolamento social e descontos de mensalidades escolares e faculdades.

Os precedentes podem ser classificados como uma decisão judicial tomada à luz do caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para julgamento posterior. No século XIX, principalmente, nos países de língua inglesa, conforme se verificou no início do trabalho, a tradição dessa ferramenta jurídica se iniciou. Neles, havia uma discussão se o precedente seria uma mera evidência do direito em oposição às fontes legislativas e ordinárias do direito. Apesar disso, a corrente doutrinária, a qual considerou o instituto mencionado como fonte do direito sagrou-se vencedora e hegemônica, inclusive nos países tradicionalmente regidos pela *civil law*, a exemplo do Brasil.

Em cada caso submetido a julgamento, o julgador deverá fazer uma pesquisa anterior com a finalidade de verificar um pronunciamento judicial sobre a temática e, constatada a existência, realiza-se um processo de decomposição do precedente. Esse procedimento tem por escopo de separar a essência da tese jurídica ou razão de decidir (*ratio decidendi*) das considerações chamadas como periféricas (*obiter dicta*), visto que é apenas o núcleo determinante dos precedentes que vincula o julgamento dos processos posteriores.

Ocorre que é tarefa impossível para o legislador, a de prever todas as particularidades dos direitos merecedores de tutela, principalmente, em virtude de períodos excepcionais como o acima mencionado, contudo apesar dessa lição os tribunais e alguns juízes nesse período de excepcionalidade proferiram decisões contraditórias e outras fundadas em recomendações sem a devida força vinculativa.

O precedente judicial formado durante esse período de anormalidade e específico para ele resultaria na estabilidade, coerência e integridade do ordenamento jurídico insculpida no art. 926 do CPC. De tal sorte que diante da força criativa, não haveria qualquer impedimento que os precedentes fossem construídos e vinculados especificamente às circunstâncias fáticas excepcionais.

Percebe-se que a aplicação tão somente de um *distinguishing* ou *overruling* não seria suficiente para amparar o quantitativo de situações que se apresentaram na pandemia da Covid-19 em que foram trazidas exemplificativamente três situações para demonstrar tal insuficiência. Isso porque, por vezes, não há uma distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, a exemplo do caso de coabitação forçada em decorrência de isolamento social, por si só, não caracterizaria união estável em virtude da aplicação correta do entendimento sumulado pelo STF. Há uma situação de excepcionalidade, mas houve a contínua aplicação da mencionada tese jurídica. Também não haveria como se aplicar o *overruling*, tendo em vista, que a superação de um precedente ocorrerá de modo *temporário*, isto é, no caso verificado nos capítulos anteriores, apresentou-se uma retirada de eficácia normativa temporária da prisão civil do devedor de alimentos, mas tão logo houve a recuperação da imunização da população, tal eficácia normativa retornou com a devida possibilidade. Assim, não há a superação perpétua do paradigma, mas sim uma superação *temporária*. Logo, seria mais efetiva a criação de uma categoria de precedentes limitadas ao tempo e as circunstâncias do evento de modo certo/determinado. Por essa razão, tão logo houvesse a suspensão do período de excepcionalidade, então haveria a cessação dos efeitos e eficácias do precedente construído nesse período.

No que concerne a possibilidade desse precedente ter uma ultra-atividade em razão de outros períodos de anormalidade similares ao anterior, é possível desde que com base na metodologia de identificação do precedente *abstrato-normativo*.

No método fático-concreto, como a própria terminologia sugere, o critério para identificar a *ratio decidendi* de um julgado precedente são os fatos tidos por relevantes pelo julgador deste caso concreto anterior. O termo fundamental é definir quais fatos foram considerados importantes (fatos materiais) para o deslinde da causa precedente e quais não foram (fatos imateriais). A partir disso, em todos os casos posteriormente em que tais fatos estejam presentes, então a solução jurídica terá de ser a mesma, estejam ou não presentes também os fatos laterais, tidos por irrelevantes ou indiferentes pela corte. A *ratio decidendi*, neste modelo, é estabelecida com base em dados concretos.

O procedimento a ser realizado pelo julgador é o seguinte: primeiramente, o juiz do caso analisará todos os fatos submetidos ao caso precedente, verificará quais foram tidos por materiais e quais foram considerados imateriais. Em seguida, verificará a correspondência disso no próprio caso que presentemente tem de julgar e, a partir do resultado deste cotejo, verificará se está ou não submetido à *ratio decidendi* do julgado precedente. Por sua vez, o método abstrato-normativo é mais amplo. A *ratio decidendi* não é extraída exclusivamente dos fatos, mas sim de uma solução jurídica dada pela corte, em virtude dos fundamentos fáticos e jurídicos, os quais levaram a uma certa solução e de sua habilidade de ser repetida em casos parecidos, ainda que não faticamente iguais, mas desde que semelhantes. Há uma similaridade gigantesca com a aplicação legislativa, visto que se busca do precedente uma regra geral e abstrata nele existente e estabelecida a partir do caso originalmente julgado. Trata-se de retirar do precedente uma regra. Construída a partir de um caso concreto, é bem verdade, mas ainda assim uma regra, com maior ou menor grau de abstração a depender do que tiver sido a decisão da corte.

Para que o método abstrato-normativo funcione de uma maneira mais fluida, é preciso que o tribunal, ao perceber que está diante de um caso no qual poderá ser fixado uma *ratio decidendi* de cumprimento obrigatório por outras

cortes, já profira a decisão do respectivo caso concreto fixando balizas mais nítidas e objetivas.

Em virtude do aludido, se o intérprete adotar o método fático-concreto de identificação do precedente, muito mais apegado às particularidades de ordem fática, não se pode falar propriamente na criação de uma regra geral e abstrata mais sim na repetição de soluções jurídicas quando hipóteses fáticas se repetem. Por conta disso, refere à abertura, amplitude ou generalidade da *ratio decidendi* é menor, porque a *ratio decidendi* é de ordem quase que exclusivamente objetiva, ligada concretamente aos fatos. Por isso, se o critério de identificação for esse, provavelmente, a limitação temporal será restrita a excepcionalidade que motivou a criação, dito de outra forma, se o precedente circunstancialmente ou temporariamente limitado for oriundo de uma pandemia com isolamento social da Covid-19, se acaso houver outra circunstância de excepcionalidade futuramente, não haveria identificação fática para que os precedentes na primeira excepcionalidade criados pudessem ser aplicados para a segunda.

REFERÊNCIAS

AGUILÓ REGLA, Josep. **Teoría General de las Fuentes del Derechoy del orden jurídico**. Barcelona: Ariel, 2000.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Memória jurisprudencial: ministro Victor Nunes**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006.

ALVIM, Teresa Arruda. **Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

_____. **Cada caso comporta uma única decisão?** In: Direito jurisprudencial. São Paulo: RT, 2015.

_____. **Controle das decisões judiciais por meio de recurso de restrito direito e de ação rescisória: recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?** São Paulo: RT, 2001.

_____. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. Revista de Processo. 2009 – Repró 172, Ano 34, Jun 2009.

_____. **Sentença no processo civil: as diversas formas de terminação do processo em primeiro grau**. São Paulo: RT, 1995.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito: introdução e teoria geral**. Coimbra: Refundida, 2005.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 17, pp. 19, 2009.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Súmula, jurisprudência e precedente: uma escalada e seus riscos**, in temas de direito processual, nona série, 2007, p. 299-313.

BERMAN, Harold Joseph. O fundamento histórico do direito americano. In: BERMAN, Harold Joseph. **Aspectos do direito americano**. Rio de Janeiro: 1963.

BIANCO, Giulia. **Análise das manifestações e votos de julgamento da ADI 6363 pelo STF**. Disponível em:

<<https://giulianbianco.jusbrasil.com.br/artigos/893135913/analise-das-manifestacoes-e-votos-de-julgamento-da-adi-6363-pelo-stf>>. Acesso em: 22. Fev. 2023.

BOBBIO, Norberto. **Teoría General del Derecho**. Bogotá: Temis, 1987.

_____. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BOSI, Alfredo. **Ideologia e contraideologia**: temas e variações. Companhia das letras, 2010.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

BRAGATO, Fernanda Frizzo; COLARES, Virginia. Índícios de descolonialidade na Análise Crítica do Discurso na ADPF n] 186/DF. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 13, n. 3, set-dez, 2017, p. 949-980, ISSN 2317-6172. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201737>. Acesso em: 19. Maio. 2019.

BRASIL. CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 91, de 15 de março de 2021**. Recomenda aos tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas adicionais à propagação da infecção pelo novo Coronavírus e suas variantes – Covid-19, no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Brasília, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3785>. Acesso em: 20 mar. 2021.

_____. STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Vedação à prisão do devedor de alimentos no DF autoriza penhora de bens sem mudança de rito**. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/03082021->

[Vedacao-a-prisao-do-devedor-de-alimentos-no-DF-autoriza-penhora-de-bens-sem-mudanca-de-rito.aspx](#)>. Acesso em: 29 dez. 2022.

_____. STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Melhora do cenário da pandemia permite retomada do regime fechado na prisão por dívida alimentícia**. Disponível em:

<<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/20122021-Melhora-do-cenario-da-pandemia-permite-retomada-do-regime-fechado-na-prisao-por-divida-alimenticia.aspx>>. Acesso em: 29 dez. 2022.

_____. BRASIL. Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020. **Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19)**. Brasília, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm. Acesso em: 18 dez. 2020.

_____. STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos a divergência do recurso especial cível nº 738.689 (2006/0043241-3)**. Embargante: Dalmaci Curtume Ltda. Embargada: Fazenda Nacional. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília. Dj: 22/10/2007. Lex: precedente do STJ. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br>>. Acesso em: 29 dez. 2022.

_____. STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial cível nº 1.721.716-PR (2017/0243200-5)**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201702432005>. Acesso em: 31 maio. 2020.

BLACKSTONE *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Súmula da Jurisprudência dominante, superação e modulação de efeitos no Novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo, vol. 264, 2017, p. 281-320.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo – direitos fundamentais políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009.

- _____. **Jurisdição no processo civil: compreensão crítica.** Curitiba: Juruá, 2002.
- _____. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo.** São Paulo: Almedina, 2016.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** Coimbra: Almedina, 2017.
- CARPIO MARCOS, Edgar; GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. **Estudios al precedente constitucional.** Peru: Palestra Editorial, 2004.
- CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil I.** Coimbra: Almedina, 2012.
- CORETH, Emerich. **Questões fundamentais de hermenêutica.** São Paulo: Ed. USP, 1973.
- CROSS, Rupert. **Precedent in English Law.** Oxford: Clarendon Press, 1991.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito.** São Paulo: RT, 2004.
- COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho processual civil.** Buenos Aires: Depalma, 1990.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes.** 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DANTAS, David Diniz. **Interpretação constitucional no pós positivismo.** 2. Ed. São Paulo: Madras, 2005.
- DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2011.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Súmulas vinculantes. In: _____. **Fundamentos do processo civil moderno.** São Paulo: Malheiros, 2010, p. 213-244.

- _____. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Ed. RT, 1995.
- DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Edições Almedina, 2012.
- _____. **Levando os direitos a sério**. Tradução por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- ERHARDT, Ana Carolina Cavalcanti. **Direito à moradia dos ocupantes de áreas públicas**: análise crítica do discurso do STJ. Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica de Pernambuco. Pró-reitoria Acadêmica. Coordenação Geral de Pós-graduação. Mestrado em direito, 2014.
- FIGUEIREDO, Jônes. **Confinamento como locus de (des)uniões em novos arranjos**. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Impactos-da-pandemia-covid-19-no-direito-de-familia.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2022.
- FILHO, Ruy Alves Henriques. **Identificação dos precedentes judiciais**. Londrina: Thoth Editora, 2021.
- FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009.
- FREDA, Dolores. **Uma dispotica creazione**: il precedente vincolante nella cultura giuridica inglesa dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Comentários à Lei da Pandemia (Lei 14.010/2020)**. Jusbrasil, 12 de junho de 2020. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/859582362/comentarios-a-lei-da-pandemia-lei-14010-2020>>; Acesso em 08 jan. 2021.

GONÇALVES, Adalgisa de Oliveira; REMENCHE, Maria de Lourdes Rossi. **Interdisciplinaridade, subjetividade e senso comum**: para uma ampliação dos horizontes metodológicos. Disponível em: <https://slidex.tips/download/interdisciplinaridade-subjetividade-e-senso-comum-para-uma-ampliao-dos-horizont>. Acesso em: 07 mar. 2019.

GOODHART, Arthur Lehman. **Determining the ratio decidendi of a case**. Yale Law Journal. New Haven, v. XL, n. 2, p. 161-183, dez. 1930.

GOODRICH, Peter. **Legal discourse**. New York: St. Martin's Press, 1987.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de; PEREIRA; PEREIRA, Mateus Costa; ALVES, Pedro Spíndola Bezerra. **Fundamentação adequada**: da impossibilidade de projetar a sombra de nossos óculos sobre paisagens antigas e de acorrentar novas paisagens em sombras passadas. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 24, n. 95, p. 175-201, jul./set., 2016.

HABERMANS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2010, v. I.2.

HART, L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HOLMES, Suprema Cortes dos Estados Unidos, Kuhn vs. Fairmont Coal Co., 1910 *apud* PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

ITURRALDE, Victoria. **Las decisiones judiciales como fuente del derecho em los sistemas del civil law**: el caso Español. Espanha: Anuario de Filosofia del Derecho, 1995.

JANTSCH, Erich. Towards interdisciplinarity and transdisciplinarity in education and innovation. In: **problems of teching and research in universities**. Washington: American Educational Research Association, 1972.

JÚNIOR, Fredie Didier; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, teoria do

precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 2. V. 10. Ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas de padronização decisória. **Revista de processo** 2010. Repró 189, p. 170-203.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do estado**. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1945.

KLEIN, T. Julie. **Interdisciplinarity: history, theory and practice**. Detroit: Wayne State University Press, 1990.

KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. **Desvendando os segredos do texto**. São Paulo: Cortez, 2009.

KOSELLECK, Reinhart. **Futures past: on the semantics of historical time**. Cambridge: The MIT Press, 1985.

KOZICKI, Kátia. **Herbert Hart e o positivismo jurídico: textura aberta do direito e discricionariedade judicial**. Curitiba: Juruá, 2014.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 4. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LAURENT, F. **Principles e droit civil français**. 3. Ed. Paris: LGDJ, 1977.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 13. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Reclamação constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**, vol. 1: teoria geral do direito civil. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LIXA, Ivone F. M; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. **Direito e hermenêutica: elementos para uma revisão crítica descolonizadora**. Blumenau: Edifurb, 2016.

LÔBO, Paulo. **A concepção da união estável como ato-fato jurídico e suas repercussões processuais**. Disponível em:

<<<http://www.ibdfam.org.br/artigos/953/A+concep%C3%A7%C3%A3o+da+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel+como+atofato+jur%C3%ADdico+e+suas+repercuss%C3%B5es+processua>>>. Acesso em: 17.12.2022

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. **El derecho de los jueces**. Bogotá: Legis, 2006.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extraeuropeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUHMAN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Niklas Luhmann. Versão 5.0, de 13/01/2003. Formatação Eletrônica: João P. F. D. De Vargas e Marjorie C. Marona. Texto eletrônico fornecido pela Prof. Dra. Juliana Neuenschwander de Magalhães. 2003 (Arquivo disponível na internet em www.4shared.com).

MACCORMICK, Neil. **The significance of precedente**. Chicago: Acta Jurídica, 1998.

MANCUSO, Rodolfo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: RT, 1998.

_____. **Acesso à justiça – condicionante legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. In: MEDINA, José Miguel Garcia *et al.* **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Ed. RT, 2008.

_____. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Ed. RT, 2010.

_____. **Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**.

Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/17031/11238>>.

Acesso em 22.05.2019.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**. São Paulo: RT, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Flávio Porpino Cabral de. **O procedimento de pré-mediação institucional do poder judiciário de Pernambuco**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica de Pernambuco. Pró-reitoria Acadêmica. Coordenação Geral de Pós-graduação. Mestrado em direito, 2011.

MÉSZÁROS, István. **O poder da ideologia**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de processo**. Vol. 2006, p. 61-78. São Paulo: Ed. RT, 2012.

_____. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, A. Catanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

NEVES, Marcelo. **Entre hidras e héracles**: princípios e regras constitucionais com diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

NINO, Carlos Santiago. **Introducción al Análisis del Derecho**. Buenos Aires: Astrea, 2003.

NISSANI, Moti. Fruits, Salads, and Smoothies: A Working Definition of Interdisciplinarity. **Journal of Educational Thought/Revue de la Pensee Educative**, v29 n2 p121-28 Aug, 1995.

ODAHARA, Bruno Periolo. **Um rápido olhar sobre o stare decisis**. In: A força dos precedentes: estudo dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Salvador: Podium, 2010.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Barcelona: Doxa, n. 14, 193, p. 169-194. Disponível: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10681/1/doxa14_10.pdf>. Acesso em: 29. Ago. 2019.

PAIGE, Henri de. **A propus du gouvernement des juges**. Paris: Libr. Du Recueil Sirey, 1931.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana**: do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Ed. UNB/FINATEC, 2011.

PEIXOTO, Ravi. **A modulação da eficácia temporal na revogação de precedentes: uma análise a partir da segurança jurídica e da confiança legítima**. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/17050/1/Ravi%20Peixoto%20-%20A%20MODULA%c3%87%c3%83O%20DA%20EFIC%c3%81CIA%20TEMPORAL%20NA%20REVOGA%c3%87%c3%83O%20DE%20PRECEDENTES.pdf>>. Acesso em: 01. Dez. 2022.

PERELMAN, Chain. **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

POSNER, Richard. A. **Cómo deciden los jueces**. Madrid: Marcial Pons, 2001.

RACHE, Beatriz *et al* (2020). **Necessidades de infraestrutura do SUS em Preparo ao COVID-19: Leitos de UTI, Respiradores e Ocupação Hospitalar**. Nota Técnica n. 3. IEPS: São Paulo. Disponível em: <<https://www.epsjv.fiocruz.br/sites/default/files/NT3%20vFinal.pdf>>. Acesso em 28 Jul. 2020.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

RENÉ DAVID. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROSSI, Júlio César. **Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC**. São Paulo: Atlas, 2015.

SABINO, Marco Antônio da Costa. **O precedente jurisprudencial vinculante e sua força no Brasil**. Revista Dialética de Direito Processual, n. 85, p. 54.

SANTOS, Ângela Maria Torres. **A retextualização na construção do discurso jurídico acadêmico**. Dissertação (mestrado) – Universidade Católica de Pernambuco. Pró-reitoria Acadêmica. Coordenação Geral da Pós-graduação. Mestrado em Ciências da Linguagem, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e político na pós-modernidade**. Porto: Afrontamento, 1994.

SARLET, Ingo W. **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e com o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SCALIA, Antonin. **A matter of interpretation: Federal Courts and the Law**. Princeton University Press: New Jersey, 1997.

SCHAUER, Frederick. **Precedent**. Em: <<
<http://ssrn.com/abstract=1836384>>>. Acesso em: 28.mar.2022.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil: contemporâneo**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **Princípio constitucional da igualdade**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SILVA, José Anchieta da. **A súmula do efeito vinculante amplo no direito brasileiro: um problema e não uma solução**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer?": o papel do ministro relator na deliberação no supremo tribunal federal. **Revista Estudos Institucionais**. Disponível em: <<https://goo.gl/bdafZD>>. Acesso em: 22. Fev. 2023.

SLAPPER, Gary; KELLY, David. **O sistema jurídico inglês**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2011.

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

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, p. 159-175; 245-250.

_____. **Crítica Hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

SUNFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do direito público**. São Paulo: Malheiros, 2015

TALAMINI, Eduardo. **O que são os “precedentes vinculantes” no CPC/15**. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/87547/2016_talamini_eduardo_precedentes_vinculantes.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 22.05.2019.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

_____. **Processo civil comparado**: ensaios. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

_____. As funções das cortes supremas. Aspectos gerais. **Processo civil comparado**: ensaios. Trad. De Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

_____. **Precedente e jurisprudência**. Revista de processo. Ano 36. Volume 199, setembro/2011, p. 139-155.

TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo código civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

THOMPSON, John B. **Ideologia e cultura moderna**: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa. Petrópolis: Vozes, 1995.

THULER, Luiz Claudio Santos; MELO, Andreia Cristina de. **Sars-CoV-2/covid019 em pacientes com câncer**. Revista Brasileira de Cancerologia, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://rbc.inca.gov.br/revista/index.php/revista/article/view/970/586>. Acesso em: 21 jul. 2020.

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

_____. **Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial**. In ALVIM, Teresa Arruda (Coord). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Ed RT, 2012.

TUNC, André; TUNC, Suzanne. **El derecho de los Estados Unidos de América**: instituciones judiciales, fuentes y técnicas. México: Imprenta Universitaria, 1957.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas**. 2. Ed. 4. Reimp. São Paulo: Atlas, 2008.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza. **Precedentes**: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. São Paulo: Ed. RT, 2011, vol. 9.

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua linguagem**. Porto Alegre: SAFE, 1984.

_____. **Introdução geral ao direito II**. Porto Alegre: SAFE, 1995.

ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016.