

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Fábio Gabriel Breitenbach

**A FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES NO CPC/2015:
contributo para a racionalidade nas decisões judiciais**

Recife, PE

2016

Fábio Gabriel Breitenbach

**A FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES NO CPC/2015:
contributo para a racionalidade nas decisões judiciais**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Católica de Pernambuco, Área de Concentração Direito, Processo e Cidadania, Linha de Pesquisa Processo, Hermenêutica e Efetividade dos Direitos, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira
Coorientador: Prof. Dr. Lúcio Grassi de Gouveia

Recife, PE

2016

B835f

Breitenbach, Fabio Gabriel

A força vinculante dos precedentes no CPC/2015 : contributo para a racionalidade nas decisões judiciais / Fabio Gabriel Breitenbach ; orientador Sérgio Torres Teixeira, 2016.
137 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Pró-reitoria Acadêmica. Coordenação Geral de Pós-graduação. Mestrado em Direito, 2016.

1. Processo civil. 2. Precedentes vinculantes. 3. Razão prática.
I. Título.

CDU 347.9

TERMO DE APROVAÇÃO

Fábio Gabriel Breitenbach

A FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES NO CPC/2015: contributo para a racionalidade nas decisões judiciais

Dissertação defendida em 15 de março de 2016, junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Católica de Pernambuco, Área de Concentração Direito, Processo e Cidadania, Linha de Pesquisa Processo, Hermenêutica e Efetividade dos Direitos, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira
Presidente/Orientador

Prof.ª Dr.ª. Roberta Corrêa de Araujo Monteiro

Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel

Prof. Dr. Glauco Salomão Leite

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus, que me deu saúde, força e coragem para superar todos os desafios e chegar até aqui. Sem Ele nada teria sido possível. De igual modo, agradeço à minha mãe, Dona Erani, pessoa humilde, pouco letrada, mas que, com uma força indomável e sabedoria incontestável, conseguiu me dar educação. Ela é essencial na minha vida; me ensinou o certo e o errado; sempre se preocupa comigo; torce e reza por mim; me protege e, tenho certeza, é capaz de fazer qualquer sacrifício para me ver feliz. Saiba, minha mãe, que você é muito importante na minha vida e que sempre tentarei lhe proporcionar uma vida melhor.

Aos meus familiares, Paulo, Blanca, Lara, Bernardo, Zenilda, Robenson, Thais, Paula e Rodrigo, que, embora longe, torcem por mim, também registro o meu sincero agradecimento. A convivência com vocês, sempre que possível, me enche de alegria. Aos meus afilhados que ainda estão pequenos, Edgar e Bernardo, e também às pequenas sobrinhas-nestas Manuela, Paloma, bem como à Rafaela, agradeço por tonarem minha vida mais feliz e cheia de graça. Vocês são crianças lindas e cheias de vida. A inocência de vocês é estímulo para eu continuar acreditando na beleza da vida e permitem que eu continue acreditando em sonhos. Também tenho que agradecer à Dona Nice, ao Seu Beto, à Vó Anita, ao César, ao Paulo, à Dona Neusa, à Cris, à Carina, à Ariane, ao Otavio, à Anelise, ao Estevan e à Amanda, por terem me acolhido. Obrigado pelas rezas e pela torcida.

Ao Mateus, que está sempre ao meu lado, incentivando e fazendo com que eu seja uma pessoa mais completa, me acompanhando e tornando os meus dias mais felizes, agradeço de forma especial. Você é muito importante em minha vida, em todos os sentidos. Além disso, é um profissional com uma excelente produção científica e, por isso, referencial para a minha caminhada acadêmica. Que Deus nos permita ter muitas outras conquistas juntos.

Ao meu amigo-irmão, Rinaldo Mota, agradeço imensamente por ter me acolhido em sua casa e se preocupado com a minha estadia durante o período em que tive que pernoitar em Recife. Em você tenho um espelho profissional, pois seu reconhecimento científico é notório tanto no plano nacional como internacional. Você me inspira pelo profissional que você é e pela demonstração de que, com trabalho sério, é possível vencer. Por você ser uma pessoa especial e de um grande coração, merece todas as bênçãos de Deus e uma vida cheia de amor e felicidade.

Agradeço, igualmente, à amiga Jaíza, que sempre me apoiou e incentivou. Além disso, você me deu os livros necessários ao estudo para a prova escrita de seleção no mestrado,

bem como suas resenhas. Esse material foi fundamental na minha preparação para a seleção. Muito obrigado pela amizade e convivência. Agradeço, também, aos amigos, Adriana e Nataniel, que estão sempre presentes e são pessoas estimadas. À minha amiga Ana Carla, que possui um jeito meigo e especial que me cativou, também não poderia deixar de agradecer. Vocês todos são amigos especiais e importantes na minha vida, pois sempre me respeitaram e incentivaram. Que nossa amizade se fortaleça cada vez mais e que a gente possa brindar juntos em muitos momentos felizes e de confraternização.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira, cuja contribuição, incentivo, compreensão e confiança foram imprescindíveis para que este trabalho saísse do campo das ideias. O senhor esteve sempre presente nos momentos em que solicitado e facilitou sobremaneira essa caminhada. Além disso, Prof. Sérgio, o senhor foi uma das importantes pessoas que me incentivaram a fazer a seleção para o mestrado na Universidade Católica de Pernambuco. Agradeço, também, ao coorientador, Prof. Dr. Lúcio Grassi de Gouveia, que acreditou no meu potencial e que proporcionou a inserção de parte desta pesquisa em obra específica que, com certeza, constitui referência indispensável no estudo do tema da teoria dos precedentes brasileiros. Agradeço também, e muito, pelos constantes debates que tivemos, os quais, com certeza, contribuíram para o aprimoramento desta dissertação.

Não poderia deixar de agradecer, também, aos demais professores das disciplinas obrigatórias e eletivas cursadas ao longo do mestrado. São eles: Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel, Prof. Dr. Fábio Túlio Barroso, Prof. Dr. João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira, Prof. Dr. José Luciano Góis de Oliveira e Prof^a. Dr^a. Virgínia Colares Soares Figueiredo Alves. Vocês, de forma ativa e prestativa, estavam sempre dispostos a transmitir os melhores conhecimentos e foram, sem dúvidas, cada um nas suas particularidades, essenciais para moldar meu pensamento atual.

Agradeço aos amigos que fiz no mestrado. Da 9^a turma: Louise e Ivna. Da 10^a turma: Alana, Dóris, Eneida, Leonardo Caribé, Judith Jeine e José Guerra. Da 11^a turma: Luciana, Lorena, Paloma, Ana Paula, Flora, Camila, Albert, Ana Catharine, Rogério, Sheyla, Leonardo Lins e José Humberto. Aos que esqueci, desde já peço desculpas. Vocês me acolheram em Recife e tornaram os dias que passei por aí bem mais agradáveis. Além disso, tornaram os eventos científicos mais divertidos.

A uma amiga tenho que agradecer de forma especial: Tassiana. Além de ter tronado a convivência em Recife mais agradável nos infindáveis almoços, você sempre me auxiliou em tudo que precisei quando não pude estar fisicamente em Recife. Sou muito grato pela sua

amizade e pretendo conservá-la para além do mestrado. Você é uma pessoa de coração bom e de valores. Muito obrigado, mesmo, pela convivência e por me ajudar nas horas de aperreio.

Agradeço, também, aos colegas da 1ª Vara Cível de Petrolina. Mediante uma convivência harmoniosa e respeitosa, vocês fazem os meus dias mais produtivos e felizes. Além disso, muito obrigado por permitirem que, sempre que necessário, eu pudesse me dedicar à confecção deste estudo. De forma especial, quero agradecer ao Dr. Edmilson Cruz Júnior, que autorizou a compensação pela produtividade para que eu pudesse frequentar as aulas do mestrado em Recife. E ao Dr. Paulo de Tarso Duarte Menezes, que também foi extremamente compreensível, especialmente na reta final de elaboração deste texto.

Por fim, agradeço aos meus colegas, professores na Universidade do Estado da Bahia, especialmente pelo esforço para que eu ficasse com uma carga-horária em sala de aulas menor, isso para eu me dedicar ao mestrado. Além disso, agradeço aos meus alunos, que são a inspiração para a constante investigação científica e que servem de estímulo para que eu busque constante aprimoramento acadêmico. Aos alunos que cederam, para que eu pudesse utilizar nesta dissertação, parte da pesquisa empírica realizada em sede de projeto de iniciação científica, também rendo o merecido agradecimento.

A todos, muito obrigado!

RESUMO

Todos os ordenamentos jurídicos, sejam de tradição de *common law* ou de *civil law*, lidam com precedentes. O Brasil, apesar de indiscutivelmente ser um país de tradição *civil law*, também confere importância para os precedentes judiciais. No plano normativo, estamos às vésperas da vigência de um novo Código de Processo Civil, que positiva um sistema de precedentes. A ordem jurídica deve ser coerente, pois não é formada apenas pelos textos legais, mas também pelas decisões judiciais. Decisões diferentes em situações fático-jurídicas semelhantes revelam uma ordem jurídica incoerente, injusta e irracional. O estudo demonstrará que a observância obrigatória dos precedentes, e a conferência de efeito vinculante a eles, constituem ferramentas para assegurar isonomia e previsibilidade no e para o ordenamento jurídico. Diante de uma decisão, especialmente quando emanada das Cortes Supremas (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), a sociedade acredita que outros casos podem/devem ser decididos no mesmo sentido. O estudo demonstrará, também, que é equivocada a ideia de que somente a lei pode conferir eficácia vinculante às decisões judiciais emanadas de determinado tribunal. O Supremo Tribunal Federal tem a tarefa de dizer o sentido e alcance da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, inclusive com efeito vinculante, enquanto que o Superior Tribunal de Justiça tem o papel de orientar como deve ser interpretada a legislação infraconstitucional federal e a tarefa de unificar a jurisprudência pátria. Isso revela que o sistema judiciário foi criado para ser uniforme, refutando contradições entre os órgãos que o compõem. O estudo apresentará as técnicas para adequada formação, identificação, distinção e superação dos precedentes. Será sugerido que, para adequada formação de precedentes, o STF e o STJ modifiquem a forma como decidem. É reconhecido que, a partir do mesmo contexto fático-jurídico, é possível extrair mais de uma norma concreta; contudo, será demonstrado que não é racional pretender manter a posição divergente quando os tribunais encarregados em conferir a adequada interpretação às normas constitucionais e infraconstitucionais federais já se posicionaram a respeito, eliminando o cenário que possibilitou as interpretações divergentes. Será evidenciado que, na formação do precedente, para garantir integridade e coerência, deve-se ter como norte a possibilidade de universalização da decisão. A justificação da decisão pela universalidade agrega valor à teoria dos precedentes, justamente porque engloba, além do princípio da igualdade ou da segurança jurídica, a pretensão de racionalidade às decisões judiciais.

Palavras-chaves: Precedentes vinculantes. Novo Código de Processo Civil. Previsibilidade. Racionalidade. Universalidade.

ABSTRACT

All legal systems, are of common law or civil law, dealing with precedent. Brazil, despite the arguably be a country of civil law tradition, also attaches importance to the judicial precedents. In legislative terms, we are on the eve of the new Civil Procedure Code, that positive a precedent system. The law must be consistent, because it is not formed only by the legal texts but also by judicial decisions. Different decisions in similar factual and legal situations reveal an inconsistent, unfair and unreasonable law. The study will demonstrate that mandatory compliance with the precedent, and the binding effect of the conference they constitute tools to ensure equality and predictability in and to the legal system. Faced with a decision, especially when emanating from the Supreme Courts (Supreme Court and High Court of Justice), the society believes that others cases may/must be decided in the same direction. Also the study will show, which is wrong the idea that only the law can give binding effect to judicial decisions emanating from that court. The Supreme Court has the task of telling the meaning and scope of the Constitution of the Brazilian Federal Republic of 1988, including binding effect, while the Supreme Court has the function of guiding how it should be interpreted the federal infra-constitutional legislation and task of unifying the country jurisprudence. This shows that the justice system is designed to be uniform, refuting contradictions between the organs that compose it. The study will present the techniques for proper training, identification, distinction and overcoming of the precedents. It will be suggested that, for proper elaboration of precedents, the Supreme Court and High Court of Justice must modify the way that they decide. It is recognized that, from the same factual and legal context, it is possible to extract more than a specific interpretation; however, it will be shown that it is not rational to keep the divergent position when the responsible courts in conferring the proper interpretation of federal constitutional and infra-constitutional norms have positioned themselves, eliminating the scenario that allowed the divergent interpretations. It will be shown that, in the formation of the precedent, to ensure integrity and consistency, should be guided by the north of the possibility of universal decision. The justification of universality in decision adds value to the theory of the precedents, precisely because that it encompasses, besides the principle of equality or legal certainty, the intention of rationality for judicial decisions.

Keywords: Precedent binding. New Civil Procedure Code. Predictability Rationality. Universality.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

abr.	Abril
AC	Acre
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
Ag	Agravo
ago.	Agosto
AgR	Agravo Regimental
AgRg	Agravo Regimental
AI	Agravo de Instrumento
AL	Alagoas
ampl.	Ampliada
AR	Ação Rescisória
ARE	Recurso Extraordinário com Agravo
art.	Artigo
arts.	Artigos
ATDC	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
atual.	Atualizada
CDC	Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990: Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências
CLT	Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943: Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho
Coord.	Coordenador ou Coordenadores
CPC/1939	Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939: Código de Processo Civil
CPC/1973	Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: Institui o Código de Processo Civil
CPC/2015	Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015: Código de Processo Civil
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
dez.	Dezembro
DF	Distrito Federal
EAg	Embargos de Divergência em Agravo

EAREsp	Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial
ED	Embargos de Declaração
ed.	Edição
EDcl	Embargos de Declaração
EDv	Embargos de Divergência
EP	Execução Penal
EREsp	Embargos de Divergência em Recurso Especial
ES	Espírito Santo
EUA	Estados Unidos da América
FGTS	Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
FPPC	Fórum Permanente de Processualistas Cíveis
HC	<i>Habeas Corpus</i>
j.	Julgado em
jan.	Janeiro
jul.	Julho
jun.	Junho
mai.	Mai
mar.	Março
Min.	Ministro
Min ^a .	Ministra
mod.	Modificada
MP	Medida Provisória
MS	Mato Grosso do Sul
n.	Número
n ^o	Número
nov.	Novembro
NPU	Numeração Processual Única
Org.	Organizador ou Organizadores
out.	Outubro
p.	Página
PLS	Projeto de Lei do Senado
PR	Paraná
PrisDom	Prisão Domiciliar

Proc.	Processo
Rcl	Reclamação
RE	Recurso Extraordinário
Rel.	Relator
Rel ^a .	Relatora
REsp	Recurso Especial
rev.	Revista
RJ	Rio de Janeiro
RS	Rio Grande do Sul
s/p	sem página
SC	Santa Catarina
set.	Setembro
SP	São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
TJPE	Tribunal de Justiça de Pernambuco
TJs	Tribunais de Justiça
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
TrabExt	Trabalho Externo
Trad.	Tradutor ou Tradutora
TRF	Tribunal Regional Federal
TRF4	Tribunal Regional Federal da 4 ^a Região
TRFs	Tribunais Regionais Federais
TRTs	Tribunais Regionais do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho
v.	Volume
vol.	Volume
VRG	Valor Residual Garantido

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. IDENTIFICANDO O PROBLEMA: O PODER CRIATIVO E O DECISIONISMO	18
1.1. Breves apontamentos sobre positivismo e pós-positivismo	18
1.2. A atuação criativa decorre da necessidade de interpretar os textos jurídicos	28
1.3. O acentuado aumento dos poderes do Supremo Tribunal Federal	32
1.4. Decisionismo e justiça lotérica	35
1.5. Uma pequeníssima demonstração empírica da jurisprudência lotérica no âmbito do Tribunal de Justiça de Pernambuco	40
2. PRECEDENTE COM EFICÁCIA VINCULANTE	46
2.1. A crescente valorização legislativa do direito jurisprudencial	46
2.2. Distinções necessárias: precedente, jurisprudência e súmula	52
2.3. O precedente como fonte do direito	58
2.4. A conferência de eficácia vinculante ao precedente	60
2.5. A necessária definição de quais precedentes são considerados vinculantes	65
3. IDENTIFICAÇÃO, APLICAÇÃO E SUPERAÇÃO DE PRECEDENTE	71
3.1. Necessidade de alteração na técnica de julgamento para adequada formação de precedente	71
3.2. Identificação da <i>ratio decidendi</i>	74
3.3. Proclamação da decisão e da <i>ratio decidendi</i>	78
3.4. <i>Obter dictum</i>	82
3.5. Aplicação do precedente e <i>distinguishing</i>	84
3.6. Superação do precedente (<i>overruling</i>)	87
3.7. <i>Overriding, signaling, julgamento-alerta e anticipatory overruling</i>	88
3.8. Eficácia temporal da superação dos precedentes	91
3.9. Os desacordos existentes até a formação do precedente	92
4. O PRECEDENTE DIANTE DO CPC/2015	96
4.1. Fato histórico: a posituação dos precedentes no CPC/2015	96
4.2. Os deveres de uniformizar a jurisprudência e de mantê-la estável	100

4.3. Os deveres de integridade e de coerência na interpretação do direito	104
4.4. Precedentes judiciais obrigatórios, vinculantes e normativos no CPC/2015	112
4.5. O microsistema de formação de precedentes obrigatórios/vinculantes para solução de casos repetitivos	118
4.6. O desafio da racionalidade diante do dilema da complexa existência humana	121
CONSIDERAÇÕES FINAIS	124
REFERÊNCIAS	131

INTRODUÇÃO

Todos os ordenamentos jurídicos, sejam de tradição de *common law* ou de *civil law*, lidam com precedentes, pois as decisões judiciais prolatadas em quaisquer circunstâncias de tempo ou espaço, embora destinadas, de modo específico, à resolução de casos particulares, se incorporam ao ordenamento jurídico, razão pela qual não podem, de modo geral, ser simplesmente ignoradas quando da resolução de um novo caso particular. O Brasil, apesar de indiscutivelmente ser um país de tradição *civil law*, a cada dia confere maior importância para os precedentes judiciais. O vertiginoso aumento de demandas ajuizadas, e a consequente sobrecarga de processos para serem julgados pelo Poder Judiciário, despertaram no legislador a necessidade de conferir maior atenção ao direito jurisprudencial – e, como consequência, ao precedente – sob a expectativa de produzir melhor desempenho na resolução dos conflitos.

No plano normativo do direito brasileiro, operou-se, de forma mais acentuada nas últimas três décadas, a gradual incorporação de mecanismos de valorização da jurisprudência – consolidada ou sumulada –, notadamente para permitir julgamentos monocráticos nos tribunais, bem como de reforço de precedentes, isso mediante introdução de mecanismos que atribuem certa vinculatividade a algumas decisões proferidas por alguns órgãos jurisdicionais. Ademais, estamos às vésperas da vigência de um novo Código de Processo Civil, que positiva um sistema de precedentes.

A concepção desse novo CPC se deve a uma comissão de juristas de renome, presidida pelo, à época, ministro do STJ, Luiz Fux, hoje ministro do STF, aos quais foi delegada, pelo Senado Federal, a missão de produzir um anteprojeto de novo CPC. O anteprojeto entregue ao Senado Federal tramitou naquela casa legislativa com a denominação de Projeto de Lei do Senado nº 166/2010 e, após ter sido aprovado, foi remetido para a Câmara dos Deputados, onde tramitou com a denominação de Projeto de Lei nº 8.046/2010, foi maturado e recebeu incontáveis contribuições de juristas nacionais que foram nomeados para compor uma Comissão Especial para elaboração do relatório final sobre o projeto. Após maturação e aprovação na Câmara dos Deputados, o projeto voltou para o Senado Federal, onde, mais uma vez, contou com uma comissão composta por renomados juristas, que revisaram as modificações feitas na Câmara dos Deputados. O Senado Federal aprovou o texto do novo CPC em 17 de dezembro de 2014, ocasião em que foi enviado à sanção da Presidente da República, a qual se efetivou no dia 16 de março de 2015, com vetos parciais, quando foi sancionada a Lei nº 13.105.

Embora em matéria de sistematização da teoria dos precedentes, o CPC/2015, em comparação com a versão da Câmara dos Deputados, tenha sido tímido, descartando significativa parcela de regulamentação, um esforço interpretativo e construtivo, que competirá especialmente à doutrina e aos tribunais, permite reconhecer que foi conferida eficácia obrigatória/vinculante aos precedentes, conforme pretendemos demonstrar ao longo deste estudo.

Pois bem. A tradição brasileira do processo civil aponta para a recorribilidade de quase todas as decisões e os instrumentos de impugnação têm sido efetivamente utilizados na prática, seja na real tentativa de alteração da decisão – que é sempre possível em um sistema de ausência de vinculação aos precedentes – ou na busca de prolongar o trâmite processual. Nessa perspectiva, denota-se que o direito processual sempre teve a tendência de se preocupar com a igualdade no processo (= igualdade de tratamento no interior do processo) e com a igualdade ao processo (= simétrica disponibilidade de técnicas processuais); contudo, somente nos últimos anos é que o processo passou a ser aparelhado de mecanismos capazes de assegurar a igualdade perante as decisões judiciais. Decisões diferentes em casos iguais revelam uma ordem jurídica incoerente e injusta. A observância obrigatória dos precedentes, e a conferência de efeito vinculante a eles, constituem ferramentas para assegurar isonomia e previsibilidade no e para o ordenamento jurídico.

Assim como a linguagem em geral, a linguagem jurídica se utiliza de palavras que precisam ser interpretadas. Algumas palavras possuem sentidos que não geram controvérsias; contudo, nem sempre a interpretação é imune às ambiguidades, que determinam a possibilidade de ser atribuído mais de um sentido para o mesmo signo. Ademais, o legislador se utiliza, com frequência, da técnica denominada de cláusulas abertas, que significam um gênero, do qual fazem partes os princípios e os conceitos jurídicos indeterminados. Diante disso, a decisão judicial, nesse novo panorama em que o juiz interpreta os textos jurídicos, além de ser fundamentada, deverá observar a coerência. Como os precedentes judiciais são parâmetros interpretativos que influenciam na formação das compreensões prévias e contribuem para assegurar linearidade e coerência à atividade hermenêutica, é imperiosa a consideração deles ao ser proferida uma decisão judicial.

Nesse contexto, motivação para a investigação proposta nesta dissertação surgiu na prática profissional como operador do direito e professor universitário. Na atividade diuturna do trabalho forense, não raras vezes nos deparamos com petições que citam “precedentes” – o que se cita mesmo são as ementas de julgados, dos quais, muitas vezes, nem sequer é possível extrair uma *ratio decidendi*, ou são em sentido oposto ao que se pretende argumentar –, tentando reforçar a tese defendida. Mas como essa técnica é utilizada por ambas as partes *ex ad-*

versas, com a invocação de “precedentes” que lhes são favoráveis, o que se confirma é uma jurisprudência lotérica. Logo, surge a necessidade de investigar como a teoria dos precedentes pode contribuir, no Brasil, para a racionalidade nas decisões judiciais e para superar a jurisprudência lotérica, bem como de definir como os precedentes devem ser formados, identificados, aplicados e superados, notadamente quando o CPC/2015, conforme já foi mencionado, pretende instituir um sistema de precedentes.

No âmbito do ensino universitário, nos deparamos, lá pelo quinto período do curso de Direito, quando são iniciados os estudos de direito processual civil, com discentes sustentando que o caso concreto mostrará ao aplicador o caminho para a mais satisfatória solução, como se o juiz estivesse livre para decidir como bem entendesse, sendo comum ouvirmos que a vitória ou a derrota na causa vai “depende do entendimento do juiz”, como se esse pudesse variar e desprezar todo o conjunto de textos legais existente, bem como as decisões já proferidas no mesmo contexto fático-jurídico.

Diante dessas inquietações, foi delineado o problema dessa dissertação, que pode ser apresentado na seguinte pergunta: é possível atribuir eficácia vinculante aos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, como forma de garantir racionalidade para as decisões judiciais prolatadas num mesmo contexto fático-jurídico?

A hipótese a ser experimentada se expressa na afirmação que segue: a conferência de eficácia vinculante aos precedentes emanados pelos tribunais aos quais a CRFB/88 confere a atribuição de interpretar o ordenamento jurídico assegura uniformidade às decisões judiciais e permite observância dos deveres de integridade e de coerência na função de interpretar os textos jurídicos.

A indagação formulada e a resposta a ela equivalente demonstram a justificativa teórica e a justificativa prática para o desenvolvimento do presente trabalho, ambas fundadas no estudo do modo de formação do precedente judicial e na valorização que deve ser dada à motivação de uma decisão judicial, já que é dela que se extrai o modelo de solução que servirá para o julgamento de casos futuros.

O problema que guiou o desenvolvimento dessa pesquisa e a hipótese lançada permitem precisar os objetivos geral e específicos do presente estudo. Em âmbito geral, objetivou-se (i) demonstrar os motivos pelos quais deve ser atribuída força vinculante aos precedentes emanados do STF e do STJ, pois a CRFB/88 lhes confere a função de interpretar o ordenamento constitucional e infraconstitucional federal, respectivamente, bem como de uniformizar a jurisprudência pátria; e (ii) que, em matéria de direito local, deve ser conferida força obrigatória aos precedentes dos tribunais de justiça.

Em âmbito específico, visou-se: a) identificar a existência de decisões diferentes em casos iguais e as consequências dessa jurisprudência; b) apresentar os motivos pelos quais deve ser conferida eficácia vinculante aos precedentes, com a identificação, considerando a estrutura organizacional do Poder Judiciário brasileiro, daqueles que precedentes que devem ser obrigatoriamente seguidos; c) demonstrar como, num sistema que almeja conferir força vinculante aos precedentes, deve ocorrer sua formação, identificação, aplicação e superação; e d) apreciar como o CPC/2015 tratou da regulamentação do sistema de precedentes.

No intuito de alcançar os objetivos geral e específico, a dissertação foi dividida em quatro capítulos. No primeiro capítulo será identificado o problema da existência de jurisprudência lotérica, confirmado através de um pequeníssimo estudo empírico. Ficará claro que a interpretação é tarefa judicial; contudo, isso não permite que haja prolação de decisões apoiadas em meros juízos subjetivos e arbitrários, despidos de fundamentação adequada e sem a observância obrigatória aos precedentes existentes.

No segundo capítulo, será apresentada a crescente valorização legislativa, especialmente nas últimas três décadas, do direito jurisprudencial; serão feitas as necessárias distinções entre precedente, jurisprudência e súmula; e será evidenciado que o precedente deve ser compreendido como fonte do direito, o que justifica a impossibilidade de, existindo precedente em determinada matéria fático-jurídica, ele ser desprezado na construção do entendimento judicial. Além disso, discorreremos sobre os motivos determinantes para conferência de eficácia vinculante aos precedentes. E mais, definiremos, tendo em vista a divisão de atribuições conferidas aos diversos tribunais do país pela CRFB/88, quais os precedentes que devem ser considerados vinculantes e, por isso, de observância obrigatória.

Na sequência, no terceiro capítulo, pretende-se demonstrar que, para adequada implementação do sistema de precedentes, há necessidade de alteração na técnica dos julgamentos. Outrossim, pretendemos apresentar elementos para permitir a adequada formação, identificação, aplicação e superação dos precedentes. Além disso, e ainda que de forma sucinta, será abordado o problema da eficácia temporal dos precedentes e verificado como a conduta dos jurisdicionados deve ser pautada até a formação dos precedentes, especialmente levando em consideração que desacordos interpretativos poderão acontecer até que o tribunal competente proclame seu precedente e pacifique as divergências.

No capítulo derradeiro será apreciado como o CPC/2015 tratou da sistematização dos precedentes. Será demonstrado, também, como podem ser alcançados os deveres dos tribunais de uniformizar a jurisprudência, mantendo-a – e aqui os deveres são aplicáveis não só à jurisprudência, mas, também, aos precedentes – estável, íntegra e coerente. Os fundamentos teóri-

cos que serão apresentados contribuirão, ademais, para confirmar a necessidade de ser atribuída eficácia vinculante aos precedentes.

No que tange à metodologia, foi empregada essencialmente a pesquisa bibliográfica. Foram utilizados livros, revistas especializadas e artigos. Ademais, foram pesquisados textos jurídicos: a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e leis federais. Foram feitas, também, pesquisas em precedentes judiciais disponíveis nos sítios eletrônicos oficiais dos tribunais nacionais. Para comprovar a existência de justiça lotérica, foi realizada uma pequena pesquisa empírica. Foram selecionadas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco e, em seguida, houve a comparação com um precedente do STJ. Os dados obtidos foram analisados de forma quantitativa e, principalmente, qualitativa.

O tipo de raciocínio preponderante no trabalho é o hipotético-dedutivo, enfatizando a existência de um conhecimento prévio, o surgimento do problema de conflitos com as teorias existentes, a proposição de soluções a partir de conjecturas e a tentativa de refutação pela observação e experimentação ou por outros procedimentos. O tipo de investigação é o jurídico-compreensivo, ou jurídico-interpretativo, que se utiliza do procedimento analítico de decomposição de um problema jurídico em diversos aspectos, relações e níveis. As fontes de pesquisa pertencem ao próprio campo jurídico – doutrina, ensaios, decisões judiciais, legislação – sendo, assim, fontes diretas de consulta.

1. IDENTIFICANDO O PROBLEMA: O PODER CRIATIVO E O DECISIONISMO

1.1. Breves apontamentos sobre positivismo e pós-positivismo

O positivismo jurídico lança mão de um ideário completamente oposto ao defendido pelo jusnaturalismo¹. Afirma, com fulcro nos ditames do positivismo filosófico, que o primado da ciência supera todos os ideais do jusnaturalismo, deveras abstratos, metafísicos, considerados incompatíveis com o que se convencionou chamar, à época, de “ciência do direito”. Bobbio (1995, p. 17), ao explicar os critérios distintivos entre direito natural e direito positivo, afirma:

O direito natural prescreve ações cujo valor não depende do juízo que sobre elas tenha o sujeito, mas existe independentemente do fato de parecerem boas a alguns ou más a outros. Prescreve, pois, ações cuja bondade é objetiva (ações que são boas em si mesmas, diriam os escolásticos medievais). O direito positivo, ao contrário, é aquele que estabelece ações que, antes de serem reguladas, podem ser cumpridas indiferentemente de um modo ou de outro, mas, uma vez reguladas pela lei, importa (isto é: é correto e necessário) que sejam desempenhadas do modo prescrito pela lei. Aristóteles dá este exemplo: antes da existência de uma lei ritual é indiferente sacrificar a uma divindade uma ovelha ou duas cabras; mas uma vez existente uma lei que ordena sacrificar uma ovelha, isto se torna obrigatório; é correto sacrificar uma ovelha e não duas cabras não porque esta ação seja boa por sua natureza, mas porque é conforme a uma lei que dispõe desta maneira.

No âmbito filosófico, o positivismo apresenta como principais teses: (i) a ciência, como um postulado, é a verdade única e incontestável, apartada das abstrações teológicas e metafísicas das correntes passadas, superando os princípios contemplativos de outrora, insuscetíveis de demonstração; (ii) a elevação da objetividade, com a separação entre sujeito, objeto e método descritivo, para que esteja alheio de pré-conceitos, parcialidades e opiniões – incorporamos aqui a ideia de neutralidade; e (iii) o método científico distintivo das ciências da natureza – os positivistas só acreditavam no que fosse suscetível de observação e experimentação – deve ser estendido para todos os campos cognoscitivos, notadamente ao campo das ciências sociais (BARROSO, 2001, p. 16).

Pois bem. Positivo é o direito posto pelo homem, resultante de convenções deste, e é tudo aquilo que está previsto num diploma legal, independentemente do seu conteúdo. A lei é considerada objetiva e o intérprete/aplicador é neutro. Direito e norma confundem-se numa só coisa. O direito é, pois, o que está escrito, através das leis – imperativas e coativas –, emanadas pelo Estado, representado pelo legislador, que é o único legitimado a criar o direito. No

¹ “O termo jusnaturalismo identifica uma das principais correntes filosóficas que tem acompanhado o Direito ao longo dos séculos, fundada na existência de um *direito natural*. Sua ideia básica consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo. Esse direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal” (BARROSO, 2001, p. 13).

positivismo, ocorre um processo lógico-dedutivo de submissão da relação de fato, entendida como premissa menor, à lei, entendida como premissa maior, num processo silogístico, simples e óbvio, para obtenção de resultados, em conclusão dedutiva apenas declarada pelo intérprete, que não tem permissão para qualquer atividade criativa no ato de aplicação da lei ao caso concreto. O aplicador – Estado-Juiz – não é apto a criar o direito.

Para o jurisconsulto, para o advogado, para o juiz, existe um só direito, o direito positivo (...) que se define: o conjunto das leis que o legislador promulgou para regular a relação dos homens entre si (...). As leis naturais ou morais não são, com efeito, obrigatórias enquanto não forem sancionadas pela lei escrita (...). Ao legislador só cabe o direito de determinar, entre regras tão numerosas e, às vezes, tão controvertidas do direito natural, aquelas que são igualmente obrigatórias (...). *Dura lex, sed lex*; Um bom magistrado humilha sua razão diante da razão da lei: pois ele é instituído para julgar segundo ela e não para julgá-la. Nada está acima da lei, e aludir suas disposições, sob o pretexto de que a equidade natural a contraria, nada mais é do que prevaricar. Em jurisprudência não há, não pode haver razão mais razoável, equidade mais equitativa do que a razão ou a equidade da lei (BOBBIO, 1995, p. 86).

A codificação floresceu no positivismo. “Em torno do *Code Napoléon*, formou-se a Escola da Exegese, que erigiu este Código como sendo a única fonte do Direito Civil, reduzindo o trabalho exegético à explicação literal dos textos legais (*dura lex sed lex*)” (CAMBI, 2011, p. 84). Nesse cenário, os códigos devem ser os mais completos possíveis, para que o aplicador/interprete tenha a menor liberdade possível.

O modelo da *codificação* ressalta o *monismo jurídico* (e, conseqüentemente, a sistematicidade e a autoridade), a *soberania estatal*, a *racionalidade dedutiva* (as soluções particulares são deduzidas de regras gerais, seguindo interferências lineares e hierarquizadas) e, por fim, a crença no *controle futuro* (a lei anteciparia um estado de coisas possíveis e considerável preferível, para se chegar a um porvir melhor) (CAMBI, 2011, p. 80).

O sistema jurídico serve para ordenação racional e objetiva da dinâmica social. A lei, na medida em que é posta pelo Estado, adquire uma aura de legitimidade inquestionável, tornando-se expressão da vontade coletiva. O positivismo jurídico considera o direito como um fato e não como um valor. É flagrante, nesse contexto, a separação entre direito e moral. O direito compõe-se apenas por juízos de fato, não em juízos de valor; os primeiros representam o mero relevo da realidade, juízos de constatação, objetivos; enquanto os segundos procuram atribuir valores aos fatos, são subjetivos e impõem ao homem uma tomada de posição diante da realidade.

No positivismo, se sustenta ideologicamente a ideia de que a lei é a tradução da vontade geral e do bem comum. “Essa manipulação ideológica partiu da burguesia que, pretendendo a manutenção do *status quo*, visou ocultar o conflito de classes e de interesses, difundindo a ideia de paz e harmonia, ordem e progresso, consenso e felicidade geral” (CAMBI, 2011, p. 85). Nessa perspectiva, até mesmo os regimes de exceção – fascismo na Itália e na-

zismo na Alemanha – puderam sustentar que estavam embasados e verdadeiramente protegidos pelo ordenamento jurídico. Como adverte Barroso (2001, p. 18):

O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A ideia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da posituação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem.

Nesse contexto jurídico, no processo decisório dos tribunais somente existirá uma única decisão correta, tendo o julgador apenas a tarefa de aplicar um direito pronto, através de uma operação lógico-dedutiva. Etapas como a reconstrução da realidade exterior, a procura da norma capaz de prover sobre aquela realidade e a individualização do efeito concreto reconhecido da norma eram vistas como diversas, estanques e se sucediam lógica e cronologicamente. Resolvia-se quase tudo através do silogismo puro, num modelo lógico-dedutivo. O culto ao formalismo exacerbado é um dos pilares do positivismo jurídico. Assim, o que mais valia era a sequência correta do procedimento de criação da norma do que o seu conteúdo.

Dentre as diversas correntes existentes no positivismo, temos em Hans Kelsen o apogeu da doutrina em termos de normativismo e cientificismo. Kelsen propôs um estudo analítico – calcado na objetividade e exatidão da ciência – da epistemologia jurídica. O intuito foi construir uma ciência perfeita para estudo do direito, compreendendo seu objeto apenas em suas normas, desprendido de tudo que não fosse parte deste mesmo objeto. Ou seja: tudo que não fosse jurídico seria descartado do estudo da ciência jurídica. Kelsen procurou purificar a ciência jurídica de ideologias e de valorações éticas-políticas das normas, libertando-a de qualquer resíduo moralista (KELSEN, 2006).

Ao identificar o elemento essencial que dá sentido jurídico ao mundo dos fatos – ou do ser – Kelsen identificou a norma como o sistema de interpretação que permite visualizar o fenômeno jurídico. É a norma que estabelece o dever-ser, e, como consequência, o sentido jurídico do ato. As normas jurídicas não são juízos, isto é, enunciados sobre um objeto dado a seu conhecimento; são mandamentos e, como tais, comandos imperativos. Porém, não são apenas comandos, mas também permissões e atribuições de poder e competência (KELSEN, 2006, p. 111). Na clássica construção kelseniana, a ordem jurídica constitui um sistema de normas escalonadas. A norma inferior encontra fundamento de validade na norma superior, e assim, sucessivamente, até a mais elevada norma do sistema, a constituição. O fundamento de validade último consiste na norma fundamental, pressuposta (KELSEN, 2006, p. 271).

A principal característica da ordem jurídica é o de ser uma ordem coativa, na qual as sanções são socialmente organizadas e há o monopólio da violência social pelo Estado. Sob este aspecto, Kelsen pretendeu demonstrar que a moral e do direito não se confundem, princi-

palmente porque na moral não há sanções socialmente organizadas. Assim, a validade das normas jurídicas positivas não depende do fato de corresponderem à ordem moral. Do ponto de vista do direito positivo, uma norma jurídica pode ser considerada válida ainda que contrarie a ordem moral (KELSEN, 2006, p. 160). Nessa perspectiva, o fenômeno jurídico é reduzido à norma, com a racionalização da ordem jurídica a uma ordem coativa, cujo fundamento de validade é formal – desvinculado da realidade.

Nesse contexto, é oportuno destacar que, para Kelsen, o problema da justiça situa-se fora de uma teoria do direito, que se limita à análise do direito positivo como sendo realidade jurídica. Kelsen sustentou que a única possibilidade de se falar objetivamente em justiça seria equiparando justiça à legalidade. O problema da definição da justiça é deslocado para a política, ou seja, a questão deixa de ser um problema jurídico. O que se denomina igualdade na lei não significa outra coisa senão a aplicação da lei em conformidade consigo mesma (KELSEN, 2006). Essa também é interpretação que Mello (1999, p. 10) extrai do pensamento de Kelsen, senão vejamos:

Com efeito, Kelsen bem demonstrou que a igualdade perante a lei não possuiria significação peculiar alguma. O sentido relevante do princípio isonômico está na obrigação da igualdade na própria lei, vale dizer, entendida como limite para a lei. Por isso averbou o que segue: ‘Colocar (o problema) da igualdade perante a lei, é colocar simplesmente que os órgãos de aplicação do direito não têm o direito de tomar em consideração senão as distinções feitas nas próprias leis a aplicar, o que se reduz a afirmar simplesmente o princípio da regularidade da aplicação do direito em geral; princípio que é imanente a toda ordem jurídica e o princípio da legalidade da aplicação das leis, que é imanente a todas as leis — em outros termos, o princípio de que as normas devem ser aplicadas conforme as normas.’ (Teoria Pura do Direito, tradução francesa da 2ª edição alemã, por Ch. Einsenmann, Paris, Dalloz, 1962, p.190).

Outro grande expoente do positivismo foi Herbert Lionel Adolphus Hart, referenciado como H. L. A. Hart, que critica o postulado do direito como ordem estritamente coativa, isso basicamente por entender que tal modelo distorce a função social do direito. Para Hart, as regras servem para pautar o comportamento dos cidadãos, os quais aplicam as regras a si mesmos, embora lhes seja fornecido um motivo para obedecerem, ou seja, a sanção acrescentada à regra (HART, 2012, p. 47). Assim, as funções principais do direito como meio de controle social não podem ser compreendidas a partir dos litígios privados ou dos processos penais, que representam disposições vitais, mas subsidiárias, para as falhas do sistema. Devem ser vistas nos diversos modos como o direito é utilizado para controlar, orientar e planificar a vida fora dos tribunais (HART, 2012, p. 48).

Considerando que as regras possuem funções sociais distintas, Hart introduz o modelo do direito como um conjunto de regras primárias e secundárias. O direito, pois, é composto de regras que impõem deveres à sociedade – primárias; e regras que atribuem poderes e com-

petências, públicos e privados, que são as secundárias. Além disso, como direito é usado precipuamente para controlar, orientar e planejar a vida fora dos tribunais, o seu fundamento é a regra do reconhecimento. O direito serve precipuamente para guiar as condutas dos cidadãos e para fornecer uma justificativa aceitável para esta conduta (HART, 2012).

Nesse contexto, a validade do direito depende do reconhecimento, por parte de uma comunidade, do status jurídico a determinados padrões de comportamento cristalizados como jurídicos. Esta regra de reconhecimento se dirige, também, à ação dos funcionários do sistema, que devem encarar determinados padrões de comportamento cristalizados como jurídicos como padrões de comportamento oficial e considerar criticamente como lapsos os seus próprios desvios e os de cada um dos outros. A regra de reconhecimento é um fato – longe, pois, da norma fundamental pressuposta e hipotética kelseniana – ou seja: o fato de determinado padrão de comportamento ser reconhecido como jurídico social e oficialmente (HART, 2012).

Sobre a teoria hartiana, Ferraz Júnior (2003, p. 124), assevera:

Hart (1961:90) ensaia uma classificação conforme a seguinte observação: primeiramente, normas que estabelecem obrigações; contudo, um conjunto de normas que fosse apenas desse tipo traria alguns defeitos, seria estático, isto é, em aparecendo situações novas, não saberíamos como adaptar o conjunto a elas; seria ineficiente, pois não saberíamos dizer quem estaria apto a aplicá-las; seria incerto, pois na dúvida sobre se estaríamos ou não diante de uma norma do conjunto, não saberíamos reconhecê-la. Assim, ao lado das normas primárias de obrigação existem normas secundárias, respectivamente, de câmbio, de adjudicação e de reconhecimento. As normas secundárias de câmbio superam o problema do caráter estático, conferindo poderes e estabelecendo procedimentos para a adaptação a situações novas. Por exemplo, temos as normas que conferem a certos órgãos o poder de legislar, de regular o procedimento legislativo, ou o poder de administrar, regulando a emissão de atos administrativos. As normas secundárias de adjudicação superam o problema da ineficiência, precisando o caráter difuso da pressão social exercida pelas normas de obrigação, ao determinarem competências judicantes e seus procedimentos para efeito de aplicação das normas primárias, violadas. Por exemplo, as normas de direito processual, em grande parte, são desse tipo. Por fim, as normas secundárias de reconhecimento superam o problema da incerteza, estabelecendo critérios conclusivos para a identificação de qualquer norma como pertencentes ou não ao conjunto. Grande parte das normas constitucionais são desse tipo: por exemplo, as que contêm os direitos fundamentais – qualquer norma inferior que os viole são excluídas do sistema.

Não obstante os avanços quanto à compreensão do direito como mecanismo de controle social, no qual as regras cumprem diversos papéis e servem de fundamento à conduta dos cidadãos, a teoria hartiana defende a desvinculação entre moral e direito, sustentando que se o direito puder ser criticado a partir da moral perde o seu sentido jurídico (HART, 2012).

Esclarecido isso, é importante notar que a decadência do positivismo vem, além de outros fatores, exatamente do processo de subsunção, o qual pretendia indicar como sendo correta apenas uma única solução. Diante de tamanhas atrocidades, o ordenamento jurídico não poderia mais ser visto como mero rótulo para truculências e barbáries. O povo não poderia estar à mercê de novas ditaduras, de novos ordenamentos jurídicos distanciados dos co-

mandos éticos. Ademais, o direito é um fenômeno complexo, formado não apenas por leis, mas por fatos e valores. E todo este arcabouço axiológico deve, sim, ser considerado no estudo jurídico.

Com a superação histórica do direito natural e o fracasso político do positivismo, são abertas as portas para um momento de mudança, de quebra paradigmática. O momento atual é de reflexões, ainda não esgotadas, sobre uma nova maneira de pensar o direito. Tal estrutura ensaia o arranjo de uma nova hermenêutica jurídica, constitucionalizada. É o que pode se chamar de pós-positivismo. Sobre o tema, Barroso (2005, s/p) assevera:

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.

Com efeito, após o final da Segunda Guerra Mundial, a partir da segunda metade do século XX, a ruína do positivismo jurídico retira-o de cena e comprova o seu descabimento na nova conjuntura mundial. Na Europa, ocorreu o fenômeno destinado à passagem da constituição para o centro do sistema jurídico, numa chamada filtragem constitucional ou constitucionalização do direito. A Carta Maior passou da inexpressividade ao apogeu (BAROSSO, 2005, s/p).

Em verdade, houve a reaproximação entre direito e ética, assim denominada de virada kantiana (*kantische Wende*). Houve o retorno à filosofia de Kant, na fundamentação moral dos direitos humanos e na busca da justiça apoiada no imperativo categórico (BARROSO, 2001, p. 19-20). No pós-positivismo, surge a necessidade de trabalhar com uma teoria da interpretação, apoiada na valoração moral, na legitimidade, o que determina uma esteira correlação entre direito e moral, sendo esta incorporada dos textos legais, notadamente nas constituições do pós-guerra (ROSSI, 2015, p. 22). Nesse contexto, são precisas as palavras de Streck (2012, p. 76-77):

Tanto a tese da separação como a tese da dependência/vinculação entre direito e moral estão ultrapassadas, em decorrência daquilo que se convencionou chamar de institucionalização da moral no direito (esta é uma fundamental contribuição de Habermas para o direito: co-originariedade entre direito e moral), circunstância que reforça, sobretudo, a *autonomia do direito* (nesse sentido, não vejo maiores diferenças entre a tese de Ferrajoli, ao dizer que as questões morais podem ser incorporadas na Constituição, e o que diz Habermas acerca da institucionalização na moral *no e pelo* direito). Com efeito, a moral não tem força jurídico-normativa. O que tem força normativa, cogente, é o direito, que recebe conteúdos morais quando de sua elaboração legislativa. Mas, registre-se: são as Constituições desse novo período que albergam esse novo direito, que busca resgatar as promessas incumpridas da modernidade; e é a partir dele que o legislador deverá agir.

A conjuntura político-filosófica trouxe à baila a elevação da constituição como documento mais importante de um Estado organizado. A constituição é uma norma jurídica. Diante disso, as normas constitucionais são aplicadas direta e imediatamente no limite de sua densidade jurídica. Trata-se, pois, de valiosa mudança paradigmática. A Carta Maior passou a ter força vinculante, de cumprimento obrigatório, e se tornou bússola normativa para os demais atos legislativos. As normas constitucionais, além de ser parâmetro para aplicação de todas as outras normas do ordenamento, adquiriram, por si só, aplicação imediata nos casos concretos.

A Constituição é hierarquicamente superior às demais normas jurídicas. Essa *supremacia constitucional* significa que nenhuma lei ou ato normativo pode ser considerado válido se for incompatível com a Constituição. O controle de constitucionalidade das leis serve para relativizar o mito positivista da *supremacia do legislador*. (CAMBI, 2011, p. 204).

Com a onda das novas constituições, tem-se um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da constituição. Mediante a constitucionalização dos direitos fundamentais, eles tendem a ficar imunizados em relação ao processo político majoritário. A proteção dos direitos fundamentais, ademais, passa a ser função do Poder Judiciário (BARROSO, 2005, s/p). A expansão da jurisdição constitucional se dá, ainda, com o reconhecimento do controle de constitucionalidade.

No Brasil, os ideais do pós-positivismo são implementados tardiamente e, vale ressaltar, ainda não foram totalmente instalados e consolidados. Em nosso país, até pouco tempo, o privilégio era da lei ordinária, da portaria, do ato normativo e de tudo que fosse infraconstitucional. Era a cultura do culto à lei editada pelo parlamento como fonte primária do direito. A constituição era minimizada; e, porque não dizer, menosprezada. Todavia, nos últimos anos, ainda que com considerável atraso, ocorreu o fenômeno da constitucionalização do direito. A leitura de todo o ordenamento infraconstitucional passou a ser feita através da constituição, a qual passa a ser uma lente, um filtro interpretativo dos institutos jurídicos. E, ao mesmo tempo em que se afirma isso, percebemos que a supremacia constitucional não é apenas no sentido formal, mas também e, principalmente, no sentido material – axiológico. Sobre o tema, Barroso (2009, p. 152) assevera:

(...) os princípios jurídicos, especialmente os de natureza constitucional, viveram um vertiginoso processo de ascensão, que os levou de fonte subsidiária do Direito, nas hipóteses de lacuna legal, ao centro do sistema jurídico. (...) Princípios constitucionais incidem sobre o mundo jurídico e sobre a realidade fática de diferentes maneiras. Por vezes, o princípio será fundamento direto de uma decisão. De outras vezes, sua incidência será indireta, condicionando a interpretação de uma determinada regra ou paralisando sua eficácia.

No plano formal, é oportuno notar que, desde a primeira Constituição Republicana (1891), já estava previsto o controle de constitucionalidade incidental por todos os órgãos judiciais. Não obstante isso, somente após a promulgação da CRFB/88, bem como do advento

de Emendas Constitucionais (especialmente as de nº 3, de 1993; e de nº 45, de 2004) e de algumas regras infraconstitucionais (com destaque para a Lei nº 9.868/99), é que houve um grande desenvolvimento do controle de constitucionalidade, dotando-o de extrema relevância.

Esclarecido isso, é oportuno mencionar que, no plano eminentemente teórico, Fernandes e Bicalho (2011, p. 114) aduzem que as principais características do pós-positivismo são “a) a *abertura valorativa do sistema jurídico* e, sobretudo, *da Constituição*; b) tanto princípios quanto regras são considerados normas jurídicas; c) a Constituição passa a ser o *locus principal dos princípios*; e d) o aumento da força política do Judiciário em face da constatação de que o intérprete cria norma jurídica”. No contexto do pós-positivismo, pois, do intérprete se exige uma postura construtiva, já que ele atribui sentido ao enunciado legal; o sistema jurídico é aberto/complexo; e é reconhecida a supremacia da constituição.

Ronald Dworkin é considerado um dos precursores do pós-positivismo, ou seja, do direito sob a perspectiva do seu entrelaçamento com a moral. Contudo, Dworkin parte de um pressuposto teórico elaborado por Hart: o de que as regras servem, antes de tudo, para pautar o comportamento dos cidadãos. Em outras palavras, as normas do direito servem precipuamente como razões e justificativas para determinadas condutas. Assim, Dworkin desenvolve a ideia do direito enquanto uma prática essencialmente argumentativa e de justificação da conduta, e, neste contexto, não apenas as regras, mas também a moral político-jurídica – constituída por princípios e valores – integram a prática comunitária (DWORKIN, 1999, p. 120).

Dworkin propõe o direito como uma prática interpretativa aberta: o intérprete deve dar ao direito um propósito orientado pelos princípios de equidade, justiça e devido processo legal. Neste quadro de argumentação teórica, Dworkin enxerga o direito como um grande romance em cadeia. Como o intérprete jurídico realiza juízos de adequação e justificativa, obriga-se a escolher a interpretação que esteja em conforme com a moral político-jurídica da comunidade. Segundo o Dworkin, haveria que se encontrar a resposta certa à questão jurídica, que é a mais coerente, adequada e necessária ao desenvolvimento do direito enquanto um compromisso comunitário com a integridade (DWORKIN, 1999, p. 306).

Considerando as breves explicações feitas até aqui, é oportuno notar que a característica que mais importa ao presente estudo, independentemente da adoção de marcos teóricos que se identificam com o positivismo ou com o pós-positivismo, é a possibilidade de interpretação/criação da norma pelos integrantes do Poder Judiciário, notadamente porque, se existirem múltiplas interpretações sem que haja mecanismo adequado de unificação delas, o direito não atingirá a racionalidade desejada, tampouco garantirá segurança jurídica e isonomia.

Nessa quadra, como adverte Silva (2006, p. 97-98), ocorre a “geometrização” do direito quando se sustenta que a lei contém apenas “uma” vontade, restando ao julgador unicamente a tarefa de descobri-la, como quem resolve um problema algébrico. Contra essa visão estática, Silva (2008, p. 190) adverte:

(...) os juristas modernos não conseguem pensar o direito a partir do caso; não conseguem pensá-lo através do problema. Somos induzidos por uma determinação paradigmática, a pensá-lo como sendo produzido pela regra, pela norma, enfim pelos códigos. Somos herdeiros da cultura europeia das uniformidades, que devota um profundo desprezo pelas diferenças (...). O conflito entre nossa sujeição paradigmática e as contingências impostas por uma sociedade urbana de massa, com marcantes plurivocidades de visão de mundo, seja político, familiar, ético e até mesmo religioso, gera enormes dificuldades em torno do conceito de direito, especialmente quando nos deparamos com o fenômeno jurisdicional. As tentativas de quebrar as regras, de abrir brechas no sistema, de flexibilizá-lo, arejando-as, de modo a superar o idealismo próprio do Iluminismo europeu, que – ingenuamente – pretendeu transformar o Direito numa fórmula matemática, seguidamente defrontam-se com as mais graves e inesperadas dificuldades, opostas por nossa submissão ao paradigma racionalista, inspirador das várias matizes de positivismo jurídico, que os mais otimistas imaginam que já estejam superados.

Dimoulis, ao investigar a relevância prática das divergências teóricas em torno do positivismo jurídico, assevera que a “opção teórica determina a postura do aplicador em relação ao direito vigente, determinando o papel da produção normativa estatal, assim como a relevância da moral na aplicação do direito” (DIMOULIS, 2011, p. 238).

Nesse contexto, é importante notar que, não obstante o que já foi mencionado, as principais doutrinas positivistas não negam completamente que, na aplicação do direito, haja atividade interpretativa, ou seja, não reduzem a função do juiz a uma atividade meramente declaratória de um direito previamente determinado pelo legislador. Para Hart, as regras regularão uma boa parte das condutas, a ponto de gerar um mínimo de consenso e certeza jurídica quanto a sua aplicação. Porém, algumas regras apresentarão incertezas comunicacionais, razão pela qual o seu conteúdo não se apresentará claro. Assim, diante da falta de clareza das regras em face de sua textura aberta, os tribunais devem discricionariamente fixar o que é o direito. Assim, equilibrarão, à luz das circunstâncias, interesses conflitantes dos cidadãos, de acordo com seu peso, caso a caso. Diante das hipóteses em que ocorrem incertezas comunicacionais das regras é que os tribunais preencherão sua função, desenvolvendo o direito (HART, 2012).

Contudo, é necessário esclarecer que, na concepção hartiana de direito, a autoridade não está livre para decidir como bem lhe aprouver. A estrutura do sistema jurídico, formada por normas primárias e secundárias, apenas permite a utilização de normas jurídicas válidas, sendo certo que a identificação dessas normas depende da aplicação de uma regra de reconhecimento último, a qual fornece critérios de validade para todas as regras do sistema jurídico. Essa regra de reconhecimento último “apenas existe como uma prática complexa, mas nor-

malmente concordante, dos tribunais, dos funcionários, dos particulares, ao identificarem o direito por referência a certos critérios. A sua existência é uma questão de fato” (HART, 2012, p. 121).

Além disso, e segundo Lopes Filho (2014, p. 47), Kelsen “considera a decisão judicial ‘a continuação do processo de criação jurídica’, pois ela também é uma norma, cuja diferença para a legislativa é apenas de grau: aquela é geral e esta é concreta”. O próprio Kelsen (2006, p. 390-391) chegou a afirmar:

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação de uma moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro dessa moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.

Assim, embora Kelsen “entenda que o conteúdo da decisão é determinado pela norma legislativa, não defende uma determinação unívoca, no sentido de submeter inexoravelmente o juiz a um só sentido autorizado” (LOPES FILHO, 2014, p. 47).

A escolha entre várias opções igualmente válidas dentro do quadro não deriva de um juízo cognitivo ou mesmo predeterminado racionalmente e sem de um ato de vontade do juiz. Por isso se fala que o positivismo deixou de ser racionalista para ser voluntarista. Com esse entender, Kelsen não queria deixar o juiz livre e desresponsabilizado, ao contrário, queria fazê-lo responsável por suas decisões, impedindo que se escondesse por trás do argumento de que seria apenas a “boca da lei” e que não teria qualquer responsabilidade pelo conteúdo de sua decisão (LOPES FILHO, 2014, p. 47).

A partir dessas constatações, é oportuno destacar que, ao trabalhar a relevância prática do positivismo jurídico, Dimoulis (2011, p. 225) sustenta que, não obstante a tentativa de impor a observância de uma nova postura, chamada de pós-positivista, a adoção da teoria positivista ainda é uma postura adequada, dentre outras razões, por delimitar as competências de cada poder. O posicionamento de Dimoulis (2011) é lúcido e adequado, pois reconhece a necessidade de interpretação, contudo, estabelece, a partir dos ideais do positivismo, limites para a atuação criativa.

Em nossa opinião, o problema dos limites de atuação do Judiciário não pode receber uma resposta juridicamente satisfatória enquanto os analistas se preocupam com elementos políticos ou psicológicos, criando uma espécie de competição entre os poderes para saber quem é o melhor, o mais “honesto” ou o mais eficiente. A resposta deve surgir de uma análise dogmaticamente fundada de questões de competência. A regra é que o juiz (como toda e qualquer autoridade do Estado) pode e deve decidir no limite de suas competências. (...) Na perspectiva positivista, é crucial a delimitação das competências de cada poder, levando também em consideração a hierarquia das fontes do direito. A partir do momento em que a Constituição ou a lei distribui as competências em determinado setor de atividade estatal não se justificam críticas de usurpação de competência, caso um Poder decida nesse setor

no âmbito de sua competência. (...) Um exemplo real foi dado pelas críticas formuladas em relação à súmula vinculante. Na verdade, porém, por mais que a edição de súmula vinculante é atividade que se assemelhe materialmente à legislação, a previsão constitucional da edição de súmula vinculante torna-a competência legítima do Judiciário. Nesse caso, o Poder Judiciário cumpre sua tarefa desde que atue nos limites de sua competência. (...) Mas as opções do legislador, mesmo se não forem politicamente oportunas, não podem ser consideradas inconstitucionais quando faltam parâmetros objetivos para comprovar sua incompatibilidade com a Constituição. (...) Se o Judiciário censurar ou mesmo substituir o Legislativo e o Executivo em situações de incerteza, ultrapassa suas competências. A Constituição não autoriza o Judiciário a decidir se as opções dos demais poderes são boas ou ruins ou se haveria melhores. A única questão que cabe aos julgadores responder é se certa decisão é inconstitucional ou ilegal. Se o julgador não puder fundamentar a inconstitucionalidade ou a ilegalidade, deve aceitar a solução dada pelo poder que possui a competência primária em cada caso (...) (DIMOULIS, 2011, p. 224-227).

Ao tratar brevemente do positivismo e do pós-positivismo, nosso desiderato foi demonstrar as alterações que os sistemas jurídicos sofreram ao longo dos tempos, e ainda vêm sofrendo, bem como o perfil dos seus interpretes e a forma como a opção metodológica influencia na aplicação do direito. Na sequência, reconheceremos que a atuação criativa decorre da necessidade de os textos jurídicos serem interpretados, contudo, sustentaremos que é necessário estabelecer parâmetros para evitar subjetivismos e arbitrariedades.

1.2. A atuação criativa decorre da necessidade de interpretar os textos jurídicos

Acerca da atuação criativa dos magistrados, Cappelletti (1999, p. 24) assevera que este fenômeno é inevitável, notadamente quando toda interpretação tem uma porção intrínseca de criatividade, o que, todavia, não pode ser confundido com arbitrariedade, pois criatividade respeita elementos processuais e substanciais. Didier Júnior (2015, p. 157) assevera: “Os textos normativos não determinam completamente as decisões dos tribunais e somente aos tribunais cabe interpretar, testar e confirmar ou não a sua consistência”. Ademais, a criatividade judicial é justificada, também, pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição (CRFB/88, art. 5º, inciso XXXV; CPC/1973, art. 126; CPC/2015, arts. 3º e 140). Ou seja, mesmo que a situação concreta submetida ao julgamento não esteja prevista na legislação, o juiz deve proferir uma decisão e apresentar a solução para o problema.

Pois bem. Assim como a linguagem em geral, a linguagem jurídica se utiliza de palavras que precisam ser interpretadas. Algumas palavras possuem sentidos que não geram controvérsias; contudo, nem sempre a interpretação é imune às ambiguidades, que determinam a possibilidade de ser atribuído mais de um sentido para o mesmo signo. Ademais, a CRFB/88 se utiliza da técnica denominada de cláusulas abertas, que significam um gênero, do qual fazem partes os princípios e os conceitos jurídicos indeterminados.

Ao contrário das regras, que possuem descrições de condutas específicas e imediatamente aplicáveis, os princípios são normas consagradoras de valores, ideias ou, até mesmo, fins públicos a serem cumpridos de diversas formas (BARROSO, 2005, s/p). Os princípios são mais maleáveis, dúcteis em sua aplicação, adequando-se às diversas situações. As regras são taxativas e inflexíveis, cabendo apenas em situações específicas e predeterminadas em seu próprio corpo normativo.

Com efeito, os princípios são entendidos como enunciados que carregam valor, conteúdo axiológico. Já os conceitos jurídicos indeterminados são signos técnicos ou semânticos, os quais terão sentido concreto fixado durante o exame do problema específico resolvido pelo aplicador/intérprete do direito. Os princípios e os conceitos jurídicos indeterminados são expressões de teor flexível, com elasticidade de conceitos peculiar, permitindo ao intérprete agregar valor diante da inexistência conceitual trazida pela norma. Aqui é a verdadeira transformação do juiz boca-da-lei em juiz-criativo, coautor da produção normativa, num processo de integração da norma jurídica para resolução do caso concreto.

Para definição dos conceitos jurídicos indeterminados² o intérprete faz valoração que, de algum modo, está ligada à subjetividade dele. Os princípios possuem inegável carga axiológica. “Na interpretação de normas cuja linguagem é aberta e elástica, o Direito perde muito da sua objetividade e abre espaço para valoração do intérprete” (BARROSO, 2014, p. 23). Cláusulas constitucionais como direito à vida, dignidade da pessoa humana ou igualdade, dão margem para construções hermenêuticas distintas. Como as Constituições consagram valores, esses podem, eventualmente, entrar em rota de choque, gerando colisões entre normas constitucionais³.

O tema merece uma explicação um pouco mais detida. Normas-regras são mandados de definição que exigem do magistrado, tão somente, a subsunção diante do caso concreto, aplicando a medida exata do que está prescrito na regra. Ou seja, quando estiver diante de um caso em que sua solução está expressamente posta no ordenamento jurídico positivado, o intérprete/aplicador deve aplicá-la. Por outro lado, normas-princípios são espécies de normas jurídicas por meio das quais são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, em consonância com as possibilidades do caso e das normas existentes. Sendo assim, as normas-princípios só terão seu grau de incidência descoberto frente à existência de um caso

² Exemplos: *relevância* e *urgência* (CPC/1973, arts. 273 e 798); providências que assegurem o *resultado prático equivalente* ao do adimplemento da tutela específica (CPC/1973, art. 461); e medidas *necessárias* para efetivação da tutela específica (CPC/1973, art. 461, § 5º).

³ Barroso (2014, p. 24) apresenta como exemplos as tensões entre desenvolvimento nacional e proteção do meio-ambiente e entre a livre-iniciativa e repressão ao abuso do poder econômico.

concreto, não sendo possível estabelecer de antemão o significado de qualquer princípio jurídico, bem como a sua aplicabilidade.

É só a aplicação dos princípios diante dos casos concretos que os concretiza mediante regras de colisão. Por isso, a aplicação de um princípio deve ser vista sempre com uma cláusula de reserva, a ser assim definida: Se no caso concreto um outro princípio não obtiver maior peso. (...) É dizer o mesmo: a ponderação dos princípios conflitantes é resolvida mediante a criação de regras de prevalência, o que faz com que os princípios, desse modo, não sejam aplicados também ao modo tudo ou nada. (ÁVILA, 2005, p. 27)

As normas-princípios não têm um fim em si mesmas; são um dever/ser. As normas-princípios dizem o que deve ser feito quando o juiz, diante de um caso, existindo uma antinomia ou lacuna, aplica um princípio ao caso concreto em harmonia com todo o ordenamento jurídico pátrio. Nenhum princípio, ainda que de origem constitucional, é absoluto, sendo necessária uma ponderação para o fim de descobrir qual deve prevalecer em uma situação específica. No entanto, é importante destacar que, conflitando uma norma-princípio e uma norma-regra, ambas de base constitucional, a norma-regra é que, em primeiro plano – salvo a impossibilidade de aplicação ou flagrante injustiça – deve ser aplicada, tendo em vista que a vontade do legislador expressa a vontade do povo e atende à legitimidade. A Magna Carta precisa prevalecer quando existe algo expressamente posto nela.

Os juízes, em sua função de concretização dos valores constitucionais escolhidos legitimamente por uma assembleia constituinte das mais democráticas e cidadãs, não podem, de modo algum, transpor os limites naturais de sua atividade, bem como aos balizamentos constitucionais que impõe aos demais poderes suas funções típicas, sob pena de afronta direta à Carta Magna e, por conseguinte, a um governo dos juízes, o que se afigura antidemocrático (SAMPAIO JÚNIOR, 2008, p. 91).

Num sistema constitucional que consagra cláusulas gerais, não há como negar que, em determinadas oportunidades, o sentido da norma terá que ser fixado pelo juiz. Isso não permite, no entanto, que o magistrado decida de acordo com sua vontade, já que o ato de decidir não equivale ao ato de fazer uma escolha. A construção racional da decisão judicial não é um ato de escolha unilateral e arbitrária pelo magistrado. Nesse ponto, Barroso (2014, p. 19-20), faz uma advertência necessária:

(...) juízes não inventam o Direito do nada. Seu papel é o de aplicar normas que foram positivadas pelo constituinte ou pelo legislador. Ainda quando desempenham uma função criativa do Direito para o caso concreto, deverão fazê-lo à luz dos valores compartilhados pela comunidade a cada tempo. Seu trabalho, portanto, não inclui escolhas livres, arbitrárias ou caprichosas.

Sendo ainda mais enfático na análise do poder criativo do juiz, Portanova (2003, p. 123-133) afirma que ele deve ser a expressão da democracia. Argumenta que não existem motivos para enclausurar o julgador em cubículos formais de procedimento com pouca liberdade criativa. Sustenta que o juiz deve afastar a lei injusta mediante aplicação direta dos princípios gerais, da dialética e da constituição. Sustenta que o magistrado deve se libertar do im-

pério da lei e se aproximar da realidade, construindo um direito mais voltado à justiça e menos à legalidade. Nesse cenário, o juiz já não deve ter a preocupação de “cumprir” a lei, e sim, de fazer *justiça* ao caso concreto. Nessa perspectiva, se encaixa perfeitamente a célebre lição de Couture: “Teu dever é lutar pelo direito, porém, quando encontrares o Direito em conflito com a justiça, luta pela justiça” (1979, p. 37).

Como sustenta Streck (2013a, p. 107), existe uma diferença entre decisão e escolha, pois a “decisão – no caso, a decisão jurídica – *não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para solução de um caso concreto, escolhe aquela que lhe parece mais adequada*” (STRECK, 2013a, p. 107).

Como visto, o juiz exerce poder criativo, isso em razão de adaptar as leis às novas realidades, aplicar princípios, exercer o controle de constitucionalidade e resolver o caso concreto. Todavia, o juiz não tem liberdade infinita. É o Legislativo e não o Judiciário que cria as leis. Os magistrados, nesse cenário, devem afastar as leis que não estejam em sintonia com o sistema jurídico, não mais do que isso. O juiz não deve concordar ou discordar do mérito de uma lei editada pelo Legislativo; deve se restringir em verificar a sua adequação frente à constituição e aos princípios.

Em todos os casos o julgador possui o ônus de fundamentar sua decisão mediante argumentação específica e exaustiva, não sendo suficientes as remissões genéricas a argumentos morais, de cunho subjetivo. O mesmo vale para argumentos que têm como único fundamento princípios de direito que, por serem excessivamente genéricos, abrangem uma ampla gama de possibilidades decisórias e necessariamente colidem com outros princípios, de forma que raramente oferecem uma base suficientemente sólida para a decisão (DIMOULIS, 2011, p. 226).

Nesse cenário, como o juiz tem o dever de fundamentar adequadamente suas decisões (CRFB/88, art. 93, inciso IX), estaria afastada a possibilidade de arbitrariedade e subjetivismos. Todavia, a simples fundamentação, apesar de necessária e essencial, já não é suficiente para afastar a subjetividade e a arbitrariedade. Num sistema que autoriza o juiz a aplicar a lei facultativamente, apenas exigir a fundamentação significa dar carta branca ao magistrado, que poderá decidir livremente, pois não encontrará maiores dificuldades para buscar fundamentação em princípios. Portanto, a decisão judicial, nesse novo panorama em que o juiz interpreta os textos jurídicos, além de ser fundamentada, deverá observar a coerência⁴, objeto de estudo mais detido nos capítulos seguintes deste estudo.

⁴ A função da coerência no ordenamento jurídico e no processo decisório é impor constrangimento real e importante aos juízes. “Há um dever jurídico e moral de demonstrar que as decisões decorrem do direito preexistente ou que, mesmo diante de uma situação absolutamente inédita, os fundamentos usados para solução de casos estão em sintonia com princípios gerais aceitos pela comunidade. Essa exigência, por sua vez, conecta-se com os ideais de igualdade de tratamento e de universalização dos fundamentos das decisões, na medida em que se espera que situações semelhantes gerem soluções semelhantes” (MARTINS et al., 2011, p. 218).

1.3. O acentuado aumento dos poderes do Supremo Tribunal Federal

Desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 percebe-se um contínuo enfraquecimento do Poder Legislativo, notadamente em razão de ter sido permitida a criação normativa através de Medidas Provisórias (CRFB/88, art. 62), aliado ao controle, a qualquer custo, da pauta congressista pelo Executivo, a fim de justificar e garantir a política econômica adotada no país. Lopes Filho (2014, p. 75-76) afirma que, embora o pós-positivismo seja indicado como sendo um dos marcos teóricos do neoconstitucionalismo, nele mantém-se uma das mais marcantes características do positivismo, qual seja, a discricionariedade. Nesse contexto, Lopes Filho (2014, p. 76) assevera:

(...) esse quadro teórico brasileiro implica um generalizado âmbito de incerteza no Direito e um protagonismo judicial sem controle racional exauriente. A isso se soma a notória crise do Legislativo não só na dimensão da legitimidade, mas, sobretudo, por sua cooptação pelo Executivo, que o pauta e coordena em troca de postos ministeriais, característica nacional apartidária. Essa estagnação da instância política, aliada à ostensiva presença do Executivo na vida social, leva muitos anseios sociais a recaírem sobre o Judiciário (...), retroalimentando o âmbito de incertezas.

A situação fica ainda mais grave quando integrantes do Supremo Tribunal Federal pretendem reconhecer, a pretexto de aplicação da hermenêutica constitucional, a inconstitucionalidade do próprio texto constitucional. Para exemplificar, temos os debates ocorridos no julgamento da Reclamação 4.335/AC. A questão chegou ao Supremo Tribunal Federal porque, após o STF ter declarado, em controle difuso⁵ (HC 82.959/SP), a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da Lei nº 8.072/1990, o juiz da Vara de Execuções Penais de Rio Branco (no Acre) indeferiu o pedido de progressão de regime em favor de um condenado, argumentando que a Lei de Crimes Hediondos proibia a progressão e que a decisão do STF teria eficácia *erga omnes* somente se, a teor do previsto no art. 52, inciso X, da CRFB/88, o Senado Federal suspendesse a execução do dispositivo da Lei de Crimes Hediondos, o que ainda não teria ocorrido à época.

Pela teoria da abstrativização (também denominada de teoria da objetivação ou teoria da dessubjetivação) do controle difuso, defendida pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau⁶, se o Plenário do STF decidiu a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ainda que em controle difuso, essa decisão tem os mesmos efeitos do con-

⁵ Segundo o entendimento tradicional, o controle concentrado é realizado pelo Supremo Tribunal Federal, de forma abstrata, nas hipóteses em que lei ou ato normativo viole direta e frontalmente a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, produzindo, como regra, efeitos *ex tunc* e gerando consequências *erga omnes* e vinculantes (Lei nº 9.868/99, art. 28, parágrafo único). O controle difuso é realizado por qualquer juiz ou tribunal (inclusive no STF) em um caso concreto. Produz, como regra, efeito *ex tunc*. Gera consequências *inter partes* e não é dotado de força vinculante.

⁶ Aposentou-se em agosto de 2010, sendo sucedido pelo Min. Luiz Fux.

trole concentrado, ou seja, eficácia *erga omnes* e vinculante. Segundo eles, o art. 52, inciso X, da CRFB/88 sofreu uma mutação constitucional e, portanto, deve ser reinterpretado. O papel do Senado Federal seria apenas o de dar publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal.

Sintetizando os argumentos dos Ministros Sepúlveda Pertence⁷, Joaquim Barbosa⁸, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, foi estabelecido que suprimir competências de um Poder de Estado, por via de interpretação constitucional, colocaria em risco a própria lógica do sistema de freios e contrapesos. Embora a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tenha redesenhado a relação entre os poderes, fortalecendo o papel da Suprema Corte, ao dotar, por exemplo, as decisões de efeito vinculante e eficácia *erga omnes* nas ações diretas de constitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade (art. 102, § 2º), isso, no entanto, não se deu em detrimento das competências dos demais poderes. A impossibilidade de se cogitar de mutação constitucional decorre dos limites formais e materiais que a própria Lei Maior estabelece quanto ao tema, a começar pelo que se contém no art. 60, § 4º, III, da CRFB/88, que confere à separação dos poderes dignidade de “cláusula pétrea”, que sequer pode ser alterada por meio de emenda constitucional.

O Ministro Teori Zavascki, acompanhado pelos Ministros Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello, asseverou que, não obstante os debates acerca da mutação constitucional, da necessidade de conferir eficácia à doutrina da separação de poderes e da impossibilidade de se reconhecer inconstitucionalidade da própria constituição, existem decisões do STF – além daquelas que declaram a inconstitucionalidade, únicas que, por disposição constitucional expressa (art. 52, inciso X) estão sujeitas à edição, pelo Senado Federal, de resolução para lhes conferirem eficácia *erga omnes* –, proferidas em controle difuso, que gozam de força expansiva ultra partes.

Nesse contexto, o Ministro Teori Zavascki ressaltou, então, que, enquanto a reclamação aguardava para ser julgada, foi editada a súmula vinculante 26⁹, dotada de eficácia vinculante e que está em confronto com o que havia decidido o juiz de Rio Branco. Em face disso, conheceu da reclamação e lhe deu provimento, não porque houve afronta ao que fora decidido no HC 82.959/SP, mas em razão da violação do entendimento sedimentado na súmula vinculante 26.

⁷ Aposentou-se em agosto de 2007, sendo sucedido pelo Min. Menezes Direito, que faleceu em 1º de setembro de 2009, sendo, então, sucedido pelo Min. Dias Toffoli.

⁸ Aposentou-se em julho de 2014, sendo sucedido pelo Min. Edson Fachin.

⁹ Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Como se percebe, a questão não restou decidida de modo definitivo. Ademais, considerando que os Ministros Carmem Lúcia (que estava no exterior em viagem oficial), Dias Toffoli, Luiz Fux e Edson Fachin (que sucederam Ministros que já tinham votado) não votaram, o entendimento poderá, em tese, mudar.

Pois bem. A atividade dos juízes não pode ser permeada por subjetividade. O Judiciário não é legislador positivo. Rocha (2009, p. 130-136) faz duras críticas ao que denominou de “judicialização da sociedade”. Argumenta que, ao ter sido permitida a edição, pelo STF, de súmulas vinculantes, a Suprema Corte foi colocada na mais importante posição no processo de produção do direito, pois passa a ditar a forma como devem ser interpretados os textos normativos, cuja interpretação deve obrigatoriamente ser seguida pelos demais órgãos de decisão e, inclusive, pela administração pública.

O motivo pelo qual foi conferido tamanho poder para onze pessoas – escolhidas pelas elites, indicadas pelo Presidente da República, cujos nomes são homologados de modo burocrático pelo Senado Federal – é atender aos interesses de mercado capitalista. Quando é invocada a necessidade de resguardar os valores da igualdade e da certeza jurídica, que são violados quando o Judiciário atribui sentidos diferentes à mesma lei, em realidade está sendo atendida uma exigência fundamental do mercado, pois “a moderna empresa capitalista requer uma justiça, cujo funcionamento possa ser racionalmente calculado” (WEBER *apud* ROCHA, 2009, p. 134). Ao ser concentrado no STF o poder de ditar, com força normativa vinculante, o sentido em que os textos normativos devem ser entendidos, o que pode ser feito através de procedimento sumário (ações diretas), também são atendidos os interesses do mercado, pois, em verdade, exclui a competência dos juízes para interpretar as leis, eliminando, assim, o pluralismo jurisprudencial, mediante o estabelecimento da garantia da previsibilidade das decisões judiciais (ROCHA, 2009, p. 134).

Rocha (2009, p. 128-136) também trabalhou as causas e consequências da adoção da súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro. Em magistral colocação, esclarece:

Em essência, a súmula vinculante só em pequena parte atende aos interesses da coletividade, ao tutelar o princípio da igualdade. No mais, está a serviço do sistema do mercado, que não tem condições de permitir que seus interesses vitais (econômico) fiquem na dependência de sentenças judiciais de milhares de juízes portadores de diferentes ideologias (...). De modo que a súmula vinculante é uma solução “arguta” do sistema capitalista porque, sob o pretexto de defender valores relevantes para a sociedade, esvaziou a competência dos juízes que constituem mais de 90% dos membros do Judiciário e, ao mesmo tempo, concentrou o poder no órgão de cúpula do sistema, de fácil acesso às elites e o mais distanciado dos problemas que afligem o povo (ROCHA, 2009, p. 134-135).

A ocupação, pelo Poder Judiciário, da esfera legislativa, desvirtua o sentido democrático das instituições. Para evitar isso, Cappelletti (1999, p. 100) aponta uma saída muito lúcida:

Certamente, também os juízes podem se transformar em burocratas distantes e isolados do seu tempo e da sociedade, mas, quando isto ocorre, um sadio sistema democrático tem a capacidade de intervir e corrigir a situação patológica, mediante instrumentos de controles recíprocos. Em particular, a norma inaceitável, judicialmente criada, pode ser corrigida ou ab-rogada mediante um ato legislativo e, no limite, até por meio de uma revisão constitucional.

A solução apontada por Cappelletti, embora consciente e correta, se torna ineficaz quando o Judiciário, de forma arbitrária, não respeita atos legislativos posteriores e contrários ao que decidiu. Para exemplificar, podemos mencionar que, após o cancelamento da sua súmula 394, que excluía do foro privilegiado os agentes públicos que deixassem o exercício da função (Questão de Ordem no Inquérito 687/DF), o STF invalidou lei editada pelo Congresso Nacional (Lei nº 10.628/02) que restabelecia a orientação anterior. O acórdão do STF considerou haver usurpação de sua função de intérprete final da constituição (ADI 2.797/DF). Embora a questão possa ser justificada em termos teóricos, já que lei ordinária não poderia pretender fazer autêntica interpretação da constituição, diferente da já realizada pelo STF, o exemplo dado serve de alerta.

Atento ao tema aqui enfrentado, Lopes Filho (2014, p. 79) destaca que, no constitucionalismo contemporâneo em desenvolvimento no nosso país, o que se visa é a preservação dos novos poderes jurisdicionais no vértice da pirâmide judiciária, de modo que a intenção é o novo papel do Judiciário ser protagonizado apenas pelos órgãos mais elevados. Contudo, Lopes Filho (2014, p. 79-80) também faz uma advertência:

Na mesma medida em que pretende consolidar, sobre instâncias inferiores, a imposição de decisões obrigatórias, paradoxalmente, o Supremo Tribunal Federal e os outros tribunais superiores adotam em seus julgamentos atitude que os põe livre de vinculação mais rígida, seja ao Legislativo, seja aos costumes ou mesmo à doutrina. A intenção de um controle rígido da discricionariedade judiciária só se faz mais firme sobre o nível intermediário para baixo. Nos escalões superiores, ela não só é aceita como, mas também é exortada por suas decisões.

Nos próximos capítulos, iremos aprofundar o estudo sobre a jurisprudência vinculante e acerca da necessidade de aplicação adequada da teoria dos precedentes no ordenamento nacional, cujos temas estão estreitamente ligados à forma de atuação dos tribunais superiores. A falta de vinculação aos precedentes no plano vertical também será abordada nos capítulos seguintes.

1.4. Decisionismo e justiça lotérica

Em recente matéria jornalística veiculada na Folha de São Paulo¹⁰, intitulada “Acusado precisa de sorte para reverter condenação no TJSP, indica estudo”, foi afirmado, com base na análise de um estudo empírico realizado pela Associação Brasileira de Jurimetria, que “para aumentar suas chances de reverter uma condenação de primeira instância apelando ao Tribunal de Justiça de São Paulo, uma pessoa acusada de cometer um crime precisa, além de uma boa defesa, um bocado de sorte”. O estudo analisou o total de acórdãos produzidos pelas 16 câmaras criminais do TJSP no ano de 2014, tendo concluído que o percentual de recursos denegados varia de 16% na 12ª Câmara Criminal a 81% na 4ª Câmara Criminal.

Ao fazermos referência à matéria jornalística veiculada pela Folha de São Paulo, nosso desiderato não foi investigar a metodologia utilizada pelo estudo referenciado, tampouco analisar quantitativa ou qualitativamente os critérios utilizados para se chegar à afirmação de que para ter um recurso provido no TJSP é necessário sorte. Visamos, apenas, demonstrar que a loteria judiciária está estampada até mesmo nas páginas de um jornal de grande circulação nacional. Esclarecido isso, é importante deixar claro que a situação relatada, ao seu turno, gera uma preocupante insegurança jurídica, notadamente quando a distribuição dos recursos é feita por sorteio (CPC/1973, art. 548; CPC/2015, art. 930).

Nesse contexto, em célebre texto divulgado há quase quinze anos, Cambi (2001, s/p), já denunciava:

(...) Piero Calamandrei não se equivoca quando compara o processo a um jogo dizendo que, para obter a justiça, não basta a parte ter razão, pois, além disso, conforme um antigo provérbio vênето, é preciso encontrar um Juiz que a entenda e que tenha vontade de lhe dar razão. A idéia da *jurisprudência lotérica* se insere justamente nesse contexto; isto é, quando a mesma questão jurídica é julgada por duas ou mais maneiras diferentes. Assim, se a parte tiver a sorte de a causa ser distribuída a determinado Juiz, que tenha entendimento favorável da matéria jurídica envolvida, obtém a tutela jurisdicional; caso contrário, a decisão não lhe reconhece o direito pleiteado.

A confirmação de que nosso sistema processual permite que, para casos idênticos, sejam obtidas decisões diferentes, se extrai do contido na súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, que assim dispõe: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”¹¹. Entretanto, como assevera Cambi (2001, s/p) “quando uma mesma regra ou prin-

¹⁰ Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/10/1698478-estudo-indica-que-camara-do-tribunal-de-justica-paulista-mais-nega-recurso.shtml>>. Acesso em: 12 nov. 2015.

¹¹ Apenas para que não seja omitida informação relevante acerca da correta aplicação da súmula 343 do STF, é oportuno informar que, em julgamento de Recurso Extraordinário no qual fora reconhecida a existência de repercussão geral, restou decidido: “(...) AÇÃO RESCISÓRIA – VERBETE Nº 343 DA SÚMULA DO SUPREMO. O Verbetes nº 343 da Súmula do Supremo deve de ser observado em situação jurídica na qual, inexistente controle concentrado de constitucionalidade, haja entendimentos diversos sobre o alcance da norma, mormente quando o Supremo tenha sinalizado, num primeiro passo, óptica coincidente com a revelada na decisão rescindenda” (RE 590.809/RS, Rel.: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 22/10/2014).

cípio é interpretado de maneira diversa por Juízes ou Tribunais em casos iguais, isso gera *insegurança jurídica*, pois, para o mesmo problema, uns obtêm e outros deixam de obter a tutela jurisdicional”.

Pois bem. Ao tratar dos limites éticos do Poder Constituinte Originário e da concretização da lei pelo Judiciário, Adeodato (2012, p. 304) assevera:

(...) o positivismo exegético evolui para um decisionismo concretista (...). A complexidade social crescente provoca um aumento cada vez maior no dissenso a respeito da significação concreta dos textos normativos, diminuindo a importância do Poder Legislativo e enfatizando o papel do Judiciário e demais agentes casuísticos. A ideia normativa não mais se concretiza no texto legislado, na jurisprudência ou mesmo no precedente, meros dados de entrada, mas sim na decisão concreta. A “racionalidade” do direito, mais do que casuística, passa a ser causal.

O que temos visto, com frequência, em todas as esferas do Poder Judiciário, são decisões baseadas em juízos de consciência¹² – ou de conveniência – dos prolatadores, sem qualquer comprometimento com a efetiva aplicação do direito posto¹³. Diante disso, é necessário combater os decisionismos¹⁴, proferidos sem qualquer justificativa racional.

Nesse contexto, é oportuno reproduzir a manifestação do Ministro Humberto Gomes de Barros¹⁵, que já se tornou célebre, na qual *Ele* expõe, sem nenhuma cerimônia, a ideia de que tudo – a tradição, a coerência e a integridade do direito – pode ser desprezado em prol da decisão conforme *Sua* consciência:

¹² Streck (2013a, p. 117) assim se posiciona: “(...) quando critico o ‘solipsismo judicial’ ou, o que é a mesma coisa, as ‘decisões conforme à consciência do julgado’”, tenho em mente a tese de que *as decisões judiciais não devem ser tomadas a partir de critérios pessoais*, isto é, a partir da consciência psicologista. Insisto, pois, que se trata de uma questão relacionada à superação do paradigma daquilo que se denomina “filosofia da consciência”. A justiça e o Judiciário não podem depender da opinião pessoal que juízes e promotores tenham sobre as leis e os fenômenos sociais, até porque os sentidos sobre as leis (e os fenômenos) são produtos de uma intersubjetividade e não de um indivíduo isolado”.

¹³ Para exemplificar, indicamos a leitura do texto “Justiça entre exegetismo e decisionismo: o que fazer?”, no qual de Lenio Luiz Streck (2014a) comenta uma decisão proferida pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, na qual foi permitido o saque do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) para pagamento de pensão alimentícia, uma nítida substituição do legislador pelo órgão judicial. Com efeito, as hipóteses de movimentação da conta vinculada ao FGTS estão previstas no art. 20 da Lei nº 8.036/90, não havendo previsão do saque para pagamento de prestação alimentícia. O fato de a decisão ter sido “justa” – no enfoque de resolução apenas do caso concreto – é irrelevante; a eventual “falha” do legislador em não incluir os inadimplentes de pensão alimentícia como possíveis sacadores do FGTS, também. O fato é que o Judiciário não pode tratar da matéria. Decisão judicial não é escolha. Se o legítimo detentor do poder de regulamentar a questão exerceu o seu mister – não sendo, pois, hipótese de omissão inconstitucional; e se não é caso de interpretação conforme – a constituição não admite a interpretação no sentido de considerar válida a transferência de recursos que constituem a garantia de todo o sistema do FGTS e são, pois, de todos os que a ele estão vinculados, para resolver o problema de apenas um; ao Judiciário era permitido, apenas, aceitar e aplicar a norma.

¹⁴ Como afirma TRINDADE (2012, p. 121-122): “(...) para concretizar os direitos fundamentais, conferiu-se aos juízes discricionariedade para invocar o *justo* contra a *lei*. E, assim, após muitos anos de luta contra o positivismo legalista, incorremos em outro equívoco: substituímos o *juiz boca de lei* pelo *juiz que pondera princípios* e que, portanto, decide conforme sua consciência, a partir de valoração de ordem subjetiva, passando, assim, de um *mecanismo* na aplicação do direito para um *decisionismo* (...), que vem reforçado pela ideia de que a discricionariedade é algo natural à decisão judicial”.

¹⁵ Voto proferido no julgamento do AgRg no EREsp 279.889/AL, Rel.: Min. Francisco Peçanha Martins, 1ª Seção, j. 14/08/2002.

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja.

Teorias que apostam no subjetivismo do aplicador acabam permitindo discricionariedades e arbitrariedades. Em regimes e sistemas jurídicos democráticos, não há espaço para que a “convicção pessoal do juiz” seja o critério para resolver as indeterminações da lei. Nesse ponto, é oportuna a lição de Trindade (2012, p. 119):

(...) considerando que no interior da dogmática jurídica a interpretação continua a ser entendida como escolha de um sentido tomado que advém da consciência do julgador – ao qual é delegada a tarefa de, casuisticamente, concretizar os direitos fundamentais a partir de suas convicções pessoais, conforme denuncia Streck –, o que se verifica é um alto grau de voluntarismo, cujo resultado, ao final, é uma *justiça lotérica*, marcada pela imprevisibilidade (...).

Com efeito, a prática jurídica revela que existem múltiplas decisões para casos que, sob o ponto de vista das discussões dos aspectos relacionados ao direito aplicável, são simetricamente iguais. Ademais, podem ser encontradas decisões que desconsideram completamente o ordenamento constitucional e infraconstitucional posto. Desconsideram, também, a força obrigatória dos precedentes, do que trataremos com maior vigor no decorrer deste trabalho. O que deve ser enfatizado, no entanto, é que múltiplas decisões para casos iguais revelam uma ordem jurídica incoerente e injusta.

É flagrante a falta de coerência jurídica. Integrantes do Poder Judiciário, em casos semelhantes, ora invocam determinadas preocupações, ora não as invocam, a depender, ao que tudo indica, do pragmatismo essencialmente momentâneo inerente ao ir e vir da conjuntura política, econômica e social. Nesse contexto, os princípios passaram a servir para justificar qualquer decisão. Criticando as manifestações judiciais que exageram na fundamentação principiológica, Sarmiento (2007, p. 144) argumenta:

Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça –, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta “euforia” com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras “varinhas de condão”: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democra-

cia, porque permite que juízes não eleitos imponham as suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiossincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico.

Se for autorizado que o juiz decida conforme a consciência, o caráter institucional de que devem se revestir as decisões do Poder Judiciário restará dilacerado. Os decisionismos não dão segurança para ninguém, mas apenas a sensação de que temos que torcer para que o juiz que decide nossa causa seja um “homem de bem”. Nesse cenário, Rossi (2015, p. 24) assevera que “o pós-positivismo à brasileira é um disfarce para a aplicação rasa da ponderação de valores, (...) notadamente pelo fato de que a aplicação da ponderação autoriza a discricionariedade na ‘escolha’ do princípio que prevalecerá na solução do caso”. Diante disso, é necessário estabelecer uma hermenêutica racional para evitar decisões baseadas na “consciência individual” de cada julgador.

Streck (*apud* TRINDADE, 2012, p. 118) faz uma crítica hermenêutica implacável ao nível de decisionismo a que chegamos no Brasil:

O uso da ponderação, como um verdadeiro princípio, decorre de um fenômeno muito peculiar à realidade brasileira, que venho denominando *pan-principiologismo*. (...) Esse pan-principiologismo faz com que – a pretexto de se estar aplicando princípios constitucionais – haja uma proliferação descontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional.

Para evitar que o subjetivismo contamine o processo de elaboração das decisões judiciais, Trindade (2012, p. 130-131) propõe uma aproximação entre os pensamentos de Luigi Ferrajoli e Lenio Streck, na media em que ambos defendem a normatividade da constituição. Para Ferrajoli, os princípios constitucionais servem para aumentar a certeza do Direito, pois limitam as opções interpretativas, obrigando os juízes a atribuir aos textos legais somente os sentidos normativos compatíveis com eles. Já Streck sustenta que a introdução dos princípios que torna viável sustentar a tese hermenêutica de que, no Direito, existem respostas corretas para casos concretos, sendo certo que os princípios têm como finalidade evitar decisionismos judiciais, pois servem para restringir a interpretação, impedindo múltiplas respostas.

Não se deve permitir o protagonismo desarrazoado e sem medidas por parte do Poder Judiciário. Os princípios não são coringas que servem para justificar qualquer decisão. Trindade (2012, p. 121) critica as ideias defendidas por Cambi, que aposta no protagonismo do juiz, ao qual competiria encontrar a solução mais justa possível, quando sustenta:

(...) o protagonismo judicial poderia ser visto positivamente se a atividade exercida pelos juízes não dependesse de juízos subjetivos fundados na ponderação de valores, não violasse o equilíbrio do sistema político e não resultasse em práticas arbitrárias que coloquem em

risco os pilares estruturais da democracia constitucional: a garantia dos direitos fundamentais e a preservação do regime democrático e da soberania popular.

Para evitar o pernicioso decisionismo – e julgamentos autoritários e arbitrários, não comprometidos com qualquer base teórica que os sustentem de maneira racional – é necessário que “as decisões judiciais possam alcançar um nível de aceitabilidade geral” (TEIXEIRA, 2002, p. 95), pois “a decisão a ser proferida não pode ser satisfatória exclusivamente para quem a dita” (TEIXEIRA, 2002, p. 94-95). Essas ideias serão expandidas nos próximos capítulos deste estudo.

1.5. Uma pequeníssima demonstração empírica da jurisprudência lotérica no âmbito do Tribunal de Justiça de Pernambuco

Marinoni (2010, p. 588) sintetiza com excelência a preocupação em sedimentar na cultura jurídica brasileira a compreensão, estudo e respeito aos precedentes, quando menciona:

Embora deva ser no mínimo indesejável, para um Estado Democrático, dar decisões desiguais a casos iguais, ainda não se vê reação concreta a esta situação da parte dos advogados brasileiros. A advertência de que a lei é igual para todos, que sempre se viu escrita sobre a cabeça dos juízes nas salas do *civil Law*, além de não mais bastar, constitui piada de mau gosto àquele que, perante uma das Turmas do Tribunal e sob tal inscrição, recebe decisão distinta a proferida – em caso idêntico – pela Turma cuja sala se localiza metros mais adiante, no mesmo longo e indiferente corredor do prédio que, antes de tudo, deveria abrigar a igualdade de tratamento perante a lei.

Como assevera Barroso (2014, p. 25-26), uma pesquisa empírica no Poder Judiciário certamente confirmaria que “os mesmos juízes nem sempre adotam os mesmos métodos de interpretação. Seu método ou filosofia judicial é mera racionalização da decisão que tomou por outras razões”. Essa afirmação é intrigante e, em face disso, optamos por fazer uma breve – bem breve – análise de julgados do Tribunal de Justiça de Pernambuco. O intuito não foi analisar os métodos de interpretação utilizados pelos julgadores; pretendemos, apenas, averiguar se existem decisões diferentes em temas iguais.

Pois bem. Para viabilizar a pesquisa, escolhemos um tema que já foi enfrentado pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recurso especial repetitivo; trata-se do tema 722¹⁶, concernente à ação de busca e apreensão de bem objeto de alienação fiduciária em garantia. A controvérsia foi a seguinte: possibilidade de, após efetivada a apreensão judicial do bem, haver purgação da mora, mediante o pagamento das prestações vencidas até o ajuizamento da demanda e das que venceram até a apreensão, com a consequente devolução do bem

¹⁶ Informações disponíveis em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Repetitivo/relatorio2.asp?acao=pesquisar&cod_tema_inicial=722&cod_tema_final=722>. Acesso em 25 nov. 2015.

e restabelecimento do financiamento; ou necessidade de pagamento da integralidade da dívida, ou seja, das prestações vencidas e vincendas – que venceram antecipadamente em face da mora –, como condição para devolução do bem apreendido judicialmente. A 2ª Seção do STJ decidiu, para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil, que, nos contratos firmados na vigência da Lei nº 10.931/04, compete ao devedor pagar a integralidade da dívida, sob pena de consolidação da propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária com o credor fiduciário¹⁷.

Definido o tema, efetuamos a pesquisa no sítio eletrônico do TJPE na Rede Mundial de Computadores, utilizando a funcionalidade “jurisprudência”¹⁸. Foram utilizadas como argumentos de pesquisas as seguintes palavras: busca; apreensão; alienação; fiduciária; purgação; mora; possibilidade; integralidade; pagamento; parcelas; vencidas; e vincendas. As palavras foram utilizadas em combinações simultâneas e alternadas. Foram aplicados cortes metodológicos. Somente os julgamentos ocorridos, no TJPE, após a publicação da decisão do STJ (14/05/2014), é que foram utilizados. Foram considerados os acórdãos cujos julgamentos ocorreram até novembro de 2015. Além disso, foram desprezados os acórdãos em que a discussão se pautou em temas diferentes daquele julgado pelo STJ; todavia, as decisões nas quais a discussão envolveu outros assuntos, mas houve enfrentamento da tese decidida pelo STJ, foram considerados.

Foram selecionados 33 acórdãos. Constatamos que em 17 acórdãos¹⁹ (51,51%) foi aplicado o mesmo entendimento do STJ; entretanto, em 16 acórdãos²⁰ (48,49%), não obstante

¹⁷ REsp 1.418.593/MS, Rel.: Min. Luis Felipe Salomão, j. 14/05/2014.

¹⁸ Disponível em <<http://www.tjpe.jus.br/consultajurisprudenciaweb/xhtml/consulta/consulta.xhtml>>.

¹⁹ Agravo de Instrumento 411811-8, NPU 0014215-11.2015.8.17.0000, Rel.: Agenor Ferreira de Lima Filho, 5ª Câmara Cível, j. 25/11/2015; Agravo de Instrumento 398630-3, NPJ 0010820-11.2015.8.17.0000, Rel.: Francisco Eduardo Goncalves Sertorio Canto, 3ª Câmara Cível, j. 12/11/2015; Agravo Regimental 391558-8, NPU 0008130-09.2015.8.17.0000, Rel.: Roberto da Silva Maia, 1ª Câmara Cível, j. 20/10/2015; Agravo de Instrumento 386872-0, NPU 0006222-14.2015.8.17.0000, Rel.: Roberto da Silva Maia, 1ª Câmara Cível, j. 08/09/2015; Agravo de Instrumento 369377-6, NPJ 0015129-12.2014.8.17.0000, Rel. Roberto da Silva Maia, 1ª Câmara Cível, j. 08/09/2015; Agravo Regimental 386197-2, NPU 0005826-37.2015.8.17.0000, Rel.: Roberto da Silva Maia, 1ª Câmara Cível, j. 25/08/2015; Agravo de Instrumento 385931-0, NPU 0005702-54.2015.8.17.0000, Rel.: Roberto da Silva Maia, 1ª Câmara Cível, j. 04/08/2015; Agravo Regimental 334641-2, NPU 0004762-26.2014.8.17.0000, Rel.: Josué Antônio Fonseca de Sena, 1ª Câmara Cível, j. 07/04/2015; Agravo Regimental 353639-4, NPU 0002034-40.2014.8.17.1090, Rel.: Josué Antônio Fonseca de Sena, 1ª Câmara Cível, j. 03/03/2015; Agravo Regimental 349476-8, NPU 0009498-87.2014.8.17.0000, Rel.: Josué Antônio Fonseca de Sena, 1ª Câmara Cível, j. 03/03/2015; Agravo de Instrumento 364476-4, NPU 0013673-27.2014.8.17.0000, Rel.: Josué Antônio Fonseca de Sena, 1ª Câmara Cível, j. 03/03/2015; Agravo 362682-4, NPU 0013167-51.2014.8.17.0000 Rel.: Josué Antônio Fonseca de Sena, 1ª Câmara Cível, j. 03/03/2015; Agravo 346027-3, NPU 0008250-86.2014.8.17.0000, Rel.: José Fernandes, 5ª Câmara Cível, j. 22/10/2014; Agravo 352815-0, NPU 0010523-38.2014.8.17.0000, Rel.: Josué Antônio Fonseca de Sena, 1ª Câmara Cível, j. 14/10/2014; Apelação 322917-0, NPU 0027610-38.2013.8.17.0001, Rel.: Roberto da Silva Maia, 1ª Câmara Cível, j. 14/10/2014; Agravo de Instrumento 326704-9, NPU 0001337-88.2014.8.17.0000, Rel.: Stênio José de Sousa Neiva Coêlho, 1ª Câmara Cível, j. 26/08/2014; e Apelação 320931-2; NPU 0001680-04.2013.8.17.1590, Rel.: Roberto da Silva Maia, 1ª Câmara Cível, j. 29/07/2014.

a consolidação da controvérsia em sede de julgamento de recurso especial repetitivo, foi permitida a purgação da mora, mediante pagamento das prestações vencidas e das que se venceram no curso da demanda até a apreensão do veículo, com a determinação de devolução do bem apreendido judicialmente. As 1ª, 3ª e 5ª Câmaras Cíveis decidiram de acordo com o entendimento do STJ, enquanto que as 2ª, 4ª e 6ª Câmaras Cíveis não seguiram o entendimento do STJ. Resta, pois, comprovada a jurisprudência lotérica no âmbito do TJPE.

Não obstante o que foi mencionado, é importante perceber que o tema analisado é expressamente disciplinado pela lei, o que, pelo menos *a priori*, não deveria causar tamanha controvérsia. Nesse sentido, o art. 2º, § 3º, do Decreto-Lei nº 911/69 estabelece: “A mora e o inadimplemento de obrigações contratuais garantidas por alienação fiduciária, ou a ocorrência legal ou convencional de algum dos casos de antecipação de vencimento da dívida facultarão ao credor considerar, de pleno direito, vencidas tôdas as obrigações contratuais, independentemente de aviso ou notificação judicial ou extrajudicial”, ao passo que o art. 3º, § 2º, da norma antes mencionada, na redação que lhe foi atribuída pela Lei nº 10.931/04, determina: “No prazo do § 1º, o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus”.

Como se percebe, não há necessidade de ser elaborado qualquer esforço interpretativo para se chegar à conclusão de que, ao referir *integralidade da dívida pendente*, o legislador considerou ser necessário o pagamento, tanto das parcelas vencidas, quanto das vincendas – que vencem antecipadamente em face da mora. Não é por outro motivo que, na hipótese de o devedor fiduciante exercer tal faculdade, o bem lhe será restituído livre do ônus da alienação

²⁰ Agravo 348505-0, NPU 0009135-03.2014.8.17.0000, Rel.: Francisco Manoel Tenorio dos Santos, 4ª Câmara Cível, j. 05/11/2015; Agravo 399008-5, NPU 0010939-69.2015.8.17.0000, Rel.: Evandro Sérgio Netto de Magalhães Melo, 6ª Câmara Cível, j. 06/10/2015; Apelação 356596-6, NPU 0021396-65.2012.8.17.0001, Rel.: Cândido José da Fonte Saraiva de Moraes, 2ª Câmara Cível, j. 30/09/2015; Agravo 394067-4, NPU 0009375-55.2015.8.17.0000, Rel.: Eurico de Barros Correia Filho, 4ª Câmara Cível, j. 27/08/2015; Agravo 361250-8, NPU 0012734-47.2014.8.17.0000, Rel.: Eurico de Barros Correia Filho, 4ª Câmara Cível, j. 20/08/2015; Agravo Regimental 391034-3, NPU 0007818-33.2015.8.17.0000, Rel.: Cândido José da Fonte Saraiva de Moraes, 2ª Câmara Cível, j. 08/08/2015; Agravo de Instrumento 386403-5, NPU 0005944-13.2015.8.17.0000, Rel.: Cândido José da Fonte Saraiva de Moraes, 2ª Câmara Cível, j. 08/07/2015; Agravo de Instrumento 362453-3, NPU 0013090-42.2014.8.17.0000, Rel.: Cândido José da Fonte Saraiva de Moraes, 2ª Câmara Cível, j. 13/05/2015; Agravo 367731-2, NPU 0011982-95.2011.8.17.0480, Rel.: Cândido José da Fonte Saraiva de Moraes, 2ª Câmara Cível, j. 08/04/2015; Agravo 365062-4, NPU 0011111-84.2013.8.17.1130, Rel.: Cândido José da Fonte Saraiva de Moraes, 2ª Câmara Cível, j. 01/04/2015; Agravo 361463-5, NPU 0012766-52.2014.8.17.0000, Rel.: Antônio Fernando de Araújo Martins, 6ª Câmara Cível, j. 24/03/2015; Agravo 334285-4, NPU 0004569-11.2014.8.17.0000, Rel.: Eurico de Barros Correia Filho, 4ª Câmara Cível, j. 19/03/2015; Agravo 362453-3, NPU 0013090-42.2014.8.17.0000, Rel.: Cândido José da Fonte Saraiva de Moraes, 2ª Câmara Cível, j. 07/01/2015; Agravo de Instrumento 331432-1, NPU 0003130-62.2014.8.17.0000, Rel.: Antônio Fernando de Araújo Martins, 6ª Câmara Cível, j. 04/11/2014; Agravo 348466-8, NPU 0009116-94.2014.8.17.0000, Rel.: Antônio Fernando de Araújo Martins, 6ª Câmara Cível, j. 02/10/2014; e Agravo 335549-7, NPU 0005249-93.2014.8.17.0000, Rel.: Cândido José da Fonte Saraiva de Moraes, 2ª Câmara Cível, j. 23/07/2014.

fiduciária, o que, inexoravelmente, leva à compreensão de que há necessidade de pagamento de toda a dívida: vencida e vincenda, que venceu antecipadamente, repita-se. Não é lógico liberar o bem do ônus real sem que o financiamento tenha sido quitado.

Não obstante isso, em várias das decisões pesquisadas²¹, o argumento utilizado para não aplicar o mesmo entendimento sedimentado no STJ foi a ausência de efeito vinculante com a decisão proferida em sede de recurso especial repetitivo. Todavia, essa argumentação simplista não pode ser tolerada. Com efeito, as decisões proferidas pelos tribunais superiores, que por expressa disposição constitucional têm a função conferir unicidade e coerência à interpretação constitucional e infraconstitucional federal (CRFB/88, arts. 102, inciso III, e 105, inciso III), possuem, sim, eficácia vinculante. A eficácia vinculante não impede, no entanto, que o juiz supere – ou não aplique – o entendimento dos tribunais superiores mediante utilização de argumentos não enfrentados pelas cortes de cúpula, ou através da demonstração de que o caso analisado é substancialmente diferente sob o ponto de vista fático.

Nesse sentido, apenas a título argumentativo, o STJ não analisou a tese segundo a qual a necessidade de pagamento da integralidade da dívida viola o previsto no art. 54, § 2º, da Lei nº 8.078/90, razão pela qual, como o CDC regulamenta norma constitucional (CRFB/88, arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V; e ATDC, art. 48), sendo, pois, norma de natureza principiológica, uma lei ordinária (no caso, a Lei nº 10.931/04) não poderia ter lhe

²¹ Exemplificativamente: Agravo 348505-0, NPU 0009135-03.2014.8.17.0000, Rel.: Francisco Manoel Tenorio dos Santos, 4ª Câmara Cível, j. 05/11/2015. A ementa do julgado sintetiza o entendimento: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE AGRAVO EM RECURSO DE AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO (ART. 557, §1º, CPC). BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. PURGAÇÃO DA MORA. POSSIBILIDADE. ART. 401, I, DO CÓDIGO CIVIL. SÚMULA 15 DO TJPE. ACÓRDÃO EM CONFRONTO COM O DECIDIDO PELO STJ EM JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DO RECURSO REPETITIVO (RESP 1.418.593). AUSÊNCIA DE EFEITO VINCULANTE DO PARADIGMA. RECURSO IMPROVIDO. - Na ação de busca e apreensão, a propriedade e a posse do bem apenas se consolidam nas mãos do credor fiduciário após a realização do devido processo legal, concedendo-se ao devedor a possibilidade de purgar a mora e discutir o débito, diante da irreversibilidade do provimento antecipatório, de natureza eminentemente excepcional. - Incidência do art. 401, I, do Código Civil, que prevê o instituto da purgação da mora, relevante e consolidado instrumento impeditivo da resolução do vínculo contratual, o que autoriza sua manutenção desde que o devedor ofereça a prestação devida, com os encargos legais. - Inaplicabilidade da exceção contida no parágrafo único do art. 395 do Código Civil, permitindo a rejeição da prestação pelo credor, por se tratar de contrato de alienação fiduciária em garantia, onde se faz presente uma relação de consumo, devendo ser autorizado o exercício do direito à purgação da mora das prestações vencidas, e das que se vencerem no curso da demanda sem qualquer restrição, mesmo porque a adimplência sempre será mais útil ao credor do que a odiosa recuperação do bem objeto da garantia. - Súmula 15/TJPE: “Nos contratos garantidos por alienação fiduciária, purga-se a mora mediante pagamento das parcelas vencidas no ato do ajuizamento e das que se vencerem no curso da ação de busca e apreensão, mesmo após o advento da Lei nº 10.931/2004”. - Ausência de vinculação ao entendimento consignado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento submetido à sistemática dos recursos repetitivos (REsp 1.418.593). - Agravo improvido.

contrariado²². Nessa linha argumentativa, a discussão poderia demandar, inclusive, a necessidade de a tese ser apreciada pelo STF.

Com efeito, com reiteradas manifestações judiciais²³, talvez o STF não se utilizasse da jurisprudência defensiva²⁴, segundo a qual a ofensa reflexa não é passível de ser enfrentada em sede de recurso extraordinário, e viesse a se posicionar sobre a tese antes suscitada. Isso sem cogitar, igualmente, da possibilidade de o STF ser provocado a apreciar a tese em ação direta, desde que provocado por um dos legitimados constitucionais (CRFB/88, art. 103). Não é prudente, no entanto, simplesmente argumentar que a decisão do STJ não tem eficácia vinculante. Isso determinará, apenas, a necessidade de interposição do recurso especial para garantir a aplicabilidade do entendimento que foi consolidado no Superior Tribunal de Justiça, cujo recurso sequer será distribuído a um relator, sendo decidido monocraticamente pelo Presidente do STJ (Resolução nº 7/2008, do STJ, art. 9º).

Como a jurisprudência não é aplicada uniformemente, temos um aumento vertiginoso do número de processos para serem julgados. Estes inúmeros processos decididos acentuam a diversidade de decisões sobre uma mesma questão jurídica. “Decide-se, muitas vezes, a mesma questão de modo diferente até que se consolide uma única orientação nos tribunais superiores; a dispersão de julgados tonteia os juízes de 1º grau, partes e advogados”. Em face disso, a “dispersão gera uma instabilidade que compromete o equilíbrio econômico do País; e o Judiciário é mais vítima do que autor desta situação” (BENETI, 2006, p. 482).

²² Sobre o tema, Nelson Nery assevera: “o microsistema do Direito das Relações de Consumo será sempre regido, de forma principal e geral, pela lei especial que o criou, vale dizer, pelo Código de Defesa do Consumidor. É preciso aliar-se ao fato de o CDC ser lei especial que regula as relações de consumo, a circunstância de que o Código é um microsistema que contém regramentos e princípios gerais sobre relações de consumo, que não podem ser modificados por leis posteriores setorizadas, isto é, por leis que tratem de algum tema específico de relações de consumo. Assim, sobrevindo lei que regule, v.g. transportes aéreos, deve obedecer aos princípios gerais estabelecidos no CDC. Não pode, por exemplo, essa lei específica, setORIZADA, posterior, estabelecer responsabilidade subjetiva para acidentes aéreos de consumo, contrariando o sistema principiológico do CDC, que prevê o regime da responsabilidade objetiva para os acidentes de consumo (CDC, arts. 6º, VI, e 12). Pensar-se o contrário é desconhecer o que significa o microsistema do Código de Defesa do Consumidor, como lei especial sobre relações de consumo e lei geral, principiológica, à qual todas as demais leis especiais setorizadas das relações de consumo, presentes e futuras, estão subordinadas” (GRINOVER et al., 1997, p. 345).

²³ Em face dessa afirmação é necessária uma explicação, sob pena de sermos considerados contraditórios. Não estamos sustentando que o tribunal estadual deva continuar proferindo decisões contrárias ao que restou decidido pelo STJ; pelo contrário, no dispositivo, deve ser aplicado o entendimento do STJ, isso para conferir segurança jurídica ao sistema. Todavia, sem que isso seja considerado contraditório, é possível fazer a ressalva de entendimento na fundamentação, isso para oportunizar ao tribunal superior, quando – e se – provocado pelas partes interessadas, a apreciação da tese contrária ao posicionamento exarado em sede de recurso especial repetitivo. Toda essa engrenagem será analisada de forma mais detida e aprofundada nos capítulos que seguem, especialmente naquele dedicado para explicar a aplicabilidade da teoria dos precedentes no nosso país. Acerca da superação do precedente e da segurança jurídica, não podemos deixar de indicar como referências: ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012. PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador, JusPODIVM, 2015.

²⁴ Exemplificativamente: ARE 894.496 AgR, Rel.: Min. Dias Toffoli, 2ª Turma, j. 01/09/2015.

Obviamente, parte da culpa pelos descumprimentos dos tribunais de segunda instância é do próprio STJ/STF, haja vista que estes não procuram delinear suas decisões nos moldes do *common law*. Não basta o julgamento com base em ementas e decisões esparsas. Faz-se necessária a elaboração de uma racionalidade jurídica (*ratio decidendi*) baseada em normas, princípios e costumes, isto é, devem esclarecer os ministros quais os motivos determinantes que o levaram a julgar de determinada forma (ANDREASSA JUNIOR, 2015, p. 62).

Pois bem. O direito processual sempre teve a tendência de se preocupar com a igualdade no processo (= igualdade de tratamento no interior do processo) e com a igualdade ao processo (= simétrica disponibilidade de técnicas processuais). Somente nos últimos anos é que, no entanto, o processo foi dotado de mecanismos para assegurar a igualdade perante as decisões. Não basta mais utilizar o processo apenas como instrumento de mediação de conflitos. O processo deve ser encarado como instrumento positivo de efetivação dos anseios da sociedade, não servindo apenas como instrumento de aplicação da norma, mas também de conformação e adequação do direito material ao caso concreto.

(...) é nosso dever reconhecer que os precedentes são ferramentas extremamente valiosas para a concretização dos direitos fundamentais da igualdade, segurança jurídica e razoável duração do processo. Fala-se em igualdade, porque hoje não se pode mais imaginar apenas sentido de igualdade no processo e ao processo. Também se faz necessária a igualdade diante das decisões judiciais. Ou seja, não basta à igualdade perante a lei, também se faz necessária à igualdade perante a interpretação da Lei (GARCIA, 2011, p. 17).

No Estado Democrático de Direito, o respeito às decisões é questão norteadora conferida pela garantia de estabilidade e da confiança que o cidadão deve ter no Poder Judiciário. Nesse sentido:

Ao reservar para si o papel de dizer e aplicar o Direito, o Estado não pode fazê-lo de maneira contraditória, de modo que os veículos pelos quais ele se manifesta devem se mostrar coerentes e harmônicos. Desse modo, a despeito de suas ramificações, o Poder Judiciário pressupõe funcionamento e estrutura concebidos a partir de uma lógica que lhe garanta coesão, já que sua unidade é corolário da unidade do poder estatal. Nesse sentido, juízos e tribunais não representam uma parcela isolada e incomunicável de jurisdição, órgãos de fazer justiça que se movem ao sabor das paixões individuais dos magistrados. Eles são, antes, partes de um organismo único e, por isso, precisam se orientar como tais. Encarar a unidade do Poder Judiciário é decorrência de uma percepção de poder que toma em consideração o respeito à sua estrutura hierárquica. Um sistema que celebra o duplo grau de jurisdição e prevê uma ampla gama de recursos não pode funcionar adequadamente sem um senso de respeito à hierarquia, sem considerar a lógica por detrás da sobreposição de instâncias recursais. (SILVA, 2011)

Nos capítulos que seguem iremos discorrer sobre a eficácia vinculante dos precedentes, identificando quando eles devem ser aplicados de forma obrigatória. Demonstraremos, também, como identificar, aplicar e superar os precedentes. Também iremos analisar o sistema de resolução de conflitos em larga escala – litigiosidade macro ou de massa –, bem como as contribuições que o CPC/2015 trouxe para a adequada aplicação da teoria dos precedentes no nosso país.

2. PRECEDENTE COM EFICÁCIA VINCULANTE

2.1. A crescente valorização legislativa do direito jurisprudencial

Inexoravelmente, o Brasil adota a lei como a principal fonte do direito (CRFB/88, art. 5º, *caput* e seu inciso II). Contudo, a disparidade excessiva nos julgamentos, o vertiginoso aumento de demandas ajuizadas e a conseqüente sobrecarga de processos para serem julgados pelo Poder Judiciário, despertaram no legislador e nos operadores do direito a necessidade de conferir maior atenção ao direito jurisprudencial – e, como consequência, ao precedente – sob a expectativa de produzir entre nós o desempenho paradigmático exibido nos países do *common law* e, com isso, alcançar objetivos relevantes, tais como a sumarização dos ritos, a agilização dos julgamentos, o tratamento isonômico aos jurisdicionados e a segurança jurídica (MANCUSO, 2014, p. 589). Acerca da segurança jurídica, Marinoni (2011, p. 101) assevera:

A segurança jurídica, postulada na tradição do *civil law* pela estrita aplicação da lei, está a exigir o sistema de precedentes, há muito estabelecido para assegurar a mesma segurança no ambiente do *common law*, em que a possibilidade de decisões diferentes para casos iguais nunca foi desconsiderada e, exatamente por isto, fez surgir o princípio inspirador do *stare decisis*, de que os casos similares devem ser tratados do mesmo modo (*treat like cases alike*).

Como percebeu Tucci (2004, p. 258), “a exigência de interpretação, tanto quanto possível, homogênea do *ius positum* tem efetivamente ocupado a atenção do legislador pátrio, inclusive, por certo, como meio de minimizar o afluxo exagerado de demandas”.

Pois bem. A primeira oportunidade em que, entre nós, a jurisprudência foi expressamente prevista em texto legal com efeito vinculante foi no início do século passado²⁵. Não obstante isso, desde 1990 se evidencia uma saga de valorização da jurisprudência. No âmbito infraconstitucional, o art. 38 da Lei nº 8.038/90 estabeleceu a possibilidade de o relator, no STF e no STJ, decidir monocraticamente o pedido ou o recurso que contrariasse, nas questões predominantemente de direito, súmula do respectivo Tribunal.

Em 1995, o relator, em qualquer tribunal e não apenas no STF e STJ, foi autorizado a, monocraticamente, negar provimento a recurso – qualquer recurso – que estivesse em con-

²⁵ O Decreto nº 23.055, de 9 de agosto de 1933, que instituiu recurso *ex-officio* de decisões das justiças locais, e deu outras providências, estabeleceu (no vernáculo da época):

Art. 1º As justiças dos Estados, do Distrito Federal e do Território do Acre devem interpretar as leis da União de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

§ 1º Sempre que os julgamentos das mesmas justiças se fundarem em disposição ou princípio constitucional, ou decidirem contrariamente a leis federais, ou a decretos ou atos do Governo da União, o presidente do Tribunal ou o da Câmara respectiva, a quem couber, recorrerá “*ex-officio*” para o Supremo Tribunal Federal, com efeito suspensivo, dentro do prazo de três dias contados da publicação do respectivo acórdão.

§ 2º As decisões do Supremo Tribunal Federal sobre os recursos acima referidos serão proferidas com a presença de dois terços, pelo menos, de seus ministros, com exclusão do procurador geral da República.

fronto com súmula do respectivo tribunal ou de tribunal superior (Lei nº 9.139/95, que alterou a redação do art. 557 do CPC/1973). Atualmente, o art. 557 do CPC/1973 (na redação que lhe foi atribuída pela Lei nº 9.756/98) permite que o relator negue provimento a recurso que esteja em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF ou de tribunal superior. Ademais, o relator pode dar provimento ao recurso se a decisão impugnada estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do STF ou de tribunal superior (CPC/1973, art. 557, § 1º-A, na redação que lhe foi atribuída pela Lei nº 9.756/98).

Na verdade, para efeito de julgamento monocrático do relator, inclui-se na noção de precedente obrigatório ou vinculante a súmula e a jurisprudência dominante. Isso porque a ideia que anima o julgamento monocrático do relator, na hipótese, é o respeito à autoridade das decisões das cortes superiores (MARINONI e ARENHART, 2009, p. 512).

Ainda em 1998, o relator do agravo de instrumento interporto contra negativa de seguimento de recurso especial foi autorizado a, monocraticamente, estando o acórdão recorrido em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante do STJ, prover o agravo – reconhecendo a admissibilidade do apelo extremo – e, no mesmo ato, dar provimento ao próprio recurso especial (CPC/1973, art. 544, § 3º, na redação que lhe foi atribuída pela Lei nº 9.756/98). Nos incidentes de inconstitucionalidade, foi assegurada a vinculação dos órgãos fracionários dos tribunais aos seus próprios precedentes e aos do STF, dispensando a submissão da arguição de inconstitucionalidade ao plenário – ou ao órgão especial, onde houvesse – quando o tribunal já tivesse se pronunciado sobre o tema, ou quando o STF já tivesse enfrentado a matéria (CPC/1973, art. 481, parágrafo único, na redação que lhe foi atribuída pela Lei nº 9.756/98). Além disso, o relator foi autorizado a decidir monocraticamente o conflito de competência quando existisse, no tribunal respectivo, jurisprudência dominante sobre a questão suscitada (CPC/1973, art. 120, parágrafo único, na redação que lhe foi atribuída pela Lei nº 9.756/98).

Em 2000, passou-se a atribuir às decisões do STF, sobre inconstitucionalidade de normas, o poder de inibir a execução das sentenças que contraria ao precedente firmado na Suprema Corte²⁶ (CPC/1973, art. 741, parágrafo único, na redação que lhe foi atribuída pela

²⁶ Nesse ponto, é oportuno esclarecer que existe intenso debate acadêmico acerca da possível eficácia rescisória conferida pelo dispositivo. Contudo, o STF assim se pronuncia: “(...) A sentença de mérito transitada em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória) que haja sido proposta na fluência do prazo decadencial previsto em lei, pois, com o exaurimento de referido lapso temporal, estar-se-á diante da coisa soberanamente julgada, insuscetível de ulterior modificação, ainda que o ato sentencial encontre fundamento em legislação que, em momento posterior, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer em sede de controle abstrato, quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade. – A superveniência de decisão do Supremo Tribunal Federal, declaratória de inconstitucionalidade de diploma normativo utilizado como fundamento do título judicial questionado, ainda que impregnada de eficácia ‘ex tunc’ – como sucede, ordinariamente, com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concentrada (RTJ 87/758 – RTJ 164/506-509 – RTJ 201/765) –, não se revela apta, só por si, a desconstituir a autoridade da coisa julgada, que traduz, em nosso sistema jurídico, limite insuperável à força retroa-

Medida Provisória nº 1.984-17²⁷, de 04 de maio de 2000). Essa autoridade conferida aos precedentes do STF foi confirmada na grande reforma processual ocorrida em 2005, que instituiu o processo sincrético (CPC/1973, arts. 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, nas redações que lhes foram atribuídas pela Lei nº 11.232/05).

A partir de 2001, o reexame necessário foi dispensado para as sentenças que estejam alicerçadas em jurisprudência do plenário ou em súmula do STF ou do tribunal superior competente (CPC/1973, art. 475, § 3º, na redação que lhe foi atribuída pela Lei nº 10.352/01).

Na esteira da força expansiva e persuasiva (e obrigatória) dos precedentes, não podemos olvidar que, a partir de 2006, quando a sentença está fundamentada em súmula do STJ ou do STF, a apelação não deve ser recebida (CPC/1973, art. 518, § 1º, na redação que lhe foi atribuída pela Lei nº 11.276/06).

A norma do § 1º do art. 518 complementa as hipóteses de julgamento liminar de improcedência e de sentença de procedência – proferida após a participação do réu – nos termos de precedente de tribunal superior. Note-se que, embora o texto da norma fale em súmula, hoje, como é óbvio, o precedente de Tribunal Superior é suficiente para impedir o recebimento de recurso que a ele diretamente se opõe (MARINONI e ARENHART, 2009, p. 519).

Ainda em 2006, foi permitido ao juiz proferir julgamento antecipaíssimo do mérito, sem necessidade de prévia citação do demandado, quando a matéria controvertida for unicamente de direito e já houver sido prolatada decisão de total improcedência em outros casos similares (CPC/1973, art. 285-A, na redação que lhe foi atribuída pela Lei nº 11.277/2006). A compreensão hermenêutica do dispositivo determina que a sentença de improcedência a ser reproduzida deva conter sentido idêntico ao entendimento predominante no Tribunal de Justiça – ou Tribunal Regional Federal – ao qual estiver vinculado o juiz prolator, numa flagrante valorização dos precedentes²⁸. Embora a literalidade do dispositivo possa sugerir que o norte

tiva resultante dos pronunciamentos que emanam, “in abstracto”, da Suprema Corte. (...) (RE 589.513 ED-EDv-AgR, Rel.: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 07/05/2015).

²⁷ Essa MP nº 1.984-17 foi reeditada sucessivas vezes. Após, foi sucedida pela MP nº 2.102-26, de 27 de dezembro de 2000, a qual continuou sendo reeditada sucessivas vezes, até que foi sucedida pela MP nº 2.180-33, de 28 de junho de 2001, a qual foi reeditada mais duas vezes. A MP nº 2.180-35 passou a ter eficácia até que medida provisória ulterior a revogasse explicitamente, ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional, por força do contido no art. 2º da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001.

²⁸ Aqui, no entanto, uma observação é salutar. Foi afirmado que o magistrado deve seguir a jurisprudência do TJ ou do TRF levando em consideração apenas a literalidade do dispositivo. Explico: ainda que o TJ e o TRF manifestem entendimentos rebeldes – e isso, por incrível que pareça, acontece –, contrariando o entendimento dos tribunais superiores, o autor da ação se limitaria em interpor apelação para fazer valer o entendimento do tribunal ao qual o juiz está vinculado. Nesse contexto, poderia ser argumentado que, caso o juiz julgasse a demanda improcedente com base em súmula do STJ ou do STF, não teria aplicabilidade a observação antes feita, isso porque o juiz, além de julgar a demanda improcedente de forma liminar, não receberia a apelação (CPC/1973, art. 518, § 1º), fazendo prevalecer o entendimento contido nas súmulas dos tribunais superiores. Entretanto, fatalmente o autor manejaria agravo de instrumento contra o não recebimento da apelação, o que permitira ao tribunal ao qual o juiz está vinculado cassar a decisão e aplicar seu entendimento rebelde. Isso serve para denunciar o quão anacrônico e patológico é o nosso sistema. O que necessitamos é instituir uma teoria – e, principalmente, uma cultura – de adequada aplicação dos precedentes e conferir aos mesmos eficácia vinculante. Lima (2013, p. 367), ao trabalhar a questão sob o enfoque da eventual existência de divergência de orientações jurisprudenciais entre o

a ser seguido no julgamento de improcedência liminar é o entendimento invariante do próprio juízo sentenciante, não há como dissociar-se da nova técnica de julgamento o paradigma costumeiramente utilizado pelo ordenamento processual para outros pronunciamentos liminares ou monocráticos, qual seja, a existência de súmula ou jurisprudência dominante, notadamente de tribunais superiores. Com efeito, as Leis nº 11.276 e nº 11.277 foram promulgadas no mesmo dia – 7 de fevereiro de 2006 –, o que leva à inexorável conclusão de que não poderia, a mesma iniciativa de alterações legislativas, por um lado, ao tratar do não recebimento da apelação, prestigiar as sentenças consentâneas com a jurisprudência dos tribunais superiores; e, por outro lado, para as sentenças proferidas em julgamento antecipadíssimo do mérito, desprezar a jurisprudência consolidada²⁹.

Também em 2006, foi disciplinada a repercussão geral para efeito de conhecimento do recurso extraordinário (CPC/1973, arts. 543-A e 543-B, nas redações que lhes foram atribuídas pela Lei nº 11.418/06), dando sentido prático à força dos precedentes do STF. Em 2008, foi estendido para os recursos especiais um sistema de julgamento semelhante ao da repercussão geral (CPC/1973, art. 543-C, na redação que lhe foi atribuída pela Lei nº 11.672/08). Com as referidas alterações legislativas, não foi apenas instituída força expansiva aos julgamentos do STF e STJ, mas, também, foram criadas fórmulas procedimentais para tornar concreta e objetiva a aplicação dos precedentes do STF e do STJ aos casos pendentes de julgamentos. Como asseveram Marinoni e Arenhart (2009, p. 475):

(...) o instituto da repercussão geral, ao frisar a importância das questões constitucionais com relevância e transcendência, e, por consequência, demonstrar a importância do Supremo Tribunal Federal para garantir a unidade do direito, deu nova ênfase a imprescindibilidade de se ter as decisões da suprema corte como precedentes constitucionais dotados de eficácia vinculante.

O CPC/2015 será abordado em capítulo específico.

Na seara trabalhista, em 2014, sistemática semelhante a do julgamento do recurso especial repetitivo foi estendida para o processamento e julgamento dos recursos de revistas (Lei nº 13.015/14). Em face da alteração legislativa, se o Tribunal Superior do Trabalho, ao receber um recurso de revista, considerar que a matéria é repetitiva, todos os recursos que

tribunal de 2º grau e o superior, afirma que, ao aplicar o dispositivo sob comento, o juiz singular deve seguir o entendimento dominante no tribunal superior, argumentando que somente assim se assegurará “previsibilidade (pois existe jurisprudência dominante no tribunal superior) e estabilidade (visto que o entendimento do tribunal superior, além de ser contínuo e duradouro, é o que, em última medida, prevalecerá)”. Concordamos com entendimento de que deve prevalecer a orientação externada em precedente dos tribunais superiores; contudo, ao ser aplicado o entendimento dos tribunais superiores, a situação estará sujeita aos mesmos percalços antes denunciados.

²⁹ Nesse sentido: “(...) A aplicação do art. 285-A do CPC, mecanismo de celeridade e economia processual, supõe alinhamento entre o juízo sentenciante, quanto à matéria repetitiva, e o entendimento cristalizado nas instâncias superiores, sobretudo junto ao Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. (...)” (REsp 1.109.398/MS, Rel.: Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 16/06/2011).

estiverem nos Tribunais Regionais do Trabalho, e que versarem sobre o mesmo tema, ficarão sobrestados, aguardando a decisão do caso paradigma. Decidido, pelo TST, o *leading case*, todos os demais recursos de revistas que ficaram sobrestados deverão ser julgados, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, no mesmo sentido, sendo, pois, assegurada a força expansiva, persuasiva e obrigatória à jurisprudência do TST. A técnica deverá, contudo, ser compatibilizada com as peculiaridades dos feitos julgados perante a Justiça do Trabalho, notadamente em face da multiplicidade de pedidos formulados. Deverá, pois, ser eleito como recurso repetitivo aquele que contenha apenas uma matéria ou aqueles em que os demais pedidos estejam intimamente ligados ao principal, isso para que não ocorra de ser solucionado apenas um dos pedidos e não os demais.

Em face da alteração na seara trabalhista, foram incorporadas técnicas de distinção e superação dos precedentes. Nesse sentido, foi previsto: “A decisão firmada em recurso repetitivo não será aplicada aos casos em que se demonstrar que a situação de fato ou de direito é distinta das presentes no processo julgado sob o rito dos recursos repetitivos” (CLT, art. 896-C, § 16, na redação que lhe foi atribuída pela Lei nº 13.015/14). Além disso, também foi estabelecido: “Caberá revisão da decisão firmada em julgamento de recursos repetitivos quando se alterar a situação econômica, social ou jurídica, caso em que será respeitada a segurança jurídica das relações firmadas sob a égide da decisão anterior, podendo, o Tribunal Superior do Trabalho, modular os efeitos da decisão que a tenha alterado” (art. 896-C, § 17). Como se percebe, houve preocupação com a eficácia temporal dos precedentes. A efetiva atenção à estabilidade dos precedentes é um ponto a ser festejado, cumprindo rogar, apenas, que o TST também dedique especial preocupação com o tema ao formar precedentes, pois, como denunciam Pastore e Pastore, citados por Mancuso (2014, p. 587):

É comum ouvir-se que, no Brasil, nem o passado é previsível. Isso vale também para a jurisprudência. Muitas súmulas do Tribunal Superior do Trabalho (TST), por exemplo, tributam o passado das empresas, sem atentar para as consequências econômicas e sociais. Ao dizer, por exemplo, que empregado e empregadores estão impedidos de negociar a redução do horário de refeição, a Súmula 437 alcança as empresas que, com base na Portaria 42/2007 do Ministério do Trabalho, negociaram tais acordos e que, por força de sentenças judiciais, se veem obrigadas a pagar o período não trabalhado como hora extra, com juros e correção monetária, além dos encargos sociais majorados.

No âmbito da jurisdição constitucional, ruma-se, ainda que por via legislativa, para conferir eficácia vinculante e *erga omnes* aos precedentes do STF. Nesse contexto, cumpre destacar que a assim denominada fórmula do Senado Federal (CRFB/1988, art. 52, inciso X), e a pretendida mutação constitucional, foram objeto de análises no capítulo anterior. Por ser oportuno, ressaltamos que a intenção deste estudo não é aprofundar o debate em torno das referidas questões. Nosso desiderato é averiguar como a adequada utilização da teoria dos

precedentes com eficácia obrigatória pode contribuir para a racionalidade nas decisões judiciais. No capítulo anterior, o tema foi abordado com o escopo de denunciar a necessidade de, também nos tribunais superiores, a interpretação ser feita de modo racional, a fim de garantir previsibilidade, estabilidade e coerência. Foi denunciado, também, que, em certa medida, os tribunais superiores não observam os seus próprios pronunciamentos anteriores, desprezando o dever de autorreferência. Agora, nesta passagem, o intuito é demonstrar como a evolução legislativa contribuiu para conferir maior destaque às decisões judiciais no contexto das fontes do direito, pois, como percebeu o Ministro Teori Zavascki³⁰:

O direito brasileiro tem seguido em direção a um sistema de valorização dos precedentes judiciais emanados dos tribunais superiores, aos quais se atribui, cada vez com mais intensidade, força persuasiva e expansiva em relação aos demais processos análogos. Nesse ponto, o Brasil está acompanhando um movimento semelhante ao que também ocorre em diversos outros países que adotam o sistema da *civil law* e que vêm se aproximando, paulatinamente, do que se poderia denominar de cultura do *stare decisis*, própria do sistema da *common law*.

Pois bem. Ao ser instituída a possibilidade de edição, pelo STF, de súmula vinculante (CRFB/1988, art. 103-A, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004, regulamentado pela Lei nº 11.417/06), houve incremento significativo no reconhecimento da força obrigatória dos precedentes. Com efeito, aprovada e publicada na imprensa oficial, a súmula terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Como percebeu Ataíde Júnior (2012, p. 113), “nos últimos anos, vem ocorrendo uma gradativa objetivação do recurso extraordinário (RE), ou melhor, uma aproximação entre ações concretas e abstratas de controle de constitucionalidade”. A partir do momento em que é exigida repercussão geral para conhecimento do recurso extraordinário, o julgamento de mérito proferido terá, inequivocamente, eficácia *ultra partes*. Tendo em vista que é indispensável, para conhecimento do recurso extraordinário, que a questão debatida ultrapasse os interesses subjetivos da causa (CPC/1973, art. 543-A, § 1º), resta evidente o caráter objetivo de que se reveste a formação do precedente.

Ademais, é flagrante a utilização de técnicas do controle abstrato de constitucionalidade em demandas concretas. Eis alguns exemplos: no RE 416.827/DF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, foi admitida a manifestação de *amicus curiae*; e no RE 597.285/RS, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, foi realizada audiência pública. Diversos, ainda, são os exemplos nos quais houve, no julgamento de recursos extraordinários, modulação de efeitos: RE 353.657/PR, de relatoria do Ministro Marco Aurélio; RE 560.626/RS, RE

³⁰ Voto proferido no julgamento da Rcl 4.335, Rel.: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 20/03/2014.

637.485/RJ e RE 630.733/DF, todos de relatoria do Ministro Gilmar Mendes; e RE 600.885/RS, de relatoria da Ministra Carmem Lúcia. Na ADI 4.071/DF, de relatoria do Ministro Menezes Direito, foi reconhecido que é manifestamente improcedente a ação direta de inconstitucionalidade que verse sobre norma cuja constitucionalidade foi expressamente declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, mesmo que em recurso extraordinário. Como se percebe, foi expressamente reconhecida a existência de estreita comunicabilidade entre as visas difusa e concentrada, o que reforça a tese de que os precedentes do STF possuem força obrigatória.

Além de tudo o que foi mencionado, é oportuno destacar que a tese da observância obrigatória dos precedentes dos tribunais superiores, não obstante a vinculação obrigatória decorrente do entendimento firmado em súmula vinculante (CRFB/88, art. 103-A), também é reconhecida pela Administração Pública. Nesse sentido, as disposições contidas nos §§ 4º, 5º e 7º, do art. 19, da Lei nº 10.522/02 (alterada pela Lei nº 12.844/13), determinam que, após expressa manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, a Secretaria da Receita Federal do Brasil, no plano administrativo – extrajudicial –, não constitua créditos e, na hipótese de créditos tributários já constituídos, reveja de ofício o lançamento, para efeito de alterar, total ou parcialmente, o crédito tributário, devendo seguir o entendimento manifestado nas decisões judiciais desfavoráveis à Fazenda Nacional, proferidas pelo STF em recursos extraordinários com repercussão geral, ou pelo STJ em recursos especiais repetitivos.

Para concluir esse tópico, utilizamos as palavras de Fux (2005, p. 29):

(...) consectário de um Estado Democrático é a regra de que para causas iguais a solução tem que ser igual, porquanto forma iniludível de manter hígido o princípio da isonomia (igualdade formal e substancial). Em segundo lugar, a tão decantada “liberdade judicial” somente terá relevo sob esse ângulo jus-sociológico-político em relação aos temas novos, sobre os quais ainda não adveio a palavra sedimentada dos tribunais superiores. O reverso é que ressoa inaceitável; vale dizer: outorgar-se aos juízes a liberdade de decidirem contra a súmula e postergarem em anos a justa e merecida vitória de quem tem razão...

A questão acerca do (im)possível engessamento dos juízes da base em face da utilização do precedente com eficácia obrigatória será abordada no próximo capítulo.

2.2. Distinções necessárias: precedente, jurisprudência e súmula

Em diversos momentos ao longo deste trabalho fizemos referência a precedente, jurisprudência e súmula. É necessário, no entanto, fazer algumas categorizações. Em sentido lato, o precedente se forma quando é tomada uma decisão judicial para resolução de um caso concreto. Logo, independente de possuírem raízes no *civil law* ou no *common law*, todos os

ordenamentos jurídicos lidam com precedentes. O que irá diferenciar o espectro de análise é a importância que lhes é conferida por cada sistema jurídico.

No aspecto que nos interessa neste trabalho, precedente é um julgamento que passa a ser referência para julgamentos posteriores. Nessa perspectiva, todo precedente pode ser designado como decisão, mas nem toda decisão será seguida como precedente. Esclarecendo a diferença entre a decisão que forma um simples caso julgado, com interesse limitado às partes litigantes, e a que forma um precedente judicial, Streck (2008, 165) ensina:

No caso julgado, têm-se a resolução de uma demanda considerada em si mesmo, que não possui força para influenciar decisões futuras pelo fato de que a motivação da decisão não produz um novo paradigma, mas apenas reproduz os já existentes no sistema. Já no *precedente* – também oriundo de um julgamento concreto –, tem-se a instituição de um novo paradigma (uma *holding*) que possui uma espécie de força atrativa que irá capilarizar outras decisões. Todavia, essa “aplicação” em outros casos similares, não é feita a partir de um procedimento dedutivo, mas sim a partir de uma aproximação histórica tendo em vista a similaridade dos casos concretos que se encontram *sub judice*.

Existem dois sentidos para o precedente. “Em sentido próprio, continente ou formal, é fato jurídico instrumento de criação normativa, em outras palavras: é fonte do Direito (...) em sentido impróprio é norma”. O precedente se forma quando um julgamento passa a ser utilizado para resolução de casos futuros. O precedente nasce como uma regra de um caso concreto e, em seguida, terá, ou não, o destino de se tornar a regra de uma série de casos análogos (TUCCI, 2004, p. 11-12). Assim, o precedente deve ser encarado como uma norma geral em que a fundamentação da decisão é de crucial importância para que conheçamos as razões de decidir do magistrado, a fim de que os motivos determinantes utilizados possam ser aplicados aos futuros casos semelhantes.

Nesse contexto, até mesmo os sempre combativos Streck e Abboud (2014, p. 49-50) reconhecem que o “precedente dinamiza o sistema jurídico, não o engessa. Isto porque a interpretação do precedente tem que levar em conta a totalidade do ordenamento jurídico e toda a valoração e a fundamentação que o embasam”. Se a teoria dos precedentes com eficácia vinculante for bem aplicada, atingiremos, sim, a estabilidade, a integridade e a coerência nos pronunciamentos judiciais, o que contribuirá para diminuir os conflitos na sociedade.

Contudo, não podemos deixar de denunciar a lúcida constatação de Rossi (2015, p. 240), segundo a qual, no Brasil, os precedentes não são utilizados adequadamente, sendo comum o “julgamento por ementas”. Nesse contexto, segundo Rossi (2015, p. 240):

Nosso precedente é um simulacro: suas funções são o maior e mais rápido acesso ao seu superficial teor (todos dispostos em sítios dos tribunais, notadamente dos Superiores e do STF em forma de banco de dados organizado, inclusive com o fornecimento de informativos semanais, elaborados por matéria). Por consequência, a economia de fundamentação e argumentos fáticos-jurídicos para a solução de caso que aparentemente possa ser similar. Assim, com essas duas facilidades: fácil acesso e economia de fundamentação, julgamos, atualmente, por ementas.

Com efeito, é equivocada a ideia de que pode existir precedente para justificar qualquer decisão. Da mesma forma, é errônea a ideia de que o precedente equivale ao que consta na ementa de um acórdão proferido por qualquer tribunal. Como adverte Lopes Filho (2014, p. 104), “há uma rejeição internacional à redução do precedente, ou equiparação de sua *ratio*, a qualquer espécie de sumário emitido pelo tribunal. Usar precedentes (...) envolve conhecer e lidar com a integridade da decisão, seus argumentos, fatos e fundamentação”.

Todavia, na prática, encontramos ementas citadas nas mais variadas peças jurídicas – petições, pareceres, sentenças e acórdãos. E mais, tais peças jurídicas afirmam, sem nenhum pudor, que as *ementas* citadas são *precedentes*. Muitas vezes, a investigação comprova que o jurista sequer leu o inteiro teor da decisão, ou buscou saber se a ementa efetivamente sintetiza o entendimento da jurisprudência consolidada no tribunal, ou fez o que se constitui no mais importante ao lidar com precedentes, buscou investigar os fundamentos jurídicos essenciais que justificaram a construção da decisão, para, a partir desses motivos determinantes, poder – ou não – invocar o que foi decidido com força e envergadura de precedente.

Nesse cenário, como facilmente podemos encontrar ementas em sentidos diametralmente opostos, fica favorecido a justificação dos pronunciamentos a partir de escolhas arbitrárias (= decisionismo). Basta decidir conforme previamente se pretende, de forma arbitrária até, e, depois, encontrar alguma ementa que justifique/fundamente a escolha previamente tomada. Como assevera Ramires, citado por Lopes Filho (2014, p. 99):

Ementas e verbetes extraídos dos julgados pretéritos são aceitos como “universais”. Assim, basta amarrar o particular em um desses universais e se tem a aparência de uma conclusão científica: cria-se o “método jurisprudencial”. E, se a menção isolada do texto de lei é uma fundamentação deficiente, pouco há a dizer da decisão que simplesmente ancora em um ou mais verbetes jurisprudenciais, citando-os como se trouxessem a solução invencível do caso jurídico presente.

Para Rossi (2015, p. 116), “os julgamentos ocorrem baseados em ementas, sem o menor cotejamento dos fatos. Se a ementa diz ‘mais ou menos’ sobre o tema, já há ‘precedente’ a embasar tal entendimento majoritário”.

A cultura de decisão mediante simples citação de ementa, como se ela tivesse a autoridade de um precedente, não pode ser tolerada. Para arrematar, concordamos com o conceito de precedente apresentado por Lopes Filho (2014, p. 281-282):

Precedente, portanto, é uma resposta institucional ao caso (justamente por seu uma decisão), dada por meio de uma *applicatio*, que tenha causado um ganho de sentido para as prescrições jurídicas envolvidas (legais ou constitucionais), seja mediante a obtenção de novos sentidos, seja pela escolha de um sentido específico em detrimento de outros ou ainda avançando sobre questões não aprioristicamente tratadas em textos legislativos ou constitucionais. Essa resposta é identificada em função não só dos elementos de fato (abstratos e concretos) e de direito (em suas mútuas influências) considerados no julgamento e obtidos da análise da motivação apresentada, mas também dos elementos amplos que atuaram no

jogo de-e-para do círculo hermenêutico e que integram as razões subjacentes do julgamento. (...) sua utilidade na ordem jurídica é, adicionalmente, funcional, pois elide o desenvolvimento de outras decisões a partir de um grau zero, evitando subjetivismos, economizando tempo e garantindo igualdade de tratamento entre casos substancialmente iguais.

No que tange à jurisprudência, Mancuso (2014, p. 36) reconhece que a referida palavra é polissêmica e, em face disso, apresenta vários sentidos para referido signo. Independentemente disso, afirma que “num sentido (...) propriamente técnico-jurídico, a palavra jurisprudência traduz a coleção ordenada e sistematizada de acórdãos consonantes e reiterados, de um certo tribunal, ou de uma dada *Justiça*, sobre um mesmo tema jurídico” (MANCUSO, 2014, p. 37). O termo jurisprudência geralmente indica uma pluralidade de decisões relativas a vários casos concretos, acerca de um determinado assunto, mas não necessariamente sobre uma idêntica questão jurídica. A jurisprudência exerce inexorável força persuasiva sobre todos os aplicadores do direito.

Como foi demonstrado no tópico anterior, confere-se substancial importância à jurisprudência dominante (CPC/1973, arts. 120, parágrafo único; 543-A, § 3º; 543-C, § 2º; 544, § 4º, inciso II, alíneas *b* e *c*; e 557, *caput*, e § 1º-A). Não há definição legislativa, no entanto, do que seja a tal jurisprudência dominante. Mancuso (2014, p. 261) ensina:

(...) um acórdão (...), ao se sobrepor, pelo efeito devolutivo, à decisão recorrida (...) tanto pode restar como uma decisão isolada, esgotando sua utilidade-finalidade no processo em que veio proferido, como pode vir a alinhar-se com outros julgados consonantes na matéria. Neste último caso, vai se formando a chamada *corrente jurisprudencial*, que, perdurando por tempo razoável, passa a merecer o qualificativo *dominante* (...)

Ao seu turno, Mitidiero (2013, p. 109) afirma que, como o CPC/1973 faz constantes referências à jurisprudência dominante e às súmulas, reconhece a vinculação aos precedentes.

Embora não aluda expressamente à palavra *precedente*, as constantes referências que o Código faz a termos como *jurisprudência dominante* e *súmulas* (...) devem ser compreendidas como se alusões ao *precedente* fossem e, portanto, devem reenviar às *razões fático-jurídicas necessárias e suficientes* empregadas para solução de determinada questão de um caso. Nessa perspectiva, existem vários artigos no Código de Processo Civil que incentivam a vinculação ao precedente e permitem, acaso bem entendidos, que com esse se trabalhe adequadamente (MITIDIERO, 2013, p. 109).

Pois bem. O sistema também reconhece a existência de divergência jurisprudencial, estabelecendo, por isso, mecanismos para uniformizar o entendimento. Exemplos: recurso especial para afastar interpretação divergente (CRFB/88, art. 105, inciso III, alínea *c*); incidente de uniformização de jurisprudência (CPC/1973, arts. 476 até 479); e embargos de divergência (CPC/1973, art. 546). Nesse contexto, não negamos a possibilidade de, quando um tema novo começa a ser debatido no âmbito judicial, haver entendimentos diversos – isso é natural e salutar para reforço interpretativo. Com o que não concordamos, no entanto, é com a continuidade de entendimentos divergentes após a manifestação dos tribunais competentes

para interpretação da matéria que gerou a divergência³¹. Todavia, para que não haja mal entendido, é importante ressaltar que, quanto à uniformidade que desejamos, nosso entendimento se afina com Lima (2013, p. 140-141):

A uniformidade almejada é aquela que brota de um juízo de racionalidade, de temperamentos, de proporcionalidade. É a que, após, se transmutará em segurança, em estabilidade, em isonomia. É a que afasta a incerteza e o descrédito social, político e econômico no Poder Judiciário. (...) O julgador que pensa em uniformizar não pode sobrepor a subjetividade à objetividade do Direito (...). Deve ser cômico de que não atua isoladamente em seu mundo e sim como parte integrante de um corpo maior (...) e de que as prerrogativas da magistratura não se coadunam com caprichos e cismas de ordem meramente pessoal. (...) A divergência jurisprudencial que se busca superar é aquela maligna, a que vilipendia valores ínsitos ao regime democrático, a que sobrepõe o singular ao plural e, claro, a que ignora o papel dos tribunais responsáveis pela uniformização do Direito constitucional e infraconstitucional.

A súmula “constitui um ato administrativo de tribunal pelo qual exprime o resumo do entendimento contido em uma jurisprudência dominante” (LOPES FILHO, 2014, p. 125). No que tange às súmulas vinculantes, cumpre destacar que já mencionamos as mesmas no capítulo anterior, inclusive fazendo as necessárias críticas à função desempenhada pelas mesmas.

Na esteira do nosso desiderato, é importante destacar que, na maioria das vezes, a súmula expressa pequena(s) frase(s), a(s) qual(is), em algumas vezes, sequer é(são) suficiente(s) para compreender exatamente o que fora decidido. Visa(m), na maioria das vezes, apenas sintetizar como a questão de direito foi decidida, sem referência à questão fática. Diante disso, a súmula não é útil se não forem investigados e analisados, com extrema cautela, o(s) precedente(s) que justificou(aram) sua edição, a fim de averiguar a fundamentação jurídica e fática envolvida.

Nesse contexto, apresentamos como exemplo a súmula 429 do STJ, segundo a qual “A citação postal, quando autorizada por lei, exige o aviso de recebimento”. A simples leitura do dispositivo denota que o texto menciona apenas o que é o óbvio, pois é lógico que, como a citação deve ser comprovada no processo, é indispensável o aviso de recebimento, o qual será juntado aos autos para comprovar a realização da citação e, inclusive, para ter início o prazo de resposta (CPC/1973, art. 241, inciso I); do contrário, se fosse permitida a realização da citação através de carta simples, ainda que a correspondência fosse entregue no endereço do destinatário, não haveria meio de comprovar, no processo, que a carta foi entregue. Na realidade, o que a análise dos precedentes³² que justificaram a edição da súmula revela é que, a

³¹ A ocorrência dessa patologia, no entanto, restou demonstrada no capítulo precedente, no qual foram apresentados dados empíricos.

³² A consulta aos precedentes que justificaram a edição de cada súmula pode ser feita no sítio eletrônico do STJ, disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=@docn&tipo_visualizacao=RESUMO&menu=SIM>.

teor do previsto no art. 223, parágrafo único, do CPC/1973³³, para validade da citação da pessoa física, o aviso de recebimento tem que estar assinado pelo próprio citando, cumprindo ao autor da ação, caso o aviso de recebimento não esteja assinado pelo destinatário, comprovar que o citando tomou conhecimento da demanda.

Destarte, devem ser utilizados critérios racionais aptos a concluir que determinada súmula pode ter a sua abrangência estendido ou restringido, para permitir a solução de um caso sob julgamento.

Prosseguindo no nosso desiderato, ao tratar das diferenças quantitativas e qualitativas entre precedente e jurisprudência, Taruffo (2014, p. 4) menciona:

O precedente fornece uma regra (universalizável, como já mencionado), que pode ser aplicada como um critério para a decisão no próximo caso concreto em função da identidade ou – como ocorre normalmente – da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso. (...) a estrutura fundamental do raciocínio que leva o juiz a aplicar o precedente ao próximo caso é baseada em uma análise *dos fatos*. (...) O uso de jurisprudência tem características muito diferentes. Em primeiro lugar, falta a análise comparativa dos fatos (...) A característica mais importante das máximas [= enunciados de súmulas da jurisprudência dominante] é que se trata de declarações, concentradas em uma ou em poucas frases, que têm como objeto regras jurídicas. Essas regras têm geralmente um conteúdo mais específico do que o ditado textual da norma de que constituem uma interpretação, mas são sempre formuladas como regras, ou seja, como enunciados gerais de conteúdo preceptivo. (...) em regra, os textos que constituem a nossa jurisprudência *não incluem os fatos* que foram objeto de decisão, de modo que a aplicação da regra formulada em uma decisão anterior não é baseada na analogia dos fatos, mas na subsunção da *fattispecie* [do caso] sucessiva em uma *regra geral*.

Na mesma linha, Streck e Abboud (2014, p. 58-59) são enfáticos ao afirmar:

(...) não, súmula não é precedente *stricto sensu*, por várias razões. Talvez a principal delas é porque o texto é diferente da norma. Não deveria haver uma confusão entre as funções de criar um texto e de concretizar uma norma. Talvez por isso as súmulas vinculantes representem uma contradição do sistema: o STF é, ao mesmo tempo, o criador do texto e seu aplicador no momento em que julga as reclamações em virtude da não aplicação das Súmulas Vinculantes. São, pois, “quase ordenanças” com valor de lei.

“Embora tenhamos uma prática de seguir precedentes, não há uma teorização sobre eles. Interpretamos esses de maneira acontextual, como se fossem regras gerais idênticas às normas promulgadas pelo legislador” (BUSTAMANTE, 2015, p. 293). Diante disso, há necessidade de adotar uma técnica de interpretação completamente diferente para trabalhar adequadamente com precedentes com eficácia obrigatória, sem ignorar as circunstâncias fáticas necessárias para a interpretação do precedente, comparando as particularidades dos casos e verificando quais princípios fundamentais do direito incidiram sobre ele. Nosso desiderato é

³³ Art. 223. Deferida a citação pelo correio, o escrivão ou chefe da secretaria remeterá ao citando cópias da petição inicial e do despacho do juiz, expressamente consignada em seu inteiro teor a advertência a que se refere o art. 285, segunda parte, comunicando, ainda, o prazo para a resposta e o juízo e cartório, com o respectivo endereço. (Redação dada pela Lei nº 8.710/93).

Parágrafo único. A carta será registrada para entrega ao citando, exigindo-lhe o carteiro, ao fazer a entrega, que assine o recibo. Sendo o réu pessoa jurídica, será válida a entrega a pessoa com poderes de gerência geral ou de administração. (Incluído pela Lei nº 8.710/93).

demonstrar que é possível reconhecer a aplicabilidade da teoria dos precedentes com eficácia vinculante no Brasil. Vamos em frente mediante a demonstração de que o precedente deve ser entendido como fonte do direito.

2.3. O precedente como fonte do direito

A decisão judicial, ou o conjunto delas – a jurisprudência –, nos países de tradição romano-germânica, como o nosso, tradicionalmente é reconhecida como fonte auxiliar ou subsidiária do direito, tendo uma a função interpretativa da lei (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 246). Contudo, em obra dedicada exclusivamente ao tema sob comento, Tucci (2004, p. 18), afirma que os precedentes “constituem importante fonte do direito, mesmo no âmbito dos sistemas jurídicos de tradição romanística (*civil law*)”. Com efeito, a importância do precedente está presente em todas as jurisdições, variando, apenas, o reconhecimento, ou não, do caráter de fonte ao precedente. Todavia, é importante perceber que a problemática das fontes transcende a vontade do legislador, razão pela qual o não reconhecimento, na lei, de que o precedente é forma de expressão do direito não tem o condão de excluí-lo dessa função. A opção, pois, é do intérprete, que tem a faculdade de escolher a teoria das fontes que adotará.

Nesse cenário, e tendo em vista que, entre nós, já foi reconhecida a possibilidade de criação da norma mediante ação interpretativa do magistrado, o precedente deve, sim, ser reconhecido como fonte do direito. *Mutatis mutandis*, Zaneti Júnior (2014, p. 58) assevera que a “*jurisprudência em um direito de princípios e cláusulas gerais, ao densificá-los na aplicação, cria direitos, e não prescinde de um caráter vinculativo para fazer valer uma certa estabilidade desse direito criado*”, o que o leva a concluir que “A jurisprudência é, portanto, fonte primária do direito, ao lado da lei” (ZANETI JÚNIOR, 2014, p. 59). Com efeito, é imperioso reconhecer que o precedente é fonte do direito para que ele não seja desprezado no ato de julgar. Nesse ponto, precisos são os argumentos de Macêdo (2014, p. 209):

(...) ao se defender os precedentes como fonte do direito, não se quer estabelecer uma *bi-partição entre normas jurídicas*, mas sim um acréscimo nas fontes do direito. Em outras palavras, deve-se compreender que o sistema de normas jurídicas brasileiro é único, e deve ser, tanto quanto seja possível, coerente e racional. A grande diferença, com a adoção do *stare decisis*, é que essas normas podem ser construídas não só a partir da lei, mas também a partir de precedentes judiciais e da combinação de leis e precedentes.

Após longo arrazoado para demonstrar que o precedente constitui fonte do direito, Bustamante (2012, p. 293-294) demonstra em qual perspectiva de fonte o precedente se enquadra, enfatizando:

É melhor adotarmos, portanto, um conceito *argumentativo* de fontes do Direito, como o de Aulis Aarnio, para quem se deve utilizar a referida locução para “toda razão que – de acor-

do com as regras geralmente aceitas na comunidade jurídica – pode ser usada como base *justificatória* da interpretação jurídica”. (...) é um conceito que considero mais adequado para entender o raciocínio jurídico, porque ele abandona a perspectiva do observador (ponto de vista externo) (...) e adota um conceito argumentativo mais adequado ao contexto de justificação das decisões jurídicas, ou seja, ao contexto discursivo onde os participantes sustentam pretensões de validade de normas jurídicas individuais que eles pretendem vindicar no caso concreto. (...) Todas as razões/fontes do Direito (ou da decisão jurídica) potencialmente relevantes devem ser ponderadas para se determinar o sentido da norma jurídica concreta.

Pois bem. Ao colocar o precedente como fonte do direito, o intuito é restringir os poderes dos magistrados. Mesmo se entendermos que o reconhecimento da necessidade de seguir um precedente criado pelo Poder Judiciário é uma limitação mitigada ao poder criativo do juiz se comparada com a possibilidade de limitação decorrente daquilo que é criado pelo legislador, ao vincular a atividade judicial ao que está contido nos precedentes, inexoravelmente resta constringida a discricionariedade e o arbítrio judicial. Didier Júnior et al., embora não reconheçam expressamente o precedente como fonte, quando tratam da reconstrução das normas fundamentais à luz da eficácia dos precedentes no direito brasileiro, mencionando o princípio da legalidade, afirmam:

O dever de observância de precedentes judiciais e de jurisprudência dos tribunais, previsto em diversos dispositivos do CPC [de 2015] (art. 926, p. ex.), corrobora a necessidade de ressignificação do princípio da legalidade – precedentes também compõem o Direito e devem ser observados (DIDIER JÚNIOR et al., 2015, p. 648).

Como já foi mencionado no capítulo anterior, é corrente entre nós a técnica legislativa de cláusulas abertas, que potencializam o poder criativo do juiz. Ao não reconhecer o precedente como fonte, o juiz posterior não terá obrigação de seguir a decisão anterior, tampouco o ônus argumentativo de demonstrar, com fundamentação adequada, a desconsideração do precedente no novo caso concreto. A cada caso novo, ainda que muito semelhante nos aspectos fáticos, ou mesmo idêntico em relação às questões de direito, poderá ser tomada uma nova decisão, sem a garantia de que se chegue à mesma norma jurídica concreta, ainda que o juiz posterior esteja vinculado às mesmas regras positivadas. Diante disso, o precedente “constitui o conteúdo efetivo do chamado *direito vivo*”, sendo, não raras vezes, o “único direito do qual dispomos – por exemplo, quando os juízes criam direito para preencher lacunas – ou o verdadeiro direito do qual dispomos – quando os juízes criam direito interpretando cláusulas gerais ou qualquer outro tipo de norma” (TARUFFO, 2014, p. 3).

É notória a utilização de precedentes pelos tribunais. Em face disso, resta relativizada qualquer tentativa de diminuir a importância deles, bem como demonstrada a necessidade de enquadrá-los na lógica das fontes. Se o precedente é utilizado como elemento decisório pelas cortes, deve ser considerado como fonte do direito.

2.4. A conferência de eficácia vinculante ao precedente

Por ocasião da instalação do Superior Tribunal de Justiça, em 1990, ou seja, há mais de vinte e cinco anos, Ada Pellegrini Grinover (*apud* MANCUSO, 2014, p. 266-267), já denunciava o preocupante contexto da situação judiciária nacional:

A crise da Justiça está na ordem do dia: dissemina-se e serpenteia pelo corpo social, como insatisfação dos consumidores de Justiça, assumindo as vestes do descrédito nas instituições; atinge os operadores do direito e os próprios magistrados, como que impotentes perante a complexidade dos problemas que afligem o exercício da função jurisdicional; desdobra-se em greves e protesto de seus servidores; ricocheteia, enfim, pelas páginas da imprensa e ressoa pelos canais de comunicação de massa, assumindo dimensões alarmantes e estimulando a litigiosidade latente. A Justiça é inacessível, cara, complicada, lenta, inadequada. A Justiça é denegação de Justiça. A Justiça é injusta. Não existe Justiça.

Quem lida com a prática judiciária constata, sem maiores dificuldades, que, não obstante as diversas alterações legislativas e constitucionais ocorridas de lá para cá, relatadas no tópico precedente, as quais tiveram nítido intuito de conferir maior celeridade aos julgamentos, nosso cenário atual não é muito diferente daquele denunciado por Ada Pellegrini Grinover. Precisamos, pois, de uma nova postura. Esse horizonte novo, segundo nosso entendimento, somente poderá ser alcançado mediante a utilização de uma teoria que confira eficácia vinculante aos precedentes.

A ordem jurídica deve ser coerente, pois, como é óbvio, não é formada apenas pelas leis, mas, também, pelas decisões judiciais. Essas devem ser previsíveis, notadamente em razão da necessidade de o homem ter segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. É imprescindível, ainda, que as decisões judiciais sejam harmônicas, a fim de garantir a construção de uma pauta de conduta estável. A previsibilidade das decisões constitui valor moral imprescindível para o homem poder se desenvolver. O mínimo que o cidadão pode esperar, no Estado Democrático de Direito, é o respeito à confiança gerada pelos atos e decisões do Poder Público.

Quando um magistrado, num certo caso, decide de determinada maneira, outras pessoas acreditam que, ao ajuizarem uma demanda igual, terão decisões similares. Se o tema já foi decidido por um tribunal superior, essa expectativa se convola em certeza de que lhe será conferido o mesmo tratamento jurídico. Logo, as decisões judiciais não podem ser baseadas na mera vontade do julgador, variável a cada caso, aplicando-se decisões distintas para casos iguais. Com efeito, se, ao analisar determinado caso, o juiz perceber que os aspectos fáticos são muito semelhantes a outro caso julgado por tribunal superior, ou mesmo que existe identidade em relação às questões de direito discutidas no caso sob julgamento e na decisão anterior exarada por tribunal superior, deve se desvencilhar de suas convicções pessoais e seguir o

precedente, cumprindo ressaltar que a função pública jurisdicional também deve obediência ao princípio da impessoalidade (CRFB/88, art. 37).

Como adverte Marinoni (2011, pp. 40-41), “o juiz brasileiro, hoje, tem poder criativo maior do que o juiz do *common law*, uma vez que, ao contrário deste, não presta o adequado respeito aos precedentes”. Todavia, defendemos a observância obrigatória dos precedentes proclamados pelas Cortes Supremas: STF e STJ.

Pois bem. É sabido que a atividade judicial é criativa; contudo, isso não pode fazer com que os julgados se tornem arbitrários. Sobre o tema, Tucci (2004, p. 25) aduz:

Ora, o elemento crucial que efetivamente justifica a recepção analógica de decisão anterior para a solução de hipótese posterior é o “princípio da universalidade”, entendido como uma exigência natural de que casos substancialmente iguais sejam tratados de modo semelhante. É ele, com efeito, o componente axiológico que sempre revestiu a ideia de justiça “como qualidade formal”.

O desrespeito às decisões judiciais pelos próprios tribunais, bem como pelos juízes de primeira instância, pode causar um caos social em razão do enfraquecimento do próprio sistema, haja vista a falta de credibilidade que nos traz um sistema jurídico que não empresta respeito aos seus próprios julgados. Com efeito, o respeito ao precedente é um imperativo do direito contemporâneo. A concretização da segurança jurídica se dá pelo conhecimento prévio, pelos jurisdicionados, das consequências dos seus atos, para que possam, com tranquilidade, planejar suas ações. Conhecendo-se antecipadamente as normas, pode-se, então, anteciper objetivamente direitos e deveres, diante da certeza e previsibilidade do direito. Ademais, a inibição do jurisdicionado à prática de determinadas condutas se dá pela existência de igualdade perante as decisões. Outrossim, como percebeu Mancuso (2014, p. 262) “a jurisprudência dominante ou sumulada projeta ainda, como externalidade positiva, um efeito preventivo geral ao interno da coletividade, ao desestimular a judicialização de pretensões (...), o que contribui para amenizar o demandismo judiciário”.

A imposição de respeito aos precedentes exige quebra de antigos dogmas. É preciso deixar claro, por exemplo, que o juiz na atualidade não é mais servo do Legislativo; hoje, sob o influxo no neoconstitucionalismo, o seu papel é tão criativo quanto o do seu colega do *common law*, sobretudo pelo fato de controlar a constitucionalidade da lei e ter em suas mãos a possibilidade de utilizar as técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto e, ainda, suprir omissões do legislador diante dos direitos fundamentais. (GARCIA, 2011, p. 13)

Nesse contexto, “a recusa à aplicação de precedente judicial constitui recusa de vinculação ao Direito” (MITIDIERO, 2013, p. 103). Como percebeu Macêdo (2014, p. 85), “respeitam-se os precedentes em virtude de razões de segurança jurídica, igualdade, efetividade, economia, celeridade, eficiência, lealdade e imparcialidade”. A esses motivos, Macêdo (2014, p. 131) acrescentou outros:

1) a existência de tribunais superiores competentes para afirmar em decisão final o direito; 2) a ampla publicidade das decisões, especificamente de suas fundamentações, de forma a possibilitar o conhecimento e, assim, o respeito a elas; 3) o interesse em consagrar uma forma de controle racional de criação e aplicação do direito pelos juízes, exigindo coerência e racionalidade na sua atuação.

Entretanto, Rossi (2015, p. 124) assevera “que apenas e tão somente são obrigatórias as decisões tomadas pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade, consoante se infere do art. 102, § 2º, da Constituição Federal”. Em excelente contraponto a essa visão reducionista da força obrigatória dos precedentes, tem-se o entendimento de Mitidiero (2013, p. 107):

É evidente que apenas a corte que é responsável pela formação do precedente pode dele se afastar legitimamente. (...) Uma Corte de Justiça que se faste de um precedente que deve aplicar formulado por uma Corte Suprema *não está dessa divergindo*. Está, na verdade, *desobedecendo* à interpretação legislativa formulada pela Corte Suprema. (...) Imaginar que uma Corte de Justiça pode contrariar ou deixar de aplicar um precedente de uma Corte Suprema por não concordar com seu conteúdo equivale supor que *inexiste ordem e organização* na estrutura do Poder Judiciário e que todas as cortes judiciárias desempenham a *mesma função* dentro do sistema de distribuição de justiça – o que, como é óbvio, constitui manifesto equívoco.

Em complemento, elucidativa é a explicação de Zaneti Júnior (2015, p. 314-315):

(...) as objeções teóricas à adoção de um modelo de precedentes vinculantes, que estão ligadas principalmente ao princípio da legalidade, ao princípio da separação de poderes, e à criação judicial do direito pelo juiz (vinculação do juiz somente à lei e independência judicial), não afastam a necessidade de uma teoria dos precedentes como modelo normativo formal, tanto no aspecto de densificação de cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e princípios, quanto na correlata função interpretativa e de fechamento das lacunas (*fracas e fracas/fortes*) e de resolução de antinomias (*fracas, fracas/fortes e fortes*), especialmente porque os objetivos da teoria dos precedentes formalmente vinculantes são o aumento de racionalidade, igualdade, previsibilidade e efetividade do direito.

Com efeito, é errônea a ideia de que somente a lei pode conferir eficácia vinculante às decisões judiciais emanadas de determinado tribunal. O precedente impõe observância obrigatória pela autoridade que ele representa. Como reconhece Taruffo (2014, p. 8):

Nos ordenamentos de *civil law*, o grau de força que vem atribuído ao precedente é, provavelmente, menor do que aquele atribuído ao precedente da *common law*, mas nada exclui que existam precedentes tão influentes e persuasivos a ponto de serem impostos aos juízes sucessivos. Para eles, no entanto, deixou-se um espaço de possível dissenso, condicionado, porém à indicação das razões adequadas que justifiquem a adoção de uma regra de julgamento diversa.

Os aspectos contrários à adoção da teoria dos precedentes com eficácia obrigatória não devem se sobrepor à ideia aqui defendida. A adequada aplicação da teoria dos precedentes não impede a evolução do direito. Não há, pois, inflexibilidade. A evolução do precedente, através das técnicas de superação que serão discriminadas a seguir, permite rápida e adequada adaptação do precedente às mudanças sociais, políticas, econômicas, culturais, dentre outras. A mudança pode ocorrer paulatina e continuamente, sem, contudo, desconsiderar, na superação do precedente, a confiança legítima que ele gerou nos cidadãos.

O processo legislativo, como é notório, é muito mais burocrático e lento para imprimir as mudanças necessárias no ordenamento jurídico. Além disso, como os atores do processo legislativo, na maioria das vezes, pretendem garantir a continuidade dos seus mandatos, não se posicionam em temas polêmicos³⁴, ou mesmo defendem posições radicais, ambas as condutas tendentes, respectivamente, a não se comprometer ideologicamente, ou a manter a afinidade com a ideologia de seus eleitores. Diante disso, a ausência de consenso acaba gerando a impossibilidade de regulação na esfera legítima.

Nesse cenário, temas que deveriam ser tradicionalmente tratados nas instâncias legislativa acabam sendo decididos pelo Poder Judiciário, pois os cidadãos, desiludidos com a política majoritária, não esperam a concretização dos seus pleitos pela esfera legítima e buscam o reconhecimento dos direitos que acreditam lhes ser conferidos pela Carta Maior perante o Poder Judiciário. Como os juízes não se eximem de julgar afirmando a existência de lacuna (CRFB/88, art. 5º, inciso XXXV; CPC/1973, art. 126; CPC/2015, arts. 3º e 140), acabam tendo que se posicionar.

Também é falsa a ideia de que, mediante adoção da teoria dos precedentes, haveria vertiginoso e pernicioso aumento na complexidade do sistema, que passaria a ser norteador por milhares de decisões que valeriam como fontes do direito. A complexidade é inerente aos sistemas de precedentes e aos de leis escritas. Nosso sistema de leis já é por demais complexo, sendo inegável a enxurrada legislativa existente e em constante construção. Existem leis nas esferas federal, estadual e municipal, bem como regulamentações por outros atos administrativos, os quais podem partir do próprio legislativo ou do executivo. “Sistemas jurídicos são complexos. A complexidade do sistema de precedentes, apesar de grande, não é maior do que a do sistema de leis” (MACÊDO, 2014, p. 186).

A consulta aos precedentes, ademais, é facilitada pelos eficientes meios de pesquisa fornecidos pelos próprios tribunais, através da Rede Mundial de Computadores. Com a adoção da teoria dos precedentes o sistema efetivamente fica mais complexo, pois eles têm que ser considerados no ato de decidir. Contudo, também são contabilizados ganhos que simplificam o sistema, notadamente porque, com a adoção da teoria dos precedentes, o sistema ganha em racionalidade.

³⁴ Como exemplos, podemos citar: interrupção da gestação pela vontade da gestante, eutanásia/ortotanásia, adoção por casais homossexuais e poliamor. Acerca da interrupção da gravidez e da eutanásia, é oportuno destacar que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado nº 236/12. Dispondo sobre a ortotanásia, temos o Projeto de Lei da Câmara nº 6.715/09. Sobre a possibilidade de adoção por casais homossexuais e uniões poliafetivas (= poliamor), tem-se o assim denominado “Estatuto das Famílias”, objeto do Projeto de Lei da Câmara nº 2.285/07 e do Projeto de Lei do Senado nº 470/13. Não é objeto deste estudo se posicionar acerca de qualquer um dos temas abordados.

Ademais, com a adoção da teoria dos precedentes, não ocorre violação ao livre convencimento motivado³⁵, tampouco à independência do juiz. Com efeito, o magistrado tem o dever de decidir conforme o direito, podendo apreciar livremente as provas produzidas, devendo fundamentar os motivos pelos quais considerou os fatos provados ou não provados.

No atual estágio de desenvolvimento do direito, não existe divergência séria à constatação de que toda decisão judicial cria a norma jurídica, no mínimo a norma particular que resolverá o caso concreto. Assim, a eficácia *erga omnes* dos precedentes (norma criada pelo Poder Judiciário) não é decorrente da natureza legislativa, e sim consequência do comando de um específico princípio de direito, o princípio da isonomia. Além disso, a eficácia obrigatória dos precedentes decorre da necessidade de integridade, estabilidade e coerência no direito.

Contudo, o uso da ponderação se transformou em alibi para decisionismos. Para mitigar isso, é necessário estabelecer condições para a realização de um controle da interpretação. A adequada fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e tribunais e, nessa matéria, é necessário estabelecer uma cultura de prestação de contas. O juiz não deve apenas estar convencido do acerto da decisão que está tomando; deve convencer a coletividade de que, naquela situação, a decisão adotada é a correta para o caso concreto.

Além disso, os argumentos no sentido de que a adoção da teoria dos precedentes determina violação à concepção de tripartição de poderes, pois somente ao Poder Legislativo incumbe a tarefa de criação do direito, sendo reservado ao Poder Judiciário, apenas, a tarefa de interpretar as normas criadas pelo órgão que foi eleito democraticamente e representa o povo, também não podem prevalecer. A forma de investidura dos juízes é prevista constitucionalmente e a eles incumbe aplicar o direito; isso é o que basta para contrapor o argumento da falta de legitimidade. Ademais, como reconhece Cappelletti (1999, p. 74), os juízes são “chamados a interpretar, e por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro criar *ex novo* o direito”.

³⁵ Aqui é importante anotar que Lenio Luiz Streck vem sustentando, com veemência, que, com a vigência do CPC/2015, o livre convencimento motivado será abolido do ordenamento. Para compreensão dos argumentos, ver: **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013a; Papai Noel: Que nos embargos não mais se leia “nada há a esclarecer”! **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 24 dez. 2014, Coluna Senso Incomum. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-24/senso-incomum-papai-noel-embargos-nao-leia-nada-esclarecer>>. Acesso em: 10 out. 2015; Dilema de dois juízes diante do fim do livre convencimento do NCPC. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 19 mar. 2015, Coluna Senso Incomum. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>>. Acesso em: 10 out. 2015; e O livre convencimento só vale para as decisões e não para concursos? **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 27 ago. 2015, Coluna Senso Incomum. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-27/senso-incomum-livre-convencimento-vale-decisoes-nao-concursos>>. Acesso em: 10 out. 2015. Não é nosso propósito discutir a questão de forma mais aprofundada. Mas é oportuno registrar que, não obstante o juiz não esteja livre para decidir de acordo exclusivamente com sua consciência, de forma subjetiva e arbitrária, conforme já nos posicionamos ao longo deste estudo, a adequada aplicação da teoria dos precedentes permite que haja distinção e superação de precedentes.

A diferença entre o legislador e o juiz não está em que o primeiro cria a norma e o segundo apenas a declara (...). Isso porque a *norma é o resultado da interpretação*, não o seu pressuposto. O legislador outorga textos que, interpretados judicialmente, geram normas jurídicas. (...) na verdade, a diferença entre a legislação e a jurisdição está em que o legislador propõe enunciados linguísticos sem qualquer necessidade de justificação, ao passo que o juiz só pode decidir reconstruindo sentidos normativos mediante justificação (MITIDIERO, 2013, p. 87).

A atividade jurisdicional, como já foi demonstrado, é eminentemente criativa, sendo assegurado a todos os juízes, ainda, o controle de constitucionalidade das leis. Nesse contexto, é oportuno destacar que

(...) 1) a atual descrição da atividade jurisdicional, realizada a partir da assunção de sua criatividade, é contrária à configuração clássica da tripartição de poderes, e não à doutrina do *stare decisis*; 2) muito ao contrário de aumentar os poderes dos juízes em detrimento das outras funções estatais, o *stare decisis* é princípio que determina fronteiras e barreiras à criação jurisprudencial do Direito, garantindo parâmetros para o seu controle. É lícito concluir, a partir disso, que a vinculação aos precedentes, no atual paradigma do Direito, muito ao contrário de ferir a tripartição, é elemento que reforça a compensação de poderes e funções, dificultando um agigantamento do Judiciário e facilitando o controle da atuação deste, tanto pelos cidadãos como também perante os demais órgãos institucionais (MACÊDO, 2014, p. 203).

Retornando aos pontos que justificam a adoção da teoria dos precedentes com eficácia obrigatória, lembramos que, no Brasil, não existe uma tradição de submeter os conflitos que atingem um número significativo de pessoas às técnicas de resolução coletiva de litígios. Nesse cenário, a falta de solução adequada para os conflitos de massa é responsável, em grande parte, pelo problema crônico do número excessivo de processos em todas as instâncias. Em face disso, pessoas em situações fáticas absolutamente idênticas, sob o ponto de vista do direito material, recebem tratamento diferenciado da lei, decorrente tão somente da relação processual. O direito processual passa a ter, assim, caráter determinante e não apenas instrumental. Lembrando as sempre lúcidas palavras do orientador deste trabalho, o processo, para ser grande, antes precisa ser pequeno. O direito material deve ser o protagonista e o direito processual o coadjuvante, não o contrário.

2.5. A necessária definição de quais precedentes são considerados vinculantes

As regras contidas no CPC/2015, que estabeleceu eficácia vinculante para determinadas decisões (ver art. 927), serão abordadas em capítulo específico desta dissertação. Não obstante isso, é imperioso definir, de modo geral, quais precedentes devem ser considerados obrigatórios/vinculantes, especialmente levando em consideração às atribuições de cada um dos tribunais do nosso ordenamento, bem como o estabelecimento de competências, tanto originárias quanto recursais, aos mesmos. Nosso desiderato, neste ponto específico, é estabelecer um diálogo e complementar o trabalho desenvolvido pelo processualista que já desponta

no cenário nacional como prodígio, por diversas vezes citado ao longo deste estudo. Estamos nos referindo à dissertação defendida por Lucas Buril de Macêdo junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco³⁶. Concordamos com boa parte do referido entendimento, que será demonstrado a seguir; todavia, temos alguns acréscimos e pequenas divergências.

Pois bem. Inicialmente destacamos as convergências no entendimento. Os precedentes do STF, aceca de matéria constitucional, são obrigatórios para todos os demais tribunais, isso porque, no referido ponto, a Suprema Corte exerce a competência constitucional que lhe foi outorgada (CRFB/88, art. 102). Os precedentes dos tribunais superiores, no que tange à competência que lhe é constitucionalmente atribuída como final, devem ser seguidos pelos órgãos judicantes inferiores. Os precedentes dos Tribunais de Justiça que tratam da interpretação do direito local (lei municipal ou estadual e Constituição do Estado) também são dotados de obrigatoriedade. Nesse ponto, o articulista em comento faz ressalva para o caso em que o dispositivo da Constituição do Estado é mera reprodução da Constituição Federal. Embora ele não declare isso expressamente, a compreensão que se extrai do contexto é que, nessa hipótese, deve prevalecer o precedente do STF. Contudo, desde já, em relação à exceção, manifestamos nosso entendimento, que, em realidade, não diverge, mas complementa: caso não haja precedente do STF, deve ser conferida eficácia obrigatória ao precedente do tribunal local. A partir do momento em que o STF se manifestar, prevalece o seu entendimento.

Os tribunais estaduais deveriam ter a última palavra sobre o respectivo direito local e acerca da Constituição do seu Estado. Todavia, em face da competência recursal, as decisões do tribunal local, embora idealizado para resolver tais matérias, devem ser consideradas precedentes obrigatórios somente se não forem reformadas pelo tribunal revisor, em face da competência recursal que lhes é estabelecida. Como reconhece Macêdo (2014, p. 351): “O sistema de precedentes obrigatórios está vinculado à competência recursal e à realização prática do Direito (aplicação), e não à idealização que se tenha feito dos tribunais”. É com essa justificativa que Macêdo (2014, p. 350-351) apresenta sua conclusão, com a qual também concordamos: “o precedente obrigatório seria tipicamente do tribunal que prolatou a última decisão: caso haja recurso, o tribunal superior é responsável pelo precedente, caso não haja, o precedente do tribunal inferior é obrigatório, mas pode ser superado pelo tribunal superior”.

No tópico, nosso interlocutor sugere a edição de emenda constitucional tendente a alterar a competência recursal do STJ, isso para impedir o recurso ordinário no mandado de

³⁶ A versão comercial da dissertação (MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: JusPODIVM, 2015), ressalte-se, já está esgotada.

segurança denegado (CRFB/88, art. 105, inciso II, alínea *b*), especificamente quando a decisão esteja fundada em direito local. A posição é deveras acertada, notadamente se levarmos em consideração que compete aos tribunais de justiça o julgamento, em definitivo, da ação direta de (in)constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal, contestado em face exclusivamente do contido na Constituição estadual (CRFB/88, art. 125, § 2º).

Passamos, agora, a pontuar nossa divergência. Nas situações em que dois tribunais possuem competências para dar a palavra final sobre a mesma matéria, em procedimentos distintos, sem que exista entrecruzamento de competência³⁷, nosso interlocutor apresenta as seguintes indagações: “algum dos tribunais precisa seguir o precedente do outro? Qual das decisões configura precedente obrigatório?” (MACÊDO, 2014, p. 352).

À primeira indagação, interlocutor responde que não há vinculação entre os tribunais. Tal conclusão decorre dos seguintes motivos: a) os precedentes são horizontal ou verticalmente vinculantes, não podendo obrigar tribunais que se encontram em posição acima; e b) o STJ não está vinculado ao que restou decidido pelo STF, isso em razão de não existir competência recursal que atribua à Suprema Corte o poder de reformar ou cassar as decisões que o STJ tomou com base em interpretação ou construção diversa acerca do direito infraconstitucional.

Nosso interlocutor reconhece, no entanto, que os precedentes do STF e do STJ, para outros tribunais, são persuasivos. Salienta, diante disso, que o tribunal que estiver decidindo sobre matéria regulada por precedente de outro tribunal, precisa, necessariamente, justificar o seu desvio, se for o caso. A imposição de assim agir advém do dever de autorreferência, que se extrai do dever específico de fundamentação, do qual não pode se furtar o tribunal (CRFB/88, art. 93, inciso IX).

A resposta à segunda indagação é a seguinte:

(...) a decisão que deve ser tratada como precedente obrigatório é a do tribunal que se encontra em posição de reformar as decisões dos juízes e tribunais. Assim, mesmo que o STF tenha decidido, em virtude de atribuição de competência originária, com fundamento em direito infraconstitucional, o seu precedente é apenas persuasivo – embora possua forte carga –, porquanto cabe ao STJ, na estruturação recursal padrão, dar a última palavra sobre a matéria.

³⁷ Exemplos: “o STF possui competência originária para decidir acerca de infrações penais comuns supostamente cometidas pelo Presidente da República, o Vice-Presidente da República, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República (art. 102, I, *b*). Nota-se que a decisão do Supremo será, normalmente, pautada na interpretação da Lei Penal. Deve-se perceber, igualmente, que, na generalidade dos casos, a norma penal é definida pelo STJ, por recurso especial. Este tipo de questão, problemática para definição do precedente obrigatório, reproduz-se praticamente em todas as hipóteses de competência originária do Supremo Tribunal Federal, que normalmente irá concretizar normas penais, processuais, civis etc., que, normalmente, são definidas pelo Superior Tribunal de Justiça” (MACÊDO, 2014, p. 352).

Pois bem. Inicialmente cumpre assentar que, em essência, tanto o STF, quanto o STJ, são Cortes Supremas³⁸, sendo repartida, no entanto, suas atribuições. As competências originárias que lhes foram conferidas não afastam suas funções primordiais e constitucionalmente estabelecidas. Logo, o STF não está acima do STJ. Nesse contexto, devemos reconhecer que, os precedentes em matéria infraconstitucional, emanados do STJ, são obrigatórios para o STF. Esse entendimento decorre, sobretudo, dos deveres de coerência e integridade – que serão abordados de forma específica no próximo capítulo. O STF não pode mudar o que já está assentado em precedente obrigatório do STJ, a não ser que fosse levantada uma questão constitucional a respeito do caso.

A propósito, o STF reconheceu a necessidade de observar os precedentes do STJ em matéria infraconstitucional³⁹. No voto que proferiu na Execução Penal 2, originária do caso denominado de *Mensalão*, que repercutiu imensamente na comunidade jurídica, o Min. Roberto Barroso reconheceu que a jurisprudência do STJ não pode ser desconsiderada pelo STF, salvo motivo relevante. Salientou, também, a necessidade de universalização do decidido ao ser formado precedente – o que será explorado de forma mais abrangente no próximo capítulo. A transcrição dos argumentos do Min. Roberto Barroso, embora determine uma citação longa, se justifica pela relevância do tema:

(...) tenho em mente uma outra preocupação: a decisão que se produzir aqui irá repercutir sobre a execução penal em todo o país e, portanto, nos seus fundamentos e nas suas consequências, ela deverá ser universalizável. Significa dizer: ela deverá valer para todas as pessoas que se encontrarem em igual situação em qualquer parte do território nacional. A universalização é uma regra ética e igualitária que se extrai do princípio maior da filosofia de Kant – o imperativo categórico – cuja dicção é a seguinte: “Age de tal modo que a máxima da tua vontade (i.e., o princípio que a inspira e move) possa se transformar em uma lei universal”. Sem prejuízo da prioridade legítima requerida pelos ora agravantes, o que confere maior urgência ao processo em exame é justamente a sua repercussão sobre as execuções penais em geral, notadamente pelo fato de a decisão agravada estar em desacordo com a jurisprudência que vem sendo aplicada, com absoluta predominância e há muitos anos, nas instâncias ordinárias. (...)

Fundado nessas duas premissas – não criar exceções e levar em conta a necessidade de universalização da tese jurídica firmada – passo a decidir a questão (...)

O único precedente na matéria a esposar a tese da decisão recorrida foi o acórdão do STF no HC 72.565, em que era paciente Paulo César Cavalcante Farias. A impetração pedia progressão para o regime aberto e o direito ao trabalho externo. Por maioria, sendo relator o Min. Sepúlveda Pertence, entendeu-se que tanto para a progressão como para o trabalho externo se exigia o cumprimento mínimo de um sexto da pena. Algumas observações impor-

³⁸ Como afirma Mitidiero (2013, p. 79), “o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça devem ser pensados como *cortes de interpretação* e não como *cortes de controle*, como *cortes de precedentes* e não como *cortes de jurisprudência*, tendo *autogoverno* e sendo dotados de meios idôneos para consecução da *tutela do direito* em uma *dimensão geral* de forma *sonômica e segura*”. Durante toda a obra, Mitidiero confere, tanto ao STF como ao STJ, a função de Cortes Supremas.

³⁹ EXECUÇÃO PENAL. REGIME INICIAL SEMIABERTO. TRABALHO EXTERNO. 1. A exigência objetiva de prévio cumprimento do mínimo de um sexto da pena, segundo a reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não se aplica aos presos que se encontrem em regime inicial semiaberto. Diversos fundamentos se conjugam para a manutenção desse entendimento. (...) (EP 2 TrabExt-AgR, Rel.: Min.: Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 25/06/2014).

tantes. O paciente desse julgamento – P.C. Farias – fora protagonista do então recente *impeachment* do Presidente da República, além de ter sido preso após momentosa fuga, quando se encontrava na Tailândia. *Hard cases make bad law*, lembram os anglo-saxões. Em bom português: casos difíceis não são os que produzem as melhores teses jurídicas. Há mais, porém: o julgamento se deu em maio de 1995. Ainda não havia ocorrido – ou, pelo menos, sido percebida – a explosão nas estatísticas de encarceramento, que passaram do patamar de cem mil para o de quinhentos mil (ou setecentos mil, se contarmos as prisões domiciliares). Foi a realidade fática que impôs a virada jurisprudencial conduzida pelo STJ no final da década de 90. (...)

Como já assinalado, desde 1999, com a decisão no HC 8.725, Rel. Min. Gilson Dipp, a jurisprudência do STJ se consolidou nessa matéria, em linha diversa da decisão aqui impugnada. São muitas dezenas de decisões, com os mais diversos relatores, sem solução de continuidade. (...)

A conclusão a que se chega, neste item, é que a negação do direito ao trabalho externo, para reintroduzir a exigência de prévio cumprimento de um sexto da pena, significaria drástica alteração da jurisprudência em vigor há mais de quinze anos. (...)

Ainda que parte dessa mesma sociedade possa alimentar o desejo de que os condenados da AP 470 sejam tratados com mais rigor do que o sistema atualmente comporta, o que o STF está decidindo é a interpretação das regras de execução penal. Elas devem valer para o ora agravante e para as tantas pessoas de origem humilde que formam a maioria da população carcerária. O maior legado da AP 470 será a percepção de que a lei deve valer indistintamente para todos, poderosos e despossuídos. Criar exceções no cumprimento das penas, para mais ou para menos, representaria um passo atrás no avanço que esse processo representa. Pior do que isso seria o efeito sistêmico, criando adversidades adicionais para a multidão de egressos do sistema carcerário que já enfrenta todo tipo de dificuldade e resistência para se reinserir socialmente. (...)

Nesse contexto, ainda que por fundamentação diversa, para a segunda indagação proposta pelo articulista, apresentamos a mesma resposta. A decisão que configura precedente obrigatório/vinculante é a do STJ. Contudo, é oportuno reconhecer que, utilizando as técnicas de superação do precedente, o STF, ao apreciar questão infraconstitucional em decorrência da competência originária que lhe foi outorgada constitucionalmente, poderá chegar à conclusão diversa daquela até então empreendida pelo STJ em sede de precedente obrigatório. O ônus argumentativo, nesse caso, tem que ser muito maior.

Um ponto ainda merece ser mencionado. O interlocutor, sem se posicionar a respeito, menciona que “A problemática do sistema brasileiro de precedentes está associada à previsão de recursos contra decisões ou à falta deles, impedindo que decisão da corte que normalmente soluciona a matéria, e possui precedentes obrigatórios sobre ela, resolva finalmente a questão” (MACÊDO, 2014, p. 349). Pois bem. Na esteira do que foi assentado, é importante perceber que, em matéria de direito processual civil – tema eminentemente infraconstitucional –, que também é utilizada na seara trabalhista (CLT, arts. 8º, parágrafo único, e 769), havendo precedente do STJ, esse vincula, por exemplo, a atuação do TST, dos TRTs e dos juízes do trabalho? O tema é deveras polêmico. Ademais, não constitui objeto deste estudo discutir os impactos do reconhecimento da eficácia vinculante aos precedentes na seara trabalhista. Nossa posição: levando em consideração toda a lógica até aqui desenvolvida, havendo necessidade

de se socorrer das normas do direito comum para resolução de uma demanda trabalhista, a especializada deve observar os precedentes obrigatórios do STJ.

Definidos quais os precedentes ostentam eficácia obrigatória, seguiremos, no próximo capítulo, com a apresentação dos elementos para compreensão das técnicas de concepção, construção, aplicação e superação dos precedentes. Após, em capítulo específico, iremos abordar como o CPC/2015 tratou da questão relativa aos precedentes.

3. IDENTIFICAÇÃO, APLICAÇÃO E SUPERAÇÃO DE PRECEDENTE

3.1. Necessidade de alteração na técnica de julgamento para adequada formação de precedente

Conforme anunciado por Marinoni (2015, p. 13) na introdução de obra específica sobre como devem ocorrer os julgamentos nas Cortes Supremas, “existe uma simples impossibilidade de continuar a pensar em cortes supremas de correção”. O STF e o STJ – que são Cortes Supremas, notadamente por serem intérpretes institucionais da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional federal – devem assumir posição de cortes, não de controle, mas de interpretação, velando pela definição, observadas suas competências constitucionais, de precedentes obrigatórios para todo o Poder Judiciário. Reconhecendo as relevantes funções que devem ser desempenhadas pelo STF e pelo STJ, Mitidiero (2013, p. 94-95), menciona:

(...) O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não podem ser vistos como cortes reativas e de simples controle de juridicidade das decisões recorridas. Isso porque semelhante modo de conceber a função de uma corte de vértice tende a *estimular a atenção da corte sobre o caso recorrido*, transformando-a em órgão empenhado em atuar de forma *particular e pontual* o Direito, perdendo-se aí a dimensão *geral e constante* que deve pautar a interpretação do Direito mediante a atuação desses tribunais. (...) É justamente para *evitar esse particularismo e essa inconsistência* que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça devem ser vistos como cortes *proativas e de adequada interpretação* da Constituição e da legislação infraconstitucional (...). Como é da *essência* do Direito o seu caráter indeterminado, é de *radical* importância para a adequada interpretação e aplicação a existência de cortes encarregadas de *definir o sentido* com que os enunciados linguísticos empregados pela Constituição e pela legislação infraconstitucional federal devem ser compreendidos em determinado contexto.

A função das Cortes Supremas, portanto, é a de definir o sentido do direito. Contudo, a prática revela que os tribunais (STF e STJ) julgam como cortes de correção, onde os fundamentos não são importantes, sendo privilegiada apenas a conclusão do julgamento. Um exemplo pode elucidar bem a questão: recurso especial fundamentado na contrariedade à lei federal (CRFB/88, art. 105, inciso III, alínea *a*), no qual é suscitada a inobservância de regras do CPC/1973 e do Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002); dois julgadores entendem que houve contrariedade ao CPC/1973; um julgador entende que houve contrariedade ao Código Civil; e dois julgadores entendem que não ocorreu qualquer contrariedade; nessa situação, que somente pode ocorrer quando o tribunal não está preocupado com a adequada definição do sentido do direito, não há qualquer racionalidade em dar provimento ao recurso, pois o único entendimento possível é o de que nenhuma das normas foi contrariada. Com efeito, por três votos a dois, não houve contrariedade ao CPC/1973, enquanto que, por quatro votos a um, não houve contrariedade ao Código Civil. Pois bem. Quando nenhum dos

fundamentos é sustentado pela maioria do colegiado, simplesmente não há *ratio decidendi* ou precedente. Há, nesse caso, decisão plural, ou seja, decisão majoritária embasada em fundamentos minoritários (MARINONI, 2015, p. 35-39).

Andreassa Junior (2015, p. 84) reconhece que a grande maioria das decisões do STF e do STJ não são dotadas de efeito vinculante porque não constituem precedentes, isso porque não é possível extrair dos acórdãos a *ratio decidendi* que orientou o que foi decidido. Para comprovar a constatação, ele exemplifica com o julgamento, pelo STF, da ADPF 54, que admitiu a interrupção da gravidez em caso de anencefalia:

Apesar de a maioria dos ministros acolher a tese principal, todos os votos possuem motivos determinantes diversos. Alguns citam questões religiosas; outros, questões sociais, enquanto outros citam questões pessoais ou partidárias. Em um futuro, quando se discutir de forma aberta a possibilidade de aborto, qual o voto prolatado na ADPF/54 servirá de base para a decisão final? O motivo determinante do voto de um ministro se sobrepõe ao do outro? (ANDREASSA JUNIOR, 2015, p. 84).

A prática jurídica também revela que não existe diálogo detido sobre as questões que podem constituir *ratio decidendi*, sendo comuns julgamentos em que os julgadores simplesmente leem os votos que foram previamente preparados, sem quaisquer discussões. A prévia justificativa escrita é um sinal de negação ao diálogo, pois não abre espaço para discussão acerca da correta interpretação que se deve dar aos textos. Embora o julgador que possui voto prévio escrito possa ser convencido na sessão de julgamento, essa prática não proporciona um ambiente propício a um diálogo frutífero⁴⁰.

Ora, se a decisão deve ser o resultado da deliberação e a justificativa serve à decisão, não há racionalidade em ter uma decisão que antecede a discussão e uma justificativa escrita antes da decisão final colegiada. O relator deve redigir um projeto de julgamento e uma proposta de voto, um convite à discussão e não um convite à adesão (MARINONI, 2015, p. 105).

Como percebeu Nogueira (2013, p. 240-241):

Há decisões do STF que constituem-se em verdadeiros julgamentos isolados reunidos circunstancialmente apenas pela necessidade de se ter um julgamento colegiado, ou seja, cada Ministro vota o que bem entende, enfrentando as questões jurídicas que entende pertinentes, sem preocupação com o todo⁴¹. (...) Se os Tribunais Superiores querem assumir uma

⁴⁰ Isso é reconhecido, em sede doutrinária, pelo Ministro Roberto Barroso: “Inúmeros fatores extrajurídicos influenciam as decisões de um órgão colegiado. No caso do Supremo Tribunal Federal, em particular, a primeira característica distintiva relevante é que o tribunal delibera em sessão pública. Na maior parte dos países, sem embargo da existência de uma audiência pública, de um *hearing*, com a intervenção dos advogados, o processo de discussão e decisão é interno, em conferência reservada, na qual participam apenas os ministros ou juízes. A deliberação pública é uma singularidade brasileira. A transmissão ao vivo dos julgamentos, por uma televisão oficial, constitui traço distintivo ainda mais original, talvez sem outro precedente pelo mundo afora. Em parte como consequência desse modelo de votação pública, o sistema brasileiro segue um padrão agregativo e não propriamente deliberativo. Vale dizer: a decisão é produto da soma de votos individuais e não da construção argumentativa de pronunciamentos consensuais ou intermediários. Isso não significa que não possam ocorrer mudanças de opinião durante os debates. Mas o modelo não é concebido como uma troca de impressões previamente à definição de uma posição final” (BARROSO, 2014, p. 38-39).

⁴¹ Aqui é oportuno exemplificar: No julgamento, perante o STF, do RE 590.809/RS, no qual foi reconhecida a existência de repercussão geral, o Ministro Dias Toffoli, apesar de o relator, Ministro Marco Aurélio, sequer ter suscitado esta questão e de ter sido reconhecido, inclusive, que a mesma não fora suscitada pelas partes no in-

função nova – e parece que necessitam urgentemente – eles precisam assumir também a sua parcela de responsabilidade, mudando a forma de julgar os casos que lhes são submetidos. Os votos que compõe um julgamento colegiado não podem ter fundamentos dispersos, não bastando que o dispositivo seja unísono porque a *ratio decidendi* de um precedente não está no dispositivo da decisão, que vinculante apenas para as partes do caso concreto. Se o Tribunal não tem preocupação com a *ratio decidendi* ele não pode esperar que o precedente seja respeitado futuramente, porque ele contribuiu ou criou essa situação de dificuldade da interpretação do precedente.

Na esteira do que foi assentado, é importante perceber que “definir o sentido do direito que regulará os casos futuros confere maior poder e, por consequência, maior responsabilidade ao julgador”⁴² (MARINONI, 2015, p. 30). Nesse cenário, ao assumirem as funções de Cortes Supremas, o STF e o STJ precisam modificar a forma de decidir. Antes de cada votação, deve haver destaque das questões que deverão ser enfrentadas pelo colegiado. Com efeito, “a prévia definição do objeto do julgamento tem importância quando se almeja uma *ratio decidendi* precisa, com o consequente afastamento de decisões paradoxais e de *obter dicta*” (MARINONI, 2015, p. 103). É imprescindível, pois, que, antes do julgamento colegiado, o relator delimite os fatos do caso e os fundamentos que serão discutidos. Nesse contexto, sobre a importância de delimitação os fatos relevantes para o julgamento,

(...) *inexiste qualquer vedação constitucional* a que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça *examinem fatos* no âmbito do recurso extraordinário e do recurso especial. A *causa* é composta de um *todo em que se misturam e implicam-se mutuamente alegações fático-jurídicas*. Em outras palavras, a *causa* é uma *unidade fático-jurídica*. A propósito, não só *inexiste qualquer vedação constitucional ao exame de fatos*, como é imprescindível que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, com cortes situadas na área de influência do modelo de Corte Suprema, vinculadas a uma teoria lógico-argumentativa da interpretação e à unidade do Direito mediante a formação de precedentes, *examinem fatos* em recurso extraordinário e do recurso especial – isso porque *sem o exame de fatos não há como trabalhar com precedentes*. (...) O que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça *não podem é reexaminar a prova dos autos* a fim de outorgar *nova valoração probatória aos fatos*, isto é, *não podem proceder à nova valoração da prova* (MITIDIERO, 2013, p. 90-91).

Esclarecido isso, é oportuno notar, também, a necessidade de conferir maior importância à participação do *amicus curiae*. Com efeito, o “*amicus* deve ser valorizado em julga-

conformismo, deu provimento ao recurso extraordinário por entender que era incabível a ação rescisória em razão de ter sido ajuizada após o prazo decadencial, não tendo, no entanto, se manifestado sobre o cerne da discussão travada naquela ação: cabimento, ou não, da rescisão de julgado fundamentado em corrente jurisprudencial majoritária, no STF, e existente à época da formalização do acórdão rescindendo, em razão de entendimento posteriormente firmado em sentido diverso pelo próprio Supremo. Na proclamação do resultado, no entanto, o voto do Ministro Dias Toffoli foi considerado na formação da maioria que deu provimento ao recurso extraordinário. Ou seja, não houve preocupação com a *ratio decidendi*, mas, apenas, em compor a maioria capaz de decidir o caso concreto em determinado sentido, ainda que os ministros tenham concluído pelo mesmo dispositivo por fundamentos jurídicos completamente diversos. Diante disso, uma advertência é oportuna: “Não há como fazer brotar uma *ratio* quando a decisão majoritária se funda em fundamentos autônomos e independentes, ainda que ambos possam conduzir ao mesmo resultado” (MARINONI, 2015, p. 80).

⁴² Sobre o tema, Ravi Peixoto escreveu: *O Homem-Aranha e a teoria dos precedentes: com grandes poderes vêm grandes responsabilidades*. (Disponível em: <<http://portalprocessual.com/o-homem-aranha-e-a-teoria-dos-precedentes-com-grandes-poderes-vem-grandes-responsabilidades/>>. Acesso em: 26 jan. 2016). O texto é de um senso de humor ímpar e revela a preocupação que devemos ter ao assumir a aplicação da teoria dos precedentes com eficácia vinculante/obrigatória no nosso país.

mentos que terão a aptidão de produzir um precedente para o futuro” (NOGUEIRA, 2013, p. 242). Além disso, é necessário que o tribunal “não só ouça o *amicus* mas também, e principalmente, que ele leve em consideração os argumentos do *amicus*” (NOGUEIRA, 2013, p. 242), pois “permitir o ingresso do amigo da Corte para que ele se manifeste, e depois decidir a causa como se não tivesse o terceiro manifestado opinião nenhuma é a democratização do processo – condição necessária para a vinculação do precedente – letra morta” (NOGUEIRA, 2013, p. 242-243).

Seria fundamental que tanto o STJ quanto o STF reunissem seus ministros em cada julgamento, a fim de discutir a uniformização da jurisprudência, sendo que todos os votos deveriam possuir os mesmos motivos determinantes. Na realidade, o ideal seria um único voto ser prolatado pelos Ministros – ainda que haja divergência –, com o entendimento da maioria (ANDREASSA JUNIOR, 2015, p. 85).

Portanto, a decisão colegiada, preocupada com a formação de precedente, depende de efetiva deliberação acerca das questões fático-jurídicas previamente selecionadas, e é construída mediante a participação de todos os membros do colegiado, com enfrentamento adequado dos argumentos suscitados pelos advogados das partes – o que garante o contraditório efetivo – e dos *amicus curiae*. A justificativa deve ser dos fundamentos adotados para regulamentar determinado contexto fático, ou seja, deve haver preocupação com a adequada definição da *ratio decidendi*. O desiderato, a seguir, é estabelecer como ocorre a identificação da *ratio*.

3.2. Identificação da *ratio decidendi*

No sistema que atribui força obrigatória dos precedentes, é indispensável reconhecer a necessidade de estabelecer meios adequados para identificar, na decisão anterior (no precedente), quais elementos que serão utilizados para adequada resolução dos casos futuros. É necessário, pois, estabelecer a *ratio decidendi*, ou *holding* (termo mais utilizado nos Estados Unidos da América), para definição daquilo que, efetivamente, terá eficácia obrigatória. Com efeito, a “*ratio decidendi* constitui uma *generalização das razões* adotadas como *passos necessários e suficientes* para decidir um *caso* ou as *questões* de um caso pelo juiz” (MITIDIERO, 2012, p. 93). Nesse contexto, “a *ratio decidendi* deve ser formulada por *abstrações realizadas a partir da fundamentação* da decisão judicial”, contudo, a *ratio decidendi* não é o mesmo que fundamentação ou raciocínio judiciário, voltadas para solucionar o caso particular, se referindo à unidade do direito, sendo formado com o material encontrado na fundamentação (MITIDIERO, 2012, p. 93).

Pois bem. Em relação aos métodos para definição da *ratio decidendi*, Macêdo (2015b, p. 219-227), após apresentar amplo apanhado doutrinário, acabou por concluir:

Não é possível, portanto, estabelecer um método de definição da ratio decidendi (norma do precedente) como superior ou correto a priori, sua compreensão deve ser guiada à luz das circunstâncias do caso concreto e pela dimensão argumentativa do Direito. O método de definição da ratio torna-se menos importante, crescendo em relevância o controle racional da decisão que interpreta o precedente e concretiza sua norma, em perfeito paralelo à problemática da definição da norma legal (MACÊDO, 2015b, p. 227).

Embora não exista um método seguro para definição da *ratio decidendi*, é necessário estabelecer parâmetros para encontrar o elemento vinculante no precedente. Didier Júnior et al., embora reconheçam que a *ratio decidendi* é “a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi” (2015, p. 442), bem como que “só se pode considerar como *ratio decidendi* a opção hermenêutica que, a despeito de ser feita para uma caso concreto, tenha aptidão para ser universalizada” (2015, p. 447), calcados na percepção de que, ao decidir, o magistrado cria/reconstrói duas normas jurídicas (uma de caráter geral, fruto da interpretação dos fatos envolvidos na demanda e da sua conformação com o direito positivo; e outra de caráter individual, correspondente à solução específica do caso em análise), afirmam que a *ratio decidendi* é a tese jurídica decorrente da fundamentação do julgado, ou seja, é a norma geral construída indutivamente a partir de uma situação concreta. Os autores sob comento sustentam que a *ratio decidendi*, exatamente por ser geral, pode ser aplicada em outras situações semelhantes, o que determina a conclusão de que a eficácia do precedente é sempre *erga omnes*. Entretanto,

(...) em que pese a *ratio decidendi* se encontre na fundamentação da decisão, a ela não corresponde integralmente (...). Na verdade, pode ser elaborada e extraída de uma leitura conjugada de tais elementos decisórios (relatório, fundamentação e dispositivo); importa saber: a) as circunstâncias fáticas relevantes relatadas; b) a interpretação dada aos preceitos normativos daquele contexto; c) e a conclusão a que se chega. (DIDIER JÚNIOR et al., 2015, p. 447).

Nesse contexto, é oportuna a constatação de que “a norma do precedente é diferente do texto do precedente, sendo equivocado reduzi-la à fundamentação ou qualquer combinação de elementos da decisão do qual advém – da mesma forma que não se deve reduzir a norma legal ao texto da lei” (MACÊDO, 2015b, p. 217). Com efeito, “a definição da norma do precedente é eminentemente argumentativa, passa-se do *texto do precedente* para a sua norma, a *ratio decidendi*” (MACÊDO, 2015b, p. 238).

A norma somente adquire o seu significado conforme a individuação pelo interprete no momento da aplicação. Por essa razão, a doutrina fala em normas como *resultado*, e não o *pressuposto* da atividade interpretativa. (...) Não se pode mais negar, no atual estágio da ciência jurídica e da hermenêutica, que os textos, não importa de qual espécie, se constitucionais, legais ou precedentes, não valem por si mesmos, não contém uma clareza que os isente de interpretação, porque interpretar é aplicar e vice-versa (ZANETI JÚNIOR, 2015, p. 142-144).

Peixoto (2015, p. 187) reconhece que “a regra extraída dos precedentes nunca está acabada, tendo um caráter permanentemente incompleto, que paulatinamente evolui em conjunto com as demais modificações ocorridas no direito e na sociedade”, bem como que isso, no entanto, não diferencia a regra do precedente de um texto legal, notadamente em razão de a norma extraída do texto também estar em contínua modificação. Nesse contexto, é oportuno mencionar, ainda, que “os fatos incorporados pela *ratio decidendi* não são os fatos da causa, mas a *hipótese fática*” (MACÊDO, 2014, p. 278).

Sustentando uma posição mais abrangente, Lopes Filho (2015, p. 155) menciona que “reduzir o precedente à norma consiste em excluir os elementos do julgado que lhe dão nota de identidade na própria ordem jurídica” e, embora reconheça a possibilidade de inferir uma norma do precedente, afirma que “este não se resume à norma, pois é algo mais amplo e rico, é uma resposta hermenêutica ao caso julgado”. Reconhecendo a importância da doutrina de MacCormick para compreensão do que seja a *ratio decidendi*, ao que parece, Marinoni (2015, p. 45) também reconhece a necessidade da atividade interpretativa na definição do precedente:

(...) a *ratio* não deve ser vista como a lei, mas sim como o que se afirma ser a sua interpretação (...) a *ratio*, embora deva ser suficiente para o alcance do resultado, deve constituir uma interpretação ou uma solução em particular para justificar a decisão do caso. Se a *ratio* não fosse uma solução particular ao caso, mas uma solução geral, capaz de ser aplicada ao caso, não estaria produzindo, no caso, uma *ratio*, mas sim aplicando um precedente ou uma *ratio* já definida em outro caso.

Nesse contexto, percebe-se que é a densidade argumentativa nas decisões que faz com que o precedente possa ser apreciado e aplicado pelo magistrado de modo diferente de como aplica as regras legisladas. O desafio é esse⁴³. Temos que reconhecer que a densidade argumentativa dificulta a extração da norma do precedente, todavia, garante a flexibilidade interpretativa, capaz de assegurar a igualdade substancial⁴⁴. O juiz, ao reconstruir a norma presente no precedente, a fim de estabelecer como deve ser decidido o caso novo, considerando o conjunto de fatos contidos no precedente, deve construir a norma que será aplicada ao caso novo, generalizando a partir dos dados que são conhecidos por meio das normas particulares constantes nos precedentes. Essa atividade difere da aplicação das regras legisladas, pois essas são generalizações de situações hipotéticas construídas pelo legislador.

⁴³ O juiz atual – e, portanto, a jurisdição atual – é uma atividade que se utiliza do elemento criatividade, visto que o magistrado é chamado a preencher conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais, a ponderar a incidência de princípios constitucionais em situações concretas, o que faz com que não se possa mais pensar em sua atividade como um mero silogismo, em que se encaixa a premissa jurídica na premissa fática como ambas se tratassem de peças “Lego” (BASTOS e KIPPEL, 2011, p. 29).

⁴⁴ O princípio da igualdade pressupõe que as pessoas colocadas em situações diferentes sejam tratadas de forma desigual. Nesse sentido, temos essa célebre lição doutrinária: “Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”. (NERY JUNIOR, 1996, p. 42).

Contudo, há que se ter cuidado, pois essa concepção pode criar uma flexibilidade interpretativa muito grande do precedente, permitindo a utilização dele justamente para uma abrangente construção de sentido pelo interprete (= subjetivismo, decisionismo, arbítrio, “decido conforme minha consciência”, etc.), sendo certo que é isso que se pretende evitar com o reconhecimento de eficácia vinculante aos precedentes. Não adiante simplesmente substituir a fonte e continuar entendendo que a hermenêutica permite ao interprete qualquer interpretação.

Esclarecido isso, deve ficar claro que incumbe ao aplicador do direito a função de interpretar o precedente e extrair dele o elemento vinculante (o que pode ser universalizado), que terá que ser obrigatoriamente considerado, mesmo para distinção ou superação do precedente. Outrossim, é importante reconhecer que, como, em alguns casos, para resolver o mérito é necessário apreciar questões preliminares ou prejudiciais (prescrição e legitimidade ativa ou passiva, por exemplo), e considerando que é relativamente comum encontramos demanda em que existe cumulação de pedidos, uma única decisão, na medida em que analisa as preliminares, as prejudiciais e o mérito de cada um dos pedidos cumulados, pode estabelecer mais de uma *ratio decidendi*. A decisão pode, ainda, não conter *ratio decidendi*, o que ocorre, por exemplo, quando, apesar de existir consenso entre os julgadores quanto à solução do caso, existe dissenso na fundamentação. Além disso, é correta a posição de Ataíde Júnior (2012, p. 79), quando defende a possibilidade de extrair a *ratio decidendi* nas questões resolvidas em favor da tese de uma das partes que, ao final, em face de outros argumentos suficientes para reconhecimento do direito em favor da parte *ex adversa*, foi vencida na demanda.

Ainda merece atenção a forma de extração da *ratio decidendi* nas decisões proferidas pelo STF em controle abstrato de constitucionalidade, nas quais não existe um caso concreto em julgamento. Pela teoria da eficácia transcendente dos motivos determinantes⁴⁵ tem-se a extensão dos efeitos vinculantes e *erga omnes* aos fundamentos contidos na decisão judicial, e não apenas ao dispositivo do julgado. Não há que se confundir, no entanto, o efeito *erga omnes* decorrente da declaração de (in)constitucionalidade, que é encontrado no dispositivo da decisão, com a eficácia vinculante dos precedentes, que decorre da *ratio decidendi*, que pode ser encontrada, ressalte-se, em decisão proferida em sede de controle abstrato. Com efeito, não é a fundamentação que vincula. “A vinculação é à norma do precedente, construída a partir da fundamentação, mas que com ela não se confunde” (MACÊDO, 2014, p. 248).

⁴⁵ A teoria da transcendência dos motivos determinantes atualmente não é recepcionada pelo STF. Conferir, exemplificativamente: Rcl 4.454 AgR, Rel.: Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, j. 03/03/2015; Rcl 5.542 AgR, Relª.: Minª. Rosa Weber, 1ª Turma, j. 24/02/2015; e Rcl 10.125 AgR, Rel.: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 19/09/2013.

Portanto, e em aperta síntese, a extração da *ratio decidendi* pressupõe a reconstrução do raciocínio exposto e implícito aplicado ao caso/precedente, sendo imperioso encontrar a regra universalizável, que, não obstante, sempre deve ser contextualizada com os fatos do paradigma.

3.3. Proclamação da decisão e da *ratio decidendi*

Conforme já foi anunciado neste estudo, o STF e o STJ devem ser compreendidos como Cortes Supremas. Em face disso, a função desses tribunais não deve ser apenas de controle e cassação, sendo necessário que eles exerçam uma função interpretativa do direito, com a preocupação voltada não somente para resolução do caso concreto, mas, especialmente, para formação de precedentes vinculantes/obrigatórios que garantam adequada interpretação aos textos legais e unidade ao direito. Nesse sentido, as recentes alterações legislativas que já foram implementadas no CPC/1973, bem como as mudanças que constam no CPC/2015, propiciam que o STF e o STJ exerçam esses papéis de cortes de interpretação e de precedentes.

As Cortes Supremas não devem ter apenas o objetivo de regular os casos conflitivos concretos, mediante correção de decisões que aplicam a constituição e as leis infraconstitucionais, com a preocupação voltada somente para o resultado do julgamento, com a proclamação apenas do que foi decidido. É imprescindível que também haja o anúncio da *ratio decidendi*. Atento a isso, Marinoni (2015, p. 126) adverte:

Ora, tratando-se de Corte de Precedentes e, portanto, de colegiado que não está apenas elaborando decisão para os litigantes ou simplesmente solucionando o recurso, é imprescindível proclamar a eventual *ratio* ao lado da decisão. Significa dizer, em poucas palavras, que a proclamação do resultado não é mais sinônimo de declaração da decisão, mas expressão que deve conter a decisão e a *ratio decidendi*.

Nessa perspectiva, não se desconhece que, nos países de *common law*, onde tradicionalmente as Supremas Cortes se preocupam com a formação de precedentes, essas não declaram a *ratio decidendi*, sendo dos tribunais inferiores a função de, diante dos novos casos, delimitar a extensão e aplicabilidade do precedente. Isso pode ser encarado como uma falha daqueles sistemas. Não é porque um sistema adota determinado procedimento que este pode ser considerado absolutamente correto em outro (MARINONI, 2015, p. 126). Deve ser advertido, com efeito, que a declaração da *ratio decidendi* pelos tribunais encarregados pela formação dos precedentes vinculantes não impede, todavia, que os tribunais “interpretem os precedentes para concluir se devem ou não aplicá-los ao caso sob julgamento” (MARINONI, 2015, p. 126).

Atentos ao tema, Didier Júnior et al. (2015, p. 487) asseveram que “a súmula é o enunciado normativo (texto) da *ratio decidendi* (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente”, reconhecendo que “a súmula, como texto, terá de ser reinterpretada, daí a necessidade de ela ser escrita com termos precisos, tanto quanto isso seja possível” (2015, p. 487)⁴⁶. Ao que parece, os autores sob comento entendem que a proclamação da *ratio decidendi* pode ocorrer ao ser editada súmula, vinculante ou não. No mesmo sentido, Zaneti Júnior (2014, p. 61) reconhece que “as súmulas jamais podem ser desconectadas da *ratio decidendi* dos precedentes”.

Porque produzida a partir do caso concreto, o texto da *ratio decidendi*, nos enunciados sumulados, não pode ter algumas características que normalmente aparecem no direito legislado. Por exemplo: não há razão para que, na redação da *ratio decidendi*, se ponham termos de sentido vago. A vagueza na proposição normativa jurisprudencial é um contrassenso: nascida a partir da necessidade de dar concretude ao direito legislado, o enunciado da *ratio decidendi*, tal como se vem dizendo, deve ser formulado com termos de aceção precisa, tanto quanto possível, para que não crie dúvidas quanto à sua aplicação em casos futuros (DIDIER JÚNIOR et al., 2015, p. 490).

O posicionamento adotado, contudo, não é isento de críticas. Eis a que aparenta ser mais contundente:

Insisto: “o precedente” não cabe na súmula. Como resolveríamos o caso de aplicação de uma súmula que estabelecesse, hipoteticamente, a exemplo de um julgado recente do TRF da 4ª Região (Proc. nº 2003.72.05.000103-2/TRF⁴⁷), segundo o qual “o colarinho faz parte do conteúdo do chope”? Qual é o tamanho do colarinho? Quantos centímetros de espuma são possíveis? E mesmo que se fizesse um adendo à (essa hipotética) súmula, especificando que o colarinho somente poderá ser de um centímetro (ou dois, ou três...), ainda assim teríamos problemas decorrentes do tamanho do copo (altura e largura). E quanto tempo o chope deverá ficar em repouso? De que modo a dogmática jurídica resolveria tais impasses interpretativos? Mas haveria impasses? Quais? Afinal, enunciados como “o colarinho faz parte do chope” ou, a *contrario sensu*, “o chope sem colarinho não é chope”, não são claros e precisos? Não é isso que a doutrina – que acredita em isomorfia entre texto e realidade – deseja para o direito? Não querem clareza e precisão? (...) Dito de outro modo – e levando em conta as “especificidades” da hipotética súmula acerca do colarinho do chope –, somente a construção de significados (atribuição de sentidos) a esses significantes é que permitirá que se evite abusos por parte dos comerciantes vendedores de chope. Não haverá (assim como não há) um significado de *colarinho em si* (STRECK, 2008, p. 175-176).

Na verdade, segundo nosso entendimento, a crítica sintetizada no trecho antes reproduzido, e que foi a tônica de todo o texto, não ataca a necessidade de a *ratio decidendi* ser

⁴⁶ Essa necessidade de a redação da súmula exprimir a *ratio decidendi* também fora percebida por Leite (2007, p. 170), que afirma: “(...) é preciso apontar aquilo que efetivamente vincula nas súmulas (...) o efeito vinculante das súmulas não se refere a uma decisão singular, já que ela exige *reiteradas decisões* em um mesmo sentido para poder ser editada. (...) sendo a súmula a síntese dessa jurisprudência, ela deve representar a própria *ratio decidendi*. Explicando melhor, a *ratio decidendi* dessa jurisprudência deve se corporificar no enunciado sumular, expressar-se por meio dela, tornando visível a regra de direito que norteou o julgamento de diversos casos semelhantes em um mesmo sentido”.

⁴⁷ Aqui entendemos ser relevante reproduzir a ementa do julgado mencionado: “EXECUÇÃO FISCAL. MULTA APLICADA PELO INMETRO. COMERCIALIZAÇÃO DO ‘CHOPP’. INCLUSÃO DO COLARINHO NA SUA MEDIÇÃO. A medição realizada na bebida comercializada, denominada de ‘chopp’, deve considerar o colarinho, pois este integra a própria bebida e é o próprio produto no estado ‘espuma’ em função do processo de pressão a que é submetida a referida bebida.” (TRF4, AC 2003.72.05.000103-2, Rel^a.: Maria Lúcia Luz Leiria, 3ª Turma, j. 23/09/2008).

pronunciada; se volta inexoravelmente contra a utilização de textos/normas sem a sua imprescindível associação aos elementos fáticos-jurídicos que compõem o caso em análise e mediante adequado exercício hermenêutico. Lenio Luiz Streck não concorda com o uso indiscriminado de verbetes proto-sumulares. Defende que “as palavras não se dividem em categorias como ‘vagas’ e ‘precisas’. Na redação de qualquer texto, é impossível escolher termos ‘precisos’ que garantam a inexistência de ‘dúvidas’ quanto à sua aplicação futura” (STRECK, 2014b, p. 403).

Pois bem. O exemplo trazido por Streck (2008, p. 178) é marcante: tratava-se de uma condenação baseada na tese de que, nos delitos que ocorrem solitariamente (como roubo, estupro, etc.), a palavra da vítima é de fundamental importância; contudo, o que foi constatado quando a demanda chegou no tribunal foi que a condenação não esteve baseada na palavra da vítima, mas, sim, exclusivamente na tese de que a palavra da vítima nos crimes dessa espécie é de fundamental importância. Com efeito, foi demonstrado que existe diferença entre o que pode ser correto e o que é verdadeiro no caso concreto. A palavra da vítima pode ser importante. Pode até ser fundamental. Mas nunca é plenipotenciária. A tese pode ser correta; mas a faticidade pode mostrar o contrário⁴⁸. Em resumo: os precedentes e as súmulas não podem ser aplicados de forma irrestrita e por mera subsunção ou por dedução. A aplicação do direito pressupõe interpretação estritamente conectada com o contexto fático.

A forma de aplicação dos precedentes não pode ser, de forma alguma, mecânica. Se o precedente em sentido amplo é texto, deve ser interpretado antes de ser utilizado como base para outro caso concreto. Não podemos fazer com os precedentes, a mesma (errônea) solução encontrada para fundamentar as decisões com base na legislação. Não basta afirmar que com base no artigo x, julgo (im)precedente, visto que se deve demonstrar que o mencionado artigo incide na situação concreta. No mesmo sentido, para que se demonstre que o precedente P se aplica ao caso C, não basta afirmar: tendo em vista o precedente P do tribunal T, julgo (im)precedente. Deve o julgador demonstrar que a situação fática se assemelha à anterior para que se verifique se o caso y está inserido no âmbito de incidência da *ratio decidendi* gerada pelo precedente anterior, do contrário, a decisão não está fundamentada, justificada, mas apenas explicada. Não se aplica precedente “porque sim”, mas porque há demonstração de que o precedente está em vigor e que a situação fática é semelhante (PEIXOTO, 2015, p. 192-193).

O que deve ocorrer é o abandono da linguagem dogmático-jurídica enquanto instrumento para a dominação política. Os termos utilizados na redação da *ratio decidendi* (e das súmulas, que representam a consolidação da jurisprudência, que, ao seu turno, se forma pela reiteração de precedente, conforme já foi amplamente demonstrado) não podem permitir que o precedente seja utilizado tanto para negar, quanto para conceder o direito vindicado. Para isso, impõe-se restrição no sentido dos termos e expressões jurídicas, conferindo maior preci-

⁴⁸ Eis o caso mencionado: TJRS, Apelação Crime 70012674883, Rel.: Aramis Nassif, Redator: Luís Gonzaga da Silva Moura, 5ª Câmara Criminal, j. 17/05/2006, votação por maioria.

são terminológica à linguagem jurídica. A ambiguidade da linguagem não pode ser tal que venha a “variar segundo as conveniências” (ADEODATO, 2012, pp. 184-186).

Pois bem. É importante instituir a cultura de julgamentos colegiados efetivamente preocupados com os fundamentos determinantes da decisão e com a adequada interpretação do direito. Assim, além de proclamar a decisão, os tribunais devem informar, de forma precisa e clara, qual a *ratio decidendi* que orientou o julgamento. Essa atividade de proclamar a *ratio decidendi*, embora seja mais proveitosa, segundo nosso entendimento, se efetuada logo após o julgamento do caso que pode ser considerado precedente obrigatório/vinculante, também pode ser empregada na redação dos enunciados sumulares.

Contudo, para permitir o exercício da atividade de proclamar a *ratio decidendi*, há necessidade, conforme já foi mencionado, de alterar a forma como ocorrem os julgamentos das Cortes Supremas. Os julgamentos não podem ocorrer mediante soma de votos, preocupados apenas com formação/obtenção do resultado que será aplicado ao caso: provido ou improvido; há necessidade de, no início do julgamento, ser descritas quais questões serão objeto de apreciação, para viabilizar que o tribunal as discuta exaustivamente e conclua como, naquele determinado contexto, o direito deve ser compreendido⁴⁹. Após a conclusão do julgamento, é necessário dedicar especial atenção para a redação da *ratio decidendi* que irá orientar a aplicação dos casos futuros.

Enquanto os tribunais superiores não implementarem a técnica de proclamação da *ratio decidendi*, extremamente necessária, haverá grande campo de atuação para uma espécie de *exegeta contemporâneo*, que terá a função de desvelar, mediante problematizações, testes e avaliação do contexto fático, as *ratios decidendis* dos julgamentos colegiados, bem como demonstrar a inexistência – ou não – de *ratio decidendi* em determinado julgamento. Esse trabalho também pode – e deve – ser feito pelos operadores do direito que atuam com a *praxis*. Para tanto, não poderá prescindir de, em se tratando de precedente formado no STF, assistir – e rever por quantas vezes haja necessidade – os debates travados durante suas seções plenárias. Por sorte, os julgamentos do plenário do STF são transmitidos, ao vivo, pela “TV Justiça”⁵⁰, estando disponíveis para reprise na Rede Mundial de Computadores⁵¹. As transmissões dos julgamentos do STF, e também do STJ, especialmente considerando a imensidão territori-

⁴⁹ Ainda que de maneira tímida, o Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) reconhece essa necessidade. Eis o texto do Enunciado 522: “O relatório nos julgamentos colegiados tem função preparatória e deverá indicar as questões de fato e de direito relevantes para o julgamento e já submetidas ao contraditório”.

⁵⁰ Com transmissão, inclusive, pela Internet: <<http://www.tvjustica.jus.br/>>.

⁵¹ Disponível em: <<https://www.youtube.com/user/STF>>.

al do Brasil, devem ser intensificadas e ampliadas, a fim de garantir, nos mais longínquos sertões, o acesso à informação.

3.4. *Obter dictum*

O que é dito de passagem, como uma observação ou uma opinião, ainda que seja importante para justificar a decisão, constitui *obter dictum*, não tendo, ressalte-se, eficácia vinculante. *Obter dictum* pode ser encontrado, também, nos argumentos que foram utilizados por apenas um, ou alguns, dos julgadores, o qual não foi discutido pelo colegiado, bem como no voto vencido. Além disso, também configuram *obter dictum* as manifestações externadas na decisão sobre questões que não constituem objeto da causa, ou seja, argumentos que não são determinantes para resolução do *thema decidendum*. “Assumir que é possível a construção de uma norma a partir de fundamentos que não foram objeto do contraditório, no sistema jurídico brasileiro, não é lícito. O efetivo debate dos sujeitos parciais é requisito para a eficácia do precedente judicial, e não pode ser descurado” (MACÊDO, 2014, p. 272).

Um exemplo contribui para compreensão: o art. 475-J do CPC/1973, na redação que lhe foi atribuída pela Lei nº 11.235/05, assim estabelece: “Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação”. Como o texto não definiu o termo *a quo* do prazo para pagamento voluntário, houve intenso debate doutrinário para sua definição, inclusive para definir se havia necessidade de intimação e, ainda, qual ato processual, caso se considerasse ser necessária a intimação, cumpriria a exigência. O tema gerou, também e inclusive, divergência no âmbito do STJ. Todavia, a Corte Especial do STJ firmou o entendimento⁵² de que, quando a parte devedora está assistida por advogado, o prazo para cumprimento voluntário da obrigação de pagar tem início a partir da intimação do advogado constituído, por publicação na imprensa oficial. Durante o julgamento, o Ministro Ari Pargendler pediu vistas e, quando apresentou seu voto – que acabou sendo vencido, ressalte-se – em reforço à linha argumentativa de que havia necessidade de intimação pessoal da parte devedora, mencionou que a intimação não poderia ser feita na pessoa do advogado inclusive porque, caso o patrono deixasse de cientificar seu cliente, ou só o cientificasse no final do prazo de quinze dias, ou ainda nas hipóteses

⁵² STJ, REsp 940.274/MS, Rel.: Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. para acórdão: Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, j. 07/04/2010.

em que não tivesse como comprovar que deu ciência da condenação à parte devedora, o advogado estaria sujeito à responsabilidade civil, o que dificultaria a atuação profissional do mesmo, que é essencial à administração da Justiça.

Na continuação do julgamento, o Ministro Fernando Gonçalves debateu o argumento utilizado pelo Mininistro Ari Pargendler, mencionando: “conquanto essa interpretação imponha um ônus ao advogado, pode este notificar o cliente acerca da necessidade de efetivar o pagamento, utilizando meios para se resguardar de eventuais acusações de responsabilidade pela incidência da multa, como possivelmente já faz em outras ocasiões, a exemplo de notificar o cliente sobre a necessidade do recolhimento do preparo, sob pena de deserção”.

O que é importante notar: a responsabilidade civil do advogado não constituía *thema decidendum*, sendo certo, por isso, que os argumentos utilizados pelos julgadores – que sequer foram debatidos por todos integrantes do colegiado –, conforme relatado, constituíram *obiter dictum*.

O precedente comentado (STJ, REsp 940.274/MS), ressalte-se, confirmou sua força vinculante – e a necessidade de coerência⁵³ no entendimento jurisprudencial; determinou a alteração do entendimento que considerava ser necessário, para deflagração do termo *a quo* para cumprimento espontâneo da tutela específica (obrigações de fazer, não fazer e entregar) e para incidência da *astreinte* na hipótese de descumprimento da obrigação, a intimação pessoal da parte devedora, ainda que esta tivesse advogado constituído nos autos. Foi reconhecido⁵⁴, tal qual fora assentado na decisão paradigma (STJ, REsp 940.274/MS), que não é necessária a intimação pessoal, bastando a intimação na pessoa do advogado constituído pela parte devedora, por publicação na imprensa oficial.

Esse novo precedente (STJ, EAgr 857.758/RS, confirmado, posteriormente, no AgRg nos EAREsp 260.190/RS) apresenta outra particularidade que entendemos ser relevante men-

⁵³ Nesse sentido, é importante perceber que há necessidade de tratamento idêntico (= com coerência sistêmica) por que, apesar do tratamento legal diferenciado, não existe diferença ontológica entre os atos de fazer *lato sensu* e de pagar.

⁵⁴ Note-se o que restou consignado: “(...) 2. A intimação do devedor acerca da imposição da multa do art. 461, § 4º, do CPC, para o caso de descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, pode ser feita via advogado porque: (i) guarda consonância com o espírito condutor das reformas que vêm sendo imprimidas ao CPC, em especial a busca por uma prestação jurisdicional mais célere e menos burocrática, bem como a antecipação da satisfação do direito reconhecido judicialmente; (ii) em que pese o fato de receberem tratamento legal diferenciado, não há distinção ontológica entre o ato de fazer ou de pagar, sendo certo que, para este último, consoante entendimento da Corte Especial no julgamento do REsp 940.274/MS, admite-se a intimação, via advogado, acerca da multa do art. 475-J, do CPC; (iii) eventual resistência ou impossibilidade do réu dar cumprimento específico à obrigação terá, como consequência final, a transformação da obrigação numa dívida pecuniária, sujeita, pois, à multa do art. 475-J do CPC que, como visto, pode ser comunicada ao devedor por intermédio de seu patrono; (iv) a exigência de intimação pessoal privilegia a execução inespecífica das obrigações, tratada como exceção pelo próprio art. 461 do CPC; (v) uniformiza os procedimentos, simplificando a ação e evitando o surgimento de verdadeiras ‘arapucas’ processuais que confundem e dificultam a atuação em juízo, transformando-a em terreno incerto. (...)” (EAgr 857.758/RS, Relª. Minª. Nancy Andrighi, 2ª Seção, j. 23/02/2011).

cionar: foi reconhecida a eficácia retrospectiva do precedente anterior (STJ, súmula 410⁵⁵), limitando sua aplicabilidade exclusivamente para as situações fáticas que ocorreram antes da vigência da Lei nº 11.235/05.

Nesse tópico é oportuno ressaltar, ainda, que o entendimento firmado em precedente pode influenciar alteração legislativa. Foi o que aconteceu no tema: O CPC/2015 estabeleceu como regra geral para o cumprimento de sentença, ou seja, para o procedimento executivo de qualquer espécie de obrigação, que a intimação da parte devedora para cumprir voluntariamente a condenação será feita na pessoa do advogado por ela constituído, mediante publicação no Diário da Justiça (CPC/2015, art. 513, § 2º, inciso I).

3.5. Aplicação do precedente e *distinguishing*

Na técnica de aplicação do precedente, é imperioso verificar se o caso analisado guarda compatibilidade com o precedente. Nessa atividade, quando existir distinção entre o caso que está sendo julgado e o precedente/paradigma, justifica-se a não aplicação do precedente. O *distinguishing* (=distinção) pode ser realizado tanto pelo tribunal do qual emanou o precedente como pelos juízes e tribunais inferiores, vinculados à norma do precedente. Geralmente, as distinções dizem respeito aos fatos; contudo, pode existir distinção no tratamento jurídico. Acerca dos fatos, é importante notar que, efetivamente, os fatos analisados no precedente são únicos e jamais se repetirão; contudo, os fatos que importam são os que foram relevantes para a tomada da decisão do precedente. Há necessidade de verificar, no precedente, como os fatos foram compreendidos e categorizados para, a partir disso, mediante atividade argumentativa e reconstrutiva, verificar a (in)compatibilidade.

O fato de o tribunal ou o magistrado fazer a distinção não determina a conclusão de que o precedente não possui mais autoridade. “Distinguir significa, simplesmente, que o caso não se encontra no âmbito de aplicação da norma, que se mantém íntegra” (MACÊDO, 2014, p. 289). O método *distinguishing* significa a “aplicação negativa, por exclusão, de um precedente” (TARANTO, 2010, p. 280). No entanto, exige-se um cuidado demasiado do juiz ao realizar o *distinguishing*, pois ele deixará de aplicar um precedente, não podendo, pois, utilizar como parâmetro uma situação fática irrelevante; é necessária uma distinção substancial.

Diferenças fáticas entre casos, portanto, nem sempre são suficientes para se concluir pela inaplicabilidade do precedente. Fatos não fundamentais ou irrelevantes não tornam casos desiguais. Para realizar o *distinguishing*, não basta o juiz apontar fatos diferentes, cabendo-

⁵⁵ A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

lhe argumentar para demonstrar que a distinção é material, e que, portanto, há justificativa para não se aplicar o precedente. Ou seja, não é qualquer distinção que justifica o *distinguishing*. A distinção fática deve revelar uma justificativa convincente, capaz de permitir o isolamento do caso sob julgamento em face do precedente. (MARINONI, 2011, p. 328).

Ainda que seja adequado – e necessário, como foi mencionado – ao sistema brasileiro a proclamação da *ratio decidendi* logo após o julgamento do caso, os juízes dos casos posteriores continuarão sendo importantes. Nas decisões posteriores – que devem ser tomadas após ser assegurado às partes contraditório efetivo – poderão concluir que os fatos substanciais do precedente foram caracterizados de forma demasiadamente ampla ou restrita, demandando a necessidade de ajustes. Assim, a prática de distinguir casos leva a um refinamento da *ratio decidendi*.

Pois bem. O confronto do suporte fático do precedente com o da ação em julgamento poderá conduzir à aplicação do precedente no caso particular quando as eventuais dessemelhanças não forem consideradas relevantes o suficiente para o afastamento da decisão paradigma (*ampliative distinguishing*). A decisão, nesse caso, torna mais extensa a hipótese fática da *ratio decidendi*, abarcando fatos que, a partir da leitura do precedente, não estariam nele abrangidos. Além disso, o confronto pode impedir a aplicação do precedente no qual foi prevista uma categorização de fatos bem abrangente, mediante a percepção de que os fatos da causa não se enquadram naquela *ratio decidendi* (*restrictive distinguishing*). A reiteração excessiva das distinções redutivas reduz a força obrigatória do precedente e pode determinar a corrosão da norma do precedente, o que apontará a necessidade de sua superação. Como assevera Macêdo (2015b, p. 295), “os precedentes muito distinguidos acabam possuindo tantas exceções à sua aplicação que se tornam inconsistentes com a regra inicialmente anunciada”.

Deve ser mencionado, ainda, que podem ocorrer situações em que, ao invés de fazer distinção, o magistrado ou tribunal simplesmente ignora um precedente obrigatório, ocorrendo o que é denominado de decisão *per incuriam*. Destaque-se, contudo, que se o magistrado desprezar um precedente com eficácia vinculante/obrigatória, mas chegar à conclusão idêntica a que se chegaria mediante aplicação do precedente, não se terá decisão *per incuriam*.

Pois bem. Ocorrendo decisão *per incuriam*, se o precedente ignorado for de hierarquia superior⁵⁶, a decisão conterà *error in procedendo* ou *error in iudicando*. Se a decisão *per incuriam* for tomada por órgão que integra o tribunal que emitiu o precedente vinculan-

⁵⁶ Aqui foi utilizada a expressão “hierarquia superior” em razão da existência de hierarquia na estrutura dos tribunais nacionais, razão pela qual, como já foi mencionado, um precedente do STJ é vinculante para os TJs e TRFs, bem como em razão da hierarquia existente na composição interna dos tribunais, cumprindo perceber que um precedente da 2ª Seção do STJ é vinculante para as 3ª e 4ª Turmas daquele Tribunal.

te/obrigatório, haverá violação do dever de autorreferência⁵⁷ e inobservância da segurança jurídica que decorre do reconhecimento da forma obrigatória aos precedentes. Nesse caso, entendemos cabível, em última análise, não sendo obtida a adequação ao precedente que deveria ter sido aplicado mediante utilização da estrutura recursal – ou na hipótese de o recurso não ter sido exercitado –, a utilização da ação rescisória (CPC/1973⁵⁸, art. 485, inciso V; CPC/2015, art. 966, inciso V), notadamente quando o precedente é fonte do ordenamento⁵⁹ e, por isso, constitui norma jurídica. Mitidiero (2013, p. 121) sustenta que, existindo precedente vinculante/obrigatório, qualquer decisão posterior que o contrarie poderá ser rescindida por ação rescisória, e, inclusive, desafiada por impugnação (CPC/1973, art. 475-L, § 1º) ou embargos à execução (CPC/1973, art. 741, parágrafo único).

Independentemente disso, é importante destacar que a correta utilização do *distinguishing* evita a aplicação errônea de precedentes, que ocorre quando não é realizada a adequada confrontação entre o contexto fático particular, existente na demanda analisada, e o substrato fático que justificou o precedente. A distinção, assim, constitui ferramenta deveras útil para demonstrar que, considerando a situação fática particular, não é caso de aplicação do precedente que normalmente seria aplicado naquela categorização fática, ou seja, naquele contexto fático. Nessa perspectiva, a distinção é capaz, também, de harmonizar tendências

⁵⁷ Nesse sentido, dispõe o Enunciado 454 do FPPC: Uma das dimensões da coerência a que se refere o caput do art. 926 consiste em os tribunais não ignorarem seus próprios precedentes (dever de autorreferência).

⁵⁸ Sob a vigência do CPC/1973, por óbvio, é necessária uma ampla construção para enquadrar o precedente no dispositivo mencionado. A tese, no entanto, embora não seja pacífica, já foi reconhecida em decisão do STJ: “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. SENTENÇA RESCINDENDA. JULGAMENTO CONTRÁRIO A ENTENDIMENTO SUMULADO NO STJ (SÚMULA N. 289). DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL SUPERADO. SÚMULA N. 343/STF. NÃO INCIDÊNCIA. SEGURANÇA JURÍDICA. UNIFORMIDADE E PREVISIBILIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NECESSIDADE. 1. A principiologia subjacente à Súmula n. 343/STF é consentânea com o propósito de estabilização das relações sociais e, mediante a acomodação da jurisprudência, rende homenagens diretas à segurança jurídica, a qual é progressivamente corroída quando a coisa julgada é relativizada. 2. Porém, o desalinho da jurisprudência - sobretudo o deliberado, recalcitrante e, quando menos, vaidoso - também atenta, no mínimo, contra três valores fundamentais do Estado Democrático de Direito: a) segurança jurídica, b) isonomia e c) efetividade da prestação jurisdicional. 3. A Súmula n. 343/STF teve como escopo a estabilização da jurisprudência daquela Corte contra oscilações e sua composição, para que entendimentos firmados de forma majoritária não sofressem investidas de teses contrárias em maiorias episódicas, antes vencidas. Com essa providência, protege-se, a todas as luzes, a segurança jurídica em sua vertente judiciária, conferindo-se previsibilidade e estabilidade aos pronunciamentos da Corte. 4. Todavia, definitivamente, não constitui propósito do mencionado verbete a chancela da rebeldia judiciária. A solução oposta, a pretexto de não eternizar litígios, perpetuaria injustiças e, muito pelo contrário, depõe exatamente contra a segurança jurídica, por reverenciar uma prestação jurisdicional imprevisível, não isonômica e de baixa efetividade. 5. Assim, a Súmula n. 343/STF não obsta o ajuizamento de ação rescisória quando, muito embora tenha havido dissídio jurisprudencial no passado sobre o tema, a sentença rescindenda foi proferida já sob a égide de súmula do STJ que superou o mencionado dissenso e se firmou em sentido contrário ao que se decidiu na sentença primeva. 6. Recurso especial provido para, removendo-se o óbice da Súmula n. 343/STF, determinar o retorno dos autos à Corte Estadual para que se prossiga no julgamento da ação rescisória.” (REsp 1.163.267/RS, Rel.: Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 19/09/2013). No mesmo sentido: REsp 1.105.268/RS, Rel.: Min. João Otávio de Noronha, 3ª Turma, j. 22/10/2013.

⁵⁹ Nesse sentido, dispõe o Enunciado 380 do FPPC: A expressão “ordenamento jurídico”, empregada pelo Código de Processo Civil [de 2015], contempla os precedentes vinculantes.

antagônicas: “a tendência de uniformização das decisões judiciais (...), e a tendência individualizadora, extraível do direito de acesso à ordem jurídica justa” (BARREIROS, 2015, p. 208).

É possível, pois, divisar-se, no contexto da teoria dos precedentes no direito brasileiro e à luz da concretização do devido processo constitucional de produção da decisão judicial, um verdadeiro direito subjetivo à distinção, de cunho prestacional, titularizado pela parte e tendo por sujeito passivo o órgão julgador (BARREIROS, 2015, o. 207).

Como perceberam Nunes e Horta (2015, p. 310-311):

Raciocinar por precedentes é, essencialmente, raciocinar por comparações. Comparam-se situações, fatos, hipóteses, qualidades e atributos e, ao serem feitas as comparações, analogias e contra-analogias são elaboradas para que se possa concluir se tais comparações são fortes o suficiente para que coisas diferentes sejam tratadas de forma igual, ou se são fracas o bastante para que coisas diferentes não sejam tratadas de forma desigual – aliás, por mais complexa e controversa que seja a noção de “justiça”, dificilmente se conseguirá ensaiar alguma conceituação fundamentada sem enfrentar a questão da igualdade e da diferença.

Portanto, *o distinguishing* pode, compreendido como direito subjetivo, harmonizar a igualdade e a diferença, questão de importância ímpar na nossa sociedade brasileira tão desigual em todos os aspectos.

3.6. Superação do precedente (*overruling*)

O *overruling* nada mais é do que a superação do precedente. Acontece quando o tribunal, ao julgar um caso concreto, percebe que a sua jurisprudência merece ser revisitada. Esta necessidade de mudança pode ocorrer em razão de alguma alteração no ordenamento jurídico, mediante, por exemplo, superveniência de lei nova incompatível com o precedente⁶⁰, ou porque houve uma evolução fática na sociedade⁶¹.

Quando o precedente se encontra obsoleto, desgastado, incorreto ou inadequado para resolver os problemas atuais do caso concreto, ele se distancia da sua finalidade. A aplicação do precedente, nesse caso, pode conduzir a um resultado inconsistente. É o que ocorre, por exemplo, com um precedente firmado em padrões de congruência moral que não mais se sustenta por estar defasado, implicando em inconsistências que revelam a necessidade de adequação ou superação do precedente por outro que atenda aos anseios atuais. As inconsistências sistêmicas tendem a gerar julgamentos antagônicos para situações semelhantes, o que

⁶⁰ Ver Enunciado 324 do FPPC: Lei nova, incompatível com o precedente judicial, é fato que acarreta a não aplicação do precedente por qualquer juiz ou tribunal, ressalvado o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, a realização de interpretação conforme ou a pronúncia de nulidade sem redução de texto. Didier Júnior et al. (2015, p. 498) sustentam que “quando há modificação legal, não se tem propriamente uma revogação de precedente (...). Nesta hipótese, a não aplicação do precedente pode ser feita por qualquer juiz, não irá necessitar do ônus argumentativo existente para a decisão de superação típica e nem será necessária a ponderação da revogação com o princípio da segurança jurídica”.

⁶¹ Nesse sentido, esclarecedor é o Enunciado 322 do FPPC: A modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida.

afeta a segurança jurídica, o princípio da igualdade e a proteção à confiança⁶² que os cidadãos depositam no Poder Judiciário, desfigurando o precedente. O *overruling* representa, nesse contexto, um importante instrumento para promover a harmonia do sistema, a sua flexibilidade e evolução.

No entanto, é de crucial importância tomar um cuidado desmedido ao aplicar o referido instituto, sob pena de enfraquecimento do próprio sistema de precedentes obrigatórios/vinculantes. Bem em entendo: a aplicação do *overruling* só pode ocorrer quando houver embasada justificativa para tanto, sob pena de possuímos um sistema desarmônico e desacreditado, isso em razão da superação de precedentes que ainda se coadunam com a realidade social da época. Logo, é necessária razoabilidade no momento da aplicação do instituto.

Não é pela razão de ter poder para revogar os seus próprios precedentes que a Corte pode revogá-los à distância de circunstâncias especiais, como se a todo instante pudesse rever a mesma questão jurídica. Como já dito, não há qualquer sentido em ter poder para elaborar precedente e não ter o dever de respeitá-lo. Lembre-se que a Suprema Corte americana, embora venha exercendo o seu poder de *overruling* de modo bem mais intenso, é sempre cobrada quando revoga precedentes sem critérios razoáveis. Portanto, se é certo que o sistema de precedentes que não admite o *overruling* não tem mais lugar, uma vez que impede o desenvolvimento do Direito, também não há como pensar que a possibilidade de revogar precedentes é excludente da eficácia horizontal dos precedentes ou da obrigatoriedade de respeito às próprias decisões. Não há sistema de precedentes quando as Cortes Superiores não se submetem a critérios especiais para revogar os seus precedentes. E é exatamente esta submissão a critérios que caracteriza a eficácia horizontal no Direito contemporâneo (MARINONI, 2011, p. 391).

Com efeito, a decisão que implica em *overruling* exige carga argumentativa muito maior do que àquela que aplica um precedente. Da mesma forma, a pretensão de reconhecimento de *overruling* exige forte carga de motivação por parte do profissional que apresenta a tese ao tribunal. É necessário, nessas atividades, evidenciar argumentos até então não suscitados para demonstrar a necessidade de superação do precedente. Por ser oportuno, deve ser destacado que “os tribunais inferiores não podem superar precedentes das Cortes superiores” (PEIXOTO, 2015, p. 546), isso porque, assim como o Poder Judiciário não pode deixar de aplicar legislação por discordar dos méritos da mesma (salvo situação de inconstitucionalidade), “as Cortes inferiores não possuem competência para questionar os méritos dos precedentes das Cortes superiores por meio da superação” (PEIXOTO, 2015, p. 546).

3.7. *Overriding, signaling, julgamento-alerta e anticipatory overruling*

⁶² Como assevera Bustamante (2012, p. 413): “De todos os obstáculos ao *overruling*, o que talvez seja mais decisivo é o princípio da *proteção à confiança* do jurisdicionado, isto é, proteção às expectativas legítimas que nascem da uniformização do Direito pelo tribunal dotado de competência para resolver as possíveis controvérsias sobre o conteúdo do Direito positivo”.

O *overriding* se aproxima de uma revogação parcial do precedente. “É uma maneira que o tribunal possui de analisar a nova questão, que parecer relativamente distinta do precedente, sem ter que revogá-lo inteiramente. Limita-se, portanto, o alcance da *holding* extraída do primeiro caso” (LIMA, 2013, p. 209). Didier Júnior et al. (2015, p. 507-508) estabelecem as diferenças entre *distinguishing* e *overriding*:

(...) ao passo que, no *distinguishing* uma questão de fato impede a incidência da norma, no *overriding* é uma questão de direito (no caso, um novo posicionamento) que restringe o suporte fático. Ou seja, no primeiro são os fatos materialmente relevantes do fato concreto que afastam o precedente, por não terem sido considerados quando da sua formação, enquanto que, no segundo, o afastamento é decorrente de um novo entendimento; portanto, de um elemento externo à relação jurídica discutida.

No *overriding* a distinção é consistente com as razões do precedente/paradigma, sendo essa consistência que permite a manutenção dele. Ou seja, as mesmas razões servem para fundamentar o precedente e o tratamento diferenciado decorrente da nova situação e do novo entendimento. “A distinção que se faz, para se deixar de aplicar o precedente em virtude de novo entendimento, é consistente com as razões que estiveram à base da decisão que deu origem ao precedente” (MARINONI, 2011, p. 348). Macêdo (2014, p. 331-332) sustenta a desnecessidade de considerar o *overriding* na teoria dos precedentes obrigatórios brasileiros, isso em razão de ser muito específico, podendo ser representado pelas distinções.

Segundo Macêdo (2014, p. 333) a “sinalização é uma técnica pela qual o tribunal, muito embora continue a seguir o precedente, esclarece à sociedade que ele não é mais confiável”. Através do *signaling*, “o tribunal, percebendo a desatualização de um precedente, anuncia que poderá modifica-lo, fazendo com que ele se torne incapaz de servir como base para a confiança dos jurisdicionados” (DIDIER JÚNIOR et al., 2015, p. 505). A atuação do advogado é decisiva diante do *signaling*, pois cabe a ele orientar como as pessoas devem pautar suas condutas, demonstrando que determinado precedente, por estar se mostrando equivocado, não servirá mais como norte, na medida em que está prestes a ser revogado. Neste momento, ainda que de passagem, é oportuno lembrar que o reconhecimento da adoção da teoria dos precedentes em nosso Brasil não significará aplicação mecânica, ou engessamento do direito, diminuindo os campos de atuação profissional; pelo contrário, haverá um espaço muito maior para a prática da advocacia consultiva prévia, empenhada no planejamento jurídico, o que, aliás, já é uma constante na seara tributária. O planejamento e atuação estratégica serão expandidos para todos os ramos do direito, e com relevante ênfase.

É indispensável o refinamento das técnicas para evitar prejuízos oriundos de alterações repentinas dos entendimentos predominantes e contribuir para preservação da segurança

jurídica. Os tribunais, no entanto, as vezes não se preocupam tanto com isso⁶³. É necessário, pois, constrangê-los mediante o debate em todas as esferas, principalmente pela academia. Preocupado com isso, Cabral (2013, p. 13-48), defende o uso da técnica de julgamento-alerta, que não se confunde⁶⁴ com o *signaling*, mas que também contribui para preservar a segurança jurídica. Eis as funções do julgamento-alerta:

(...) 1) facilitar aos órgãos judiciais a verificação da tutela da confiança legítima; 2) atuar a segurança jurídica no viés da continuidade, fomentando alterações normativas com menos impacto; 3) impedir a aplicação de institutos processuais cujos pressupostos exijam a existência de jurisprudência estável; 4) implementar um diálogo plural para condicionar a reflexão do tribunal a respeito do acerto do entendimento consolidado cuja mudança pode vir a ser implementada (CABRAL, 2013, p. 35).

Com efeito, o debate, estabelecida o julgamento-alerta, não pode prescindir das contribuições argumentativas oriundas do mesmo tribunal, de outros tribunais, das partes, da doutrina e da sociedade em geral, representada pelo *amicus curiae*.

Esclarecido isso, é importuno mencionar, ainda, que, quando ocorre um desgaste do precedente pelas próprias decisões tomadas pelas Cortes Supremas – STF e STJ; uma tendência nelas que permite concluir que o precedente será revogado, o que ocorre quando é demonstrado que eles estão à espera de um caso apropriado para realizar o *overruling*, o tribunal intermediário – que, como já foi assentado, de regra, não pode revogar o precedente das Cortes Supremas – está autorizado a não aplicar o precedente (*antecipatory overruling*). Com efeito, “se a Suprema Corte já deu fortes demonstrações de que em breve revogará seu precedente, nada mais coerente que se possibilitar à Corte de Apelação a não aplicação do referido precedente aos casos em julgamento, nesse meio tempo” (ATAÍDE JÚNIOR, 2012, p. 98).

A superação antecipada é uma manifestação do conflito entre justiça e segurança jurídica. Certamente, a sua aplicação é pautada numa tentativa de garantir uma tutela mais justa para as situações de direito material, afastando um precedente que provavelmente será superado pelo tribunal superior, o que é feito com base na falta de congruência com proposições sociais ou pela inconsistência com o sistema jurídico como um todo. Assim, evita-se a prola-

⁶³ Exemplificativamente, é oportuno lembrar que o STJ já editou, em curto espaço de tempo, súmulas diametralmente opostas, gerando flagrante insegurança jurídica. A súmula 263 (atualmente cancelada) estabeleceu: “A cobrança antecipada do valor residual (VRG) descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em compra e venda a prestação”. Posteriormente, a súmula 293 determinou: “A cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil”. Ainda que possa ser argumentado que o tema não estava pacificado, e que o entendimento que alterou o inicial foi tomado por órgão hierarquicamente superior, a confiança legítima que foi depositada no primeiro entendimento foi flagrantemente violada. Além disso, na proclamação da súmula 293 não houve preocupação com a eficácia temporal dos entendimentos.

⁶⁴ “Outra técnica praticada nos EUA, e que também poderia ser erroneamente confundida com a decisão-alerta é chamada *signaling* ou ‘sinalização’. Através do *signaling*, a Corte reconhece que o conteúdo do precedente está erra e deve ser superado mas, em nome da segurança jurídica, afirma apenas a sua ‘perda de consistência’, sinalizando a sua futura revogação. Neste mecanismo, como se vê, o tribunal não duvida do desacerto do precedente, e tampouco parece que a mudança de jurisprudência seja apenas uma possibilidade que pode ou não vir a se verificar. No caso de *signaling*, já existe uma conclusão pela superação do precedente, mas o *overruling* não é pronunciado de imediato para não ferir a segurança jurídica. Tanto a técnica como sua finalidade são diversas do julgamento alerta” (CABRAL, 2013, p. 39).

ção de uma decisão injusta ou inadequada (contrária a razões substanciais) por razões de segurança já não tão fortes (MACÊDO, 2014, p. 337).

Todas as técnicas enunciadas contribuem para reforçar a aplicação adequada da teoria dos precedentes com eficácia obrigatória. Ao reconhecer eficácia vinculante aos precedentes são realizados os valores de igualdade, coerência e continuidade do ordenamento, bem como ocorre o recomendável temperamento entre as exigências de certeza e confiabilidade com as exigências de flexibilidade jurídica à adaptação e mutação provocadas pela dinâmica da vida social, cuja complexidade se incrementa em proporção exponencial.

3.8. Eficácia temporal da superação dos precedentes

Tema que demanda muita controvérsia é o relativo à eficácia temporal da superação dos precedentes⁶⁵. Macêdo (2014, p. 344-345) sintetiza as possíveis eficácias temporais atribuíveis aos precedentes judiciais:

(i) superação retrospectiva (*retrospective overruling*), consoante a qual a regra se aplica também aos casos anteriores à prolação do precedente, embora não perturbe os casos já decididos; (ii) superação prospectiva (*prospective overruling*), modelo em que a nova *ratio* aplica-se aos casos futuros, mas também ao caso que a gerou; (iii) superação prospectiva pura (*pure prospective overruling*), na qual a nova norma do precedente não se aplica ao caso decidido e só vale para casos posteriores à sua prolação; (iv) superação prospectiva especial (*special prospective overruling* e *prospective prospective overruling*), conforme o qual é estabelecido um determinado período ou um marco no qual se deve aplicar a nova *ratio decidendi*, no futuro ou no passado, ou, ainda, fixam-se eventos específicos sobre os quais incide a nova norma do precedente; e, finalmente, (v) a superação retrospectiva plena, que seria aquela na qual a nova norma atingiria também os casos já julgados.

Didier Júnior et al. (2015, p. 449) são enfáticos em afirmar que, “em regra, a eficácia temporal do precedente é retroativa”, reconhecendo, no entanto, que a revogação prospectiva não é algo excepcional, sendo exigida, para sua ocorrência, um fundamentação justificada. Sustentam o posicionamento afirmando que a “fixação da revogação com regra prospectiva acabaria por facilitar ainda mais o *overruling* de precedentes, especialmente no Brasil, em que um dos desafios do *stare decisis* é a estabilização do posicionamento dos tribunais superiores” (DIDIER JÚNIOR et al., 2015, p. 499).

Mitidiero (2013, p. 114), de modo inverso, sustenta que o “precedente deve ser obviamente aplicado para o futuro”. Nessa perspectiva, o precedente não pode ser aplicado de forma retroativa, pois isso levaria ao reconhecimento equivocado de “existência de um sentido intrínseco e unívoco da legislação”, acarretando violação à segurança jurídica (MITIDIE-

⁶⁵ Aqui, mais uma vez, indicamos as seguintes obras específicas sobre a temática: ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012. PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador, JusPODIVM, 2015.

RO, 2013, p. 114). Com efeito, “não se pode por um lado exigir confiança do cidadão nas instituições estatais, como o Poder Judiciário, e por outro lado, por meio da mesma instituição, surpreendê-lo com alterações jurisprudenciais repentinas e com efeitos imediatos sobre os seus atos da vida civil” (LIMA, 2013, p. 227).

Nosso entendimento é o de que todas as técnicas de superação podem ser aplicadas, devendo ser exigida, sempre, fundamentação forte, adequada, coerente e que se imponha pela envergadura dos argumentos utilizados. Com efeito, os motivos para superação do precedente se sobrepõem aos que justificam a sua permanência, havendo necessidade, no entanto, de preservar a confiança legítima que os cidadãos depositam nos precedentes anunciados pelo Poder Judiciário, pois é com base neles que pautam suas condutas e convivência em sociedade. Diante disso, e em consonância com a ideia de que compete ao tribunal, além de decidir o caso, proclamar a *ratio decidendi*, o tribunal também deve, quando superar um precedente, definir, de forma clara e objetiva, a eficácia temporal da superação.

3.9. Os desacordos existentes até a formação do precedente

O reconhecimento de que o juiz tem a função de criar a norma pressupõe a potencial equivocidade dos textos legais. Nesse contexto, impõe-se reconhecer a possível existência de desacordo interpretativo como marca indelével do período que antecede a definição do precedente pelo tribunal competente para tanto. Como assevera Mitidiero (2013, p. 113-114):

(...) em um quadro teórico que rejeita univocidade normativa do texto e uma função puramente declaratória-descritiva da jurisdição, *não é possível pressupor que a norma sempre existiu* e que, dessa forma, a consolidação da interpretação judicial vencedora no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça *deve ser imposta a todos os casos indistintamente*.

Com efeito, não estamos tratando da eficácia temporal do precedente e das consequências advindas da superação dele. Do mesmo modo, nosso desiderato não é verificar como resolver os casos em que o tribunal ignora um precedente obrigatório – já existente, portanto. Esses temas já foram enfrentados. A intenção, agora, é verificar como devem ser tratados os casos em que a coisa julgada se formou antes da proclamação da *ratio* (= formação do precedente) pelo tribunal competente. Devem ser preservados ou comportam modificação por ação rescisória? Mitidiero (2013, p. 114) assim se posiciona:

(...) em um momento de *instabilidade da ordem jurídica em termos gerais*, pela ausência de precedente que delimite com maior precisão o significado dos enunciados legislativos e o contexto fático-jurídico em que aplicável, deve-se prestigiar a *segurança jurídica em termos individuais*, cuja proteção é garantida pela coisa julgada. Trata-se de *proteção objetiva*, que depende tão somente da formação da coisa julgada em *momento anterior* à pacificação da interpretação judicial pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justi-

ça. A igualdade realiza-se aí pelo tratamento isonômico deferido a todos que se encontram na mesma situação: aqueles que contam com a proteção da coisa julgada, têm suas esferas jurídicas protegidas contra o precedente superveniente; aqueles que não contam com a proteção da coisa julgada, ficam sujeitos à força do precedente.

A questão demanda análise da posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Sobre o tema, a súmula 343 do STF assim dispõe: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”. Referida súmula, no entanto, em se tratando de matéria constitucional, não vinha sendo aplicada pelo STF⁶⁶. A base desses entendimentos está no fato de que, como compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, e como é o STF quem confere a interpretação ao texto constitucional, suas decisões devem ser acompanhadas pelos demais tribunais, e rescindidas quando não é observada sua orientação. Em síntese, o STF entendeu que a não aplicação da súmula 343, em matéria constitucional, deve-se ao fato de que a “manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação adotada pelo STF revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional”⁶⁷.

Ocorre que a questão voltou ao ser examinada pelo Plenário do STF no julgamento do Recurso Extraordinário 590.809/RS⁶⁸, submetido ao regime da repercussão geral, cujo julgamento foi encerrado em 22 de outubro de 2014. No voto da Ministra Rosa Weber restou assentado:

Especificamente com relação ao óbice da Súmula 343, na sessão em que proferidas as sustentações orais invocou-se precedente da minha lavra, o qual relembro. Nele, na ementa, registrei que era consolidada a jurisprudência desta Corte no sentido da inaplicabilidade da Súmula 343, quando a matéria versada nos autos fosse de cunho constitucional, mesmo que a decisão objeto da rescisória tivesse sido fundamentada em interpretação controvertida ou anterior à orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal. Mas entendo eu – faço a mesma leitura do eminente Relator – que não se está aqui a discutir nem a apreciar a matéria quando a jurisprudência for do próprio Supremo Tribunal Federal. E, com todo o respeito, na linha do que agora foi inclusive também lembrado pelo Ministro Fux, nós temos que, da minha ótica, privilegiar os princípios da segurança jurídica e da previsibilidade. Mais do que nunca, no nosso Direito, nós estamos quase que a adotar a teoria dos precedentes judiciais. Eles são fundamentais.

⁶⁶ Conferir: AR 1.409, Rel^a: Min^a. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, j. 26/03/2009; AI 555.806 AgR, Rel.: Min. Eros Grau, 2^a Turma, j. 01/04/2008; e RE 328.812 ED, Rel.: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2008.

⁶⁷ STF, RE 328.812 ED, Rel.: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2008.

⁶⁸ Eis a ementa: “AÇÃO RESCISÓRIA *VERSUS* UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. O Direito possui princípios, institutos, expressões e vocábulos com sentido próprio, não cabendo colar a sinonímia às expressões ‘ação rescisória’ e ‘uniformização da jurisprudência’. AÇÃO RESCISÓRIA – VERBETE Nº 343 DA SÚMULA DO SUPREMO. O Verbetes nº 343 da Súmula do Supremo deve de ser observado em situação jurídica na qual, inexistente controle concentrado de constitucionalidade, haja entendimentos diversos sobre o alcance da norma, mormente quando o Supremo tenha sinalizado, num primeiro passo, óptica coincidente com a revelada na decisão rescindenda”.

A adequada *ratio decidendi* do precedente (RE 590.809/RS) foi enunciada em decisão posterior⁶⁹, cuja ementa transcrevemos:

ACÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. RESCISÃO DE ACÓRDÃO QUE APLICOU JURISPRUDÊNCIA DO STF POSTERIORMENTE MODIFICADA. NÃO CABIMENTO DA ACÇÃO RESCISÓRIA COMO INSTRUMENTO DE UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL. PRECEDENTE. (...) 1. Ao julgar, em regime de repercussão geral, o RE 590.809/RS, (Min. MARCO AURÉLIO, DJe de 24/11/2014), o Plenário não operou, propriamente, uma substancial modificação da sua jurisprudência sobre a não aplicação da Súmula 343 em ação rescisória fundada em ofensa à Constituição. O que o Tribunal decidiu, na oportunidade, foi outra questão: ante a controvérsia, enunciada como matéria de repercussão geral, a respeito do cabimento ou não da “rescisão de julgado fundamentado em corrente jurisprudencial majoritária existente à época da formalização do acórdão rescindendo, em razão de entendimento posteriormente firmado pelo Supremo”, a Corte respondeu negativamente, na consideração de que a ação rescisória não é instrumento de uniformização da sua jurisprudência. 2. Mais especificamente, o Tribunal afirmou que a superveniente modificação da sua jurisprudência (que antes reconhecia e depois veio a negar o direito a creditamento de IPI em operações com mercadorias isentas ou com alíquota zero) não autoriza, sob esse fundamento, o ajuizamento de ação rescisória para desfazer acórdão que aplicara a firme jurisprudência até então vigente no próprio STF. (...).

Destaque-se que esse posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal já está repercutindo no Superior Tribunal de Justiça⁷⁰.

Diante do posicionamento explicitado, com base no que defendemos em termos de segurança jurídica, bem como considerando apenas o controle difuso de constitucionalidade, levando em conta a possibilidade de existir desacordos até o pronunciamento do precedente pelo tribunal constitucionalmente competente para tanto, podemos extrair as seguintes conclusões: (a) o STF e o STJ são os intérpretes institucionais da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional federal, devendo os seus precedentes ser observados por todo o Poder Judiciário; (b) a eficácia do precedente não está submetida à formação de coisa julgada, dependendo, apenas, de publicação – não pode ser confundido o instituto do precedente, voltado à tutela do direito numa dimensão geral, com o da coisa julgada, que tutela o direito numa dimensão particular; (c) não cabe ação rescisória de julgado fundamentado em corrente jurisprudencial majoritária existente à época da formalização do acórdão rescindendo no tribunal superior competente⁷¹, mesmo se este entendimento for posteriormente consolidado em sentido inverso, sendo aplicável, nesse caso, a súmula 343 do STF; e (d)⁷² cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição constitucional ou infraconstitucional federal, quando a decisão res-

⁶⁹ AR 2.370 AgR, Rel.: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. 22/10/2015.

⁷⁰ Conferir, exemplificativamente: EDcl no AgRg no REsp 1.507.471/SC, Rel.: Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. 03/12/2015; e AgRg na AR 4.575/SC, Rel.: Min. Gurgel de Faria, 3ª Seção, j. 26/08/2015.

⁷¹ Bem entendido: Em matéria constitucional, não cabe ação rescisória de decisões proferidas em harmonia com precedente do STF, ainda que ocorra alteração posterior, pelo STF, do entendimento sobre a matéria. Em face da universalização dos motivos determinantes do entendimento a que chegou o STF quando do julgamento do RE 590.809/RS, em matéria infraconstitucional federal, não cabe ação rescisória de decisões proferidas em harmonia com precedente do STJ, ainda que ocorra alteração posterior, pelo STJ, do entendimento sobre a matéria.

⁷² Essa conclusão pode ser compreendida como *overriding* da conclusão anterior, enunciada na alínea c.

cindenda se baseou em interpretação controvertida nas instâncias intermediárias, tendo, o STF ou o STJ, respectivamente, firmado, posteriormente, orientação em sentido contrário⁷³, respeitadas suas competências constitucionais, bem como o prazo decadencial para manejo da ação rescisória⁷⁴.

No capítulo seguinte trataremos essencialmente da disciplina legal atribuída aos precedentes pelo CPC/2015.

⁷³ Bem entendido: caso o STF e o STJ – responsáveis pela proclamação de precedentes em matérias constitucional e infraconstitucional federal – ainda não tenham se manifestado, a decisão de determinado tribunal, mesmo se proferida em sentido diverso daquela emanada de outro tribunal, não havendo utilização dos recursos próprios para dirimir a divergência (CRFB/88, art. 102, inciso III, alínea *a*; e art. 105, inciso III, alínea *c*), transitará em julgado, mas estará sujeita à ação rescisória – respeitado o prazo decadência para o seu ajuizamento – se o STF e o STJ, considerando suas competências constitucionais, vierem a proclamar precedente em sentido contrário. Nesse contexto, os precedentes formados nos tribunais intermediários, embora também devam ser respeitados, estão sujeitos à confirmação pelos tribunais que são os intérpretes institucionais da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional federal.

⁷⁴ Considerando essa conclusão, segundo nosso entendimento, o STJ, ao julgar o REsp 1.427.692/PR, aplicou equivocadamente a *ratio decidendi* do Recurso Extraordinário 590.809, explicitada no Agravo Regimental na Ação Rescisória 2.370, ambas decisões do STF. Restou consignado na ementa da decisão proferida no STJ: “Da análise dos autos, verifica-se que, a despeito do trânsito em julgado do feito ter ocorrido em 2009 (conclusão do julgamento do recurso especial que não foi conhecido por esta Corte), o julgado rescindendo foi publicado em 26.9.2007, época em que havia entendimentos diversos sobre a questão da sujeição passiva dos optantes pelo Simples Nacional às contribuições para o PIS/PASEP-Importação e a COFINS-Importação, conforme restou demonstrado pela empresa recorrida nas contrarrazões do recurso especial com a colação de precedentes dos Tribunais Regionais Federais da 4ª e da 5ª Regiões datados de 2005, 2007, 2009 e 2010, no sentido contrário à pretensão da FAZENDA NACIONAL, ora recorrente, e não há manifestação do STF em controle concentrado de constitucionalidade sobre o assunto. Dessa forma, não há como deixar de aplicar a Súmula n. 343/STF na hipótese”. Como se percebe, em face da existência de precedentes dos TRFs da 4ª e 5ª Regiões no mesmo sentido da decisão que se pretendia rescindir, o STJ concluiu pelo não cabimento da ação rescisória. Entretanto, o STF, quando do julgamento do RE 590.809/RS, conforme explicitado na AR 2.370 AgR, não alterou substancialmente o entendimento acerca da não aplicação da súmula 343 em ação rescisória fundada em ofensa à CRFB/88 – e, em face da universalização dos motivos determinantes do entendimento a que chegou o STF, segundo sustentamos, em ação rescisória fundada em violação de norma infraconstitucional federal. Logo, para concluir pelo não cabimento da ação rescisória, o STJ deveria ter analisado se a decisão rescindenda estava em sintonia com os posicionamentos que o STF ou STJ adotavam, à época da prolação da decisão rescindenda, acerca, respectivamente, da interpretação da Constituição Federal ou da legislação infraconstitucional federal. Isso, no entanto, não foi feito. Não foi investigada a *ratio decidendi*, sendo aplicado, de forma generalizada, por mera dedução/indução, o texto da ementa do RE 590.809/RS.

4. O PRECEDENTE DIANTE DO CPC/2015

4.1. Fato histórico: a positivação dos precedentes no CPC/2015

É obvio que apenas a reforma legislativa não resolve os problemas evidenciados ao longo deste estudo, especialmente a falta de racionalidade no direito brasileiro, comprovada, em grande parte, não obstante outras causas também a alimentar, pela existência de jurisprudência lotérica. Nesse contexto, “uma das grandes inovações do CPC/2015 é a expressa tratativa dos precedentes judiciais, que, pela primeira vez na nossa história, são regulados em um Código de Processo, garantindo-lhes eficácia obrigatória” (MACÊDO, 2015a, p. 460).

No CPC/1939 foi utilizada, uma única vez (art. 773), a palavra precedente, mas com o significado de antecedente. No CPC/1973, a palavra precedente foi utilizada, significando antecedente, por vezes cinco vezes (arts. 331, 887 e 1.134; e nas designações da Seção III, do Capítulo III, do Título II, do Livro II, e da Seção X, do Capítulo IX, do Título I, do Livro IV). Já o art. 479 do CPC/1973 estabeleceu: “O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência”. Nesse caso, a palavra precedente foi utilizada no significado próprio, contudo, não há como extrair do CPC/1973 uma preocupação com a sistematização dos julgamentos para formação de precedentes com eficácia obrigatória.

No que tange ao trâmite legislativo que culminou na aprovação do CPC/2015⁷⁵, é oportuno destacar que, por meio do Ato nº 379, de 30 de setembro de 2009, publicado no Diário Oficial da União de 02 de outubro de 2009, o Presidente do Senado Federal nomeou uma Comissão de Juristas, incumbindo-a da elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Referida comissão teve como presidente o Ministro Luiz Fux (à época integrante do STJ, hoje no STF). A comissão realizou audiências públicas em várias localidades do Brasil, nas quais foram expostas as ideias centrais do anteprojeto e recolhidas sugestões para a elaboração da proposta legislativa. No dia 08 de junho de 2010, a Comissão de Juristas apresentou ao Senado Federal o resultado do trabalho realizado. O anteprojeto passou a tramitar naquela casa legislativa sob a denominação de PLS nº 166/2010.

Em 15 de dezembro de 2010, o PLS nº 166/2010 foi aprovado pelo Senado Federal, seguindo para o exame pela Câmara dos Deputados, onde passou a tramitar como Projeto de Lei nº 8.046/2010. Na Câmara dos Deputados, foi criada uma Comissão Especial destinada a

⁷⁵ Sobre como foi disciplinado o sistema de precedentes no trâmite legislativo, desde o anteprojeto até o CPC/2015: MACÊDO, 2015a, p. 459-490.

proferir parecer à posposição, na qual atuaram notáveis juristas, os quais colaboraram significativamente para adequação e aperfeiçoamento do texto. Durante os trabalhos da Comissão Especial, foram promovidos debates, conferências e audiências públicas em diversas cidades do país, tudo com o intuito de tornar a elaboração do texto a mais democrática possível. Foram apresentadas 900 emendas pelos Deputados e apensados 146 Projetos de Lei que já tramitavam naquela casa legislativa e que tratavam de modificações no CPC/1973⁷⁶. No Portal e-Democracia, através do qual qualquer brasileiro pôde participar e apresentar sugestões ao Projeto de Lei, foram registrados 25.300 acessos, 282 sugestões, 143 comentários e 90 e-mails⁷⁷.

Em 26 de março de 2014, o texto final foi aprovado na Câmara dos Deputados, sendo, então, devolvido para exame pela casa originária (Senado Federal), conforme determina o art. 65, parágrafo único, da CRFB/88. Na versão da Câmara dos Deputados, os precedentes eram disciplinados em capítulo exclusivo, no título dedicado ao procedimento comum. A regulamentação era exaustiva e “passava a dar o definitivo passo em direção do *stare decisis* brasileiro” (MACÊDO, 2015a, p. 471).

Com o retorno do Projeto de Lei ao Senado (para análise do substitutivo da Câmara dos Deputados), foi designada Comissão Especial, novamente composta por notáveis jurista, a qual teve a incumbência de examinar a matéria e emitir parecer final. Em 17 de dezembro de 2014, o substitutivo da Câmara dos Deputados foi aprovado. Em seguida, o Projeto de Lei foi enviado à sanção da Presidente da República, a qual se efetivou no dia 16 de março de 2015, com vetos parciais. No que tange à regulamentação dos precedentes, não houve aprovação das alterações implementadas na Câmara dos Deputados, prevalecendo a versão inicial que havia sido aprovada pelo Senado Federal.

Deve ser destacado que, em fase avançada da elaboração deste estudo, foi promulgada a Lei nº 13.256, de 4 de fevereiro de 2016, que promoveu alterações no CPC/2015. Foram implementadas mudanças no sistema recursal, conferindo às cortes locais a análise prévia de recursos encaminhados ao STF e ao STJ. Não haverá mais a obrigatoriedade dos julgamentos em ordem cronológica, tendo a alteração determinado que a ordem de conclusão seja seguida preferencialmente. O intuito dessa alteração foi evitar que a obrigatoriedade de observância da ordem cronológica impedisse a análise rápida de casos menos complexos e o destaque de processos para mutirões, por exemplo. Além disso, o saque de valores pagos a título de multa, ainda que em execução provisória, foi condicionado ao trânsito em julgado (decisão definiti-

⁷⁶ Informações completas acerca do trâmite legislativo disponíveis em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em 10 jan. 2016.

⁷⁷ Informações disponíveis em: <<http://edemocracia.camara.gov.br/web/codigo-de-processo-civil/inicio?menuTopo=0>>. Acesso em 10 jan. 2016.

va) da ação. Outrossim, restou estabelecido ser inadmissível a reclamação, proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, ou ainda de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias. As alterações não afetam diretamente, pois, os temas debatidos nesta dissertação.

Pois bem. Embora em matéria de sistematização da teoria dos precedentes, o CPC/2015, em comparação com a versão da Câmara dos Deputados (Projeto de Lei nº 8.046/2010), tenha sido tímido, descartando significativa parcela de regulamentação, um esforço interpretativo e construtivo, que competirá especialmente à doutrina e aos tribunais, permite reconhecer que foi conferida eficácia obrigatória/vinculante aos precedentes. Nas seções que seguem, iremos analisar o texto promulgado, fazendo, quando necessário, cotejo com a versão da Câmara dos Deputados.

Pois bem. Em face da positivação de um sistema de precedentes no CPC/2015, é necessário alterar a mentalidade dos operadores jurídicos, especialmente dos magistrados, principalmente por que não é incomum encontrarmos resistência na doutrina e nos tribunais acerca da aplicação dos precedentes judiciais. Os motivos que já foram declinados, aliados aos que agora serão expostos, contribuirão para a adequada aplicação da teoria dos precedentes no nosso país. Assim, sem pretensão de esgotar o tema, iremos, agora, abordar alguns dispositivos do CPC/2015 – criticando-os quando necessário – que são essenciais para correta compreensão daquilo que, no nosso ponto de vista, é a maior conquista para a racionalidade: uniformidade das decisões, para garantir estabilidade, integridade e coerência para o direito. Insista-se desde logo e novamente: a proposta não exclui a necessidade de reconhecer as diferenças.

Conforme já sustentamos ao longo deste estudo, em face das competências constitucionalmente atribuídas aos diversos tribunais do país, os precedentes obrigatórios/vinculantes em matéria constitucional e em matéria infraconstitucional federal⁷⁸ devem ser oriundos, respectivamente, do STF e do STJ. Assim, os pronunciamentos do STF e do STJ, em face das funções institucionais que lhes foram conferidas pela CRFB/88, na medida em que têm o dever de uniformizar a interpretação do direito em todo país, devem ser observados pelos juízos e tribunais das instâncias ordinárias. O STF e o STJ precisam, definitivamente, assumir o pa-

⁷⁸ Bem entendido: existem matérias que são reservadas à apreciação e uniformização pelas justiças especializadas (CRFB/88, arts. 111-124 e normas complementares infraconstitucionais regulamentadoras dos dispositivos constitucionais, as quais não são citadas em razão de não constituir objetivo deste estudo analisar as competências/atribuições das justiças especializadas). Contudo, quando essas especializadas aplicam, de forma supletiva ou subsidiária, leis federais infraconstitucionais relativas ao direito comum, devem observar os precedentes obrigatórios originários do STJ.

pel de Cortes Supremas, pois “essa função nomofilática atende também ao interesse público da unidade da jurisprudência” (TUCCI, 2004, p. 171).

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal tem a tarefa de dizer o sentido e alcance da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, inclusive com efeito vinculante (CRFB/88, arts. 102 e 103-A), enquanto que o Superior Tribunal de Justiça⁷⁹ tem o papel de orientar como deve ser interpretada a legislação infraconstitucional federal e a tarefa de unificar a jurisprudência pátria (CRFB/88, art. 105). Isso revela que o sistema judiciário, instituído pela CRFB/88, foi criado para ser uniforme, refutando contradições entre os órgãos que o compõem. Esse ideário também foi exaltado na exposição de motivos⁸⁰ do anteprojeto que inaugurou os debates que redundaram na promulgação do CPC/2015:

Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que **molde** o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema. (...) Evidentemente, porém, para que tenha eficácia a recomendação no sentido de que seja a jurisprudência do STF e dos Tribunais superiores, efetivamente, norte para os demais órgãos integrantes do Poder Judiciário, é necessário que aqueles Tribunais mantenham jurisprudência razoavelmente estável. A segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito. (...) Mas talvez as alterações mais expressivas do sistema processual ligadas ao objetivo de harmonizá-lo com o espírito da Constituição Federal, sejam as que dizem respeito a regras que induzem à uniformidade e à estabilidade da jurisprudência. O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas. (...) A dispersão excessiva da jurisprudência produz intransigibilidade social e descrédito do Poder Judiciário.

Entretanto, conforme já foi anunciado, existe muita resistência à aplicação dos precedentes com eficácia obrigatória. Marinoni (2014, p. 96) é extremamente enfático ao denunciar a quem a irracionalidade interessa:

(...) o patrimonialismo que se incorporou à cultura brasileira é completamente avesso a uma ordem jurídica coerente e a um sistema racional de distribuição da justiça. Os governos autoritários, as posições sociais que sempre foram privilegiadas, os ambientes deformados da magistratura e da advocacia, não só não necessitam de previsibilidade, mas não querem igualdade nem muito menos coerência e racionalidade. Por isso fingem não ver a impres-

⁷⁹ Nesse ponto, é oportuno reproduzir as palavras do Ministro Humberto Gomes de Barros, constantes na ementa de um julgamento na Corte Especial do STJ, ocorrido já há algum tempo, em 01/02/2002, mas que demonstram a preocupação que já existia em torno da necessidade de uniformidade nas decisões: “O Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós – os integrantes da Corte – não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal, para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la” (AgRg nos EREsp 228.432/RS). Embora o mesmo Ministro tenha mencionado, alguns meses depois do julgamento antes reproduzido, que decide conforme *Sua* consciência, devendo a doutrina se moldar aos entendimentos proferidos no STJ, conforme destacado no primeiro capítulo deste estudo, com não concordamos, o constante na decisão reproduzida não perde a importância.

⁸⁰ Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em 17 ago. 2015. Na transcrição é mantido o grifo constante no original e o vernáculo da época.

cindibilidade de uma teoria que privilegie a autoridade da função desempenhada pelas Cortes Superiores.

A afirmação não pode ser entendida de forma generalizada, como se todos os integrantes da sociedade tivessem a postura denunciada. Contudo, revela que as barreiras culturais também têm que ser rompidas para adequada operacionalização do sistema de precedentes obrigatórios.

É necessária, todavia, alteração na forma de resolução dos casos. Não adianta simplesmente substituir o texto da lei pelo texto do precedente; se for assim, nada mudará e o juiz continuará fazendo escolhas sem qualquer fundamentação adequada, na forma como já fora denunciado neste estudo. Impõe-se a utilização adequada das técnicas de formação, identificação, aplicação e superação dos precedentes.

Não podemos deixar de reconhecer que a sociedade muda no decurso do tempo, razão pela qual o direito precisa acompanhar as mudanças, a fim de não se tornar obsoleto e inaplicável em decorrência da dinamicidade social. A correta aplicação da teoria dos precedentes – aos quais deve ser assegurada eficácia obrigatória/vinculante –, que possibilita a realização de distinções, bem como a superação do entendimento, garante inexoráveis benefícios para o direito, especialmente racionalidade, igualdade, previsibilidade e efetividade.

4.2. Os deveres de uniformizar a jurisprudência e de mantê-la estável

O art. 926 do CPC/2015 estabelece: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Não obstante o enunciado faça referência à jurisprudência, é perfeitamente possível extrair do preceito, através de um esforço interpretativo, a instituição do dever de observância obrigatória/vinculante aos precedentes judiciais. Como os tribunais não podem, em face do dever de uniformizar a jurisprudência, manter duas ou mais orientações simultaneamente, fica clara a conferência de eficácia obrigatória/vinculante aos precedentes.

Nessa perspectiva, os tribunais devem observar aos seus precedentes no plano horizontal, notadamente porque, ainda que dividido em vários órgãos, constitui uma unidade, devendo, pois, adotar uma única posição acerca da mesma questão fático-jurídica. Já a obrigatoriedade de observância aos precedentes no plano vertical, conforme já restou assentado nos capítulos anteriores, decorre da necessidade de conferir racionalidade às decisões judiciais, igualdade entre os sujeitos que recorrem à resolução de suas querelas perante o Poder Judiciário e de haver previsibilidade e efetividade nas decisões judiciais.

Pois bem. A segurança jurídica, no nosso sistema legal, é considerada um valor fundamental (CRFB/88, art. 5º, *caput*). Conforme já foi amplamente demonstrado, os cidadãos necessitam de segurança para conduzir e planificar suas vidas em sociedade. Isso não é alcançado apenas com o conhecimento prévio dos textos legais, notadamente quando, para enunciação da norma jurídica, é necessária e indispensável a interpretação, conferida pelos órgãos do Poder Judiciário. A efetiva segurança jurídica depende da previsibilidade e da estabilidade das decisões judiciais.

Sarlet (2010), estabelece estreita ligação entre a segurança jurídica e a dignidade da pessoa humana – que constitui fundamento do Estado Democrático de Direito, conforme disposto no art. 1º, inciso III, da CRFB/88 –, apreciando, nesta perspectiva, a necessidade de ser garantida a estabilidade nas relações jurídicas.

Considerando que também a segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do ser humano, viabilizando, mediante a garantia de uma certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica como tal, tanto a elaboração de projetos de vida, bem como a sua realização, desde logo é perceptível o quanto a ideia de segurança jurídica encontra-se umbilicalmente vinculada à própria noção de dignidade da pessoa humana. (...) a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas. (...) um patamar mínimo em segurança (jurídica) estará apenas assegurado quando o Direito assegurar também a proteção da confiança do indivíduo (e do corpo social com um todo) na própria ordem jurídica e, de modo especial, na ordem constitucional vigente (SARLET, 2010, p. 8-10).

Com efeito, embora a estabilidade seja a tônica, não se afasta a possibilidade de alteração de entendimento considerando certas diferenças temporais. A superação do precedente, ou o afastamento da sua aplicação por distinção (*distinguishing*), são posturas perfeitamente possíveis, desde que haja justificativa adequada pelo tribunal competente, bem como preocupação com a consistência e com a racionalidade. É necessário respeitar a atuação anterior, pois os pronunciamentos num determinado sentido geram expectativas nos jurisdicionados no que tange à linha de argumentação seguida pelo tribunal. “Assim, qualquer mudança de posicionamento (superação, *overruling*) deve ser justificada adequadamente, além de ter eficácia modulada em respeito à segurança jurídica (dever de estabilidade)” (DIDIER JÚNIOR et al., 2015, p. 474).

Contudo, os tribunais, inclusive os superiores, embora disponham de mecanismos processuais para tanto (exemplos: incidente de assunção de competência – CPC/2015, art. 947; e embargos de divergência – CPC/2015, arts. 1.043 e 1.044), muitas vezes não uniformizam o entendimento, tampouco se preocupam com a estabilidade dos seus próprios preceden-

tes⁸¹. Sobre isso, Marinoni (2011, p. 127-128) denuncia o que afirma ser um atentado contra a essência do direito e contra a efetividade do sistema jurídico:

As decisões do Superior Tribunal de Justiça não são respeitadas nem no âmbito interno da Corte. As turmas não guardam respeito pelas decisões das Seções e, o que é pior, entendem-se livres para decidir casos iguais de forma desigual⁸². Resultado disso, como não poderia ser diferente, é o completo descaso dos juízes de primeiro grau de jurisdição e dos Tribunais Estaduais e Regionais Federais em relação às decisões tomadas pelo Superior Tribunal de Justiça.

Não há como pressupor estabilidade num sistema no qual os juízes supõem possuir autonomia para decidir conforme bem quiserem (= independência e livre convencimento). A estabilidade pressupõe uma visão e compreensão do sistema judiciário como um todo organizado e integrado, no qual os tribunais superiores devem assumir o papel de cortes de interpretação, isto é, de proclamação de precedentes vinculantes/obrigatórios. Mesmo ao decidir uma determinada questão nova, o juiz deve ter em mente que não está decidindo apenas o caso concreto, particularizado pelas partes que o compõe, devendo perceber, igualmente, que está julgando um caso concreto que servirá como base para todo e qualquer litigante que se encontre em posição jurídica assemelhada. “Há necessidade de se estabelecer uma linha de precedentes, evitando julgados ‘para todos os gostos’. Construir um precedente não é uma tarefa simples, pois exige exaustiva fundamentação” (ROSSI, 2015, p. 314).

Pois bem. A conferência de eficácia obrigatória aos precedentes é muito importante para garantir racionalidade ao direito. Como o magistrado possui poder criativo, é imperativo o estabelecimento de contenções para esse poder. A negligência com o estabelecimento de vetores para limitação do poder criativo acabar por dar margem para a mais ampla criação do direito pelos juízes, com a proclamação de decisões baseadas apenas em juízos subjetivos (decisionismos). Nesse cenário, “ao se estabelecer o respeito aos precedentes, assume-se como premissa o fato de que os juízes podem criar normas jurídicas; todavia, são estabelecidas formas que regulam essa criação, impondo limites e garantindo racionalidade a esse processo criativo (MACÊDO, 2015a, p. 464).

⁸¹ Atento a essa realidade e buscando combatê-la, o Enunciado 316 do FPPC estabelece: A estabilidade da jurisprudência do tribunal depende também da observância de seus próprios precedentes, inclusive por seus órgãos fracionários.

⁸² Eis a comprovação: No julgamento dos EREsp 163.681/RS, ocorrido em 18/11/1998, cuja decisão foi publicada em 19/04/1999, a Corte Especial do STJ decidiu: “Ocorrendo a homologação dos cálculos, elaborados e atualizados por determinado índice, tendo a sentença transitado em julgado, não pode haver a substituição deste pelo IPC ou por qualquer outro índice porque isso importaria em violação à coisa julgada”. Esse precedente foi confirmado pela Corte Especial do STJ nos EREsp 89.061/DF, j. 17/02/1999, e nos EREsp 188.317/RS, j. 01/09/1999. Ocorre que o entendimento da Corte Especial foi *deliberadamente* desrespeitado pela unanimidade dos ministros que compunham a 1ª Turma do STJ nos seguintes julgamentos posteriores: AgRg no Ag 281.805/RS, Rel.: Min. José Delgado, j. 02/05/2000, e AgRg no REsp 321.183/MG, Rel.: Min. José Delgado, j. 11/09/2001. Não houve, pois, observância da eficácia vinculante dos precedentes no plano horizontal.

Não acreditamos na possibilidade de a hermenêutica conduzir a apenas uma única decisão *correta*⁸³. A partir do mesmo contexto fático-jurídico, é possível extrair mais de uma norma concreta, especialmente em casos que reclamam altas divergências não só jurídicas, mas também culturais⁸⁴. Na construção de sentido para cláusulas abertas ocorre o mesmo fenômeno. Dois juízes podem, nessa perspectiva, e de forma absolutamente racional, justificar interpretações antagônicas. Posições diferentes contribuem para a própria evolução do direito. Contudo, não é racional pretender manter a posição divergente quando os tribunais encarregados em conferir a adequada interpretação às normas constitucionais e infraconstitucionais federais já se posicionaram a respeito, eliminando o cenário que possibilitou as interpretações divergentes. Diante disso, podemos concluir que a argumentação dotada de racionalidade não supre a necessidade de haver racionalidade na aplicação do direito pelo Poder Judiciário.

O sistema judicial tem, internamente, órgãos incumbidos de eliminar as dúvidas interpretativas, exatamente por ser incoerente e irracional aplicar “vários direitos” diante dos casos conflitivos. Cabe ao STJ, diante do recurso especial, definir o sentido do direito federal infraconstitucional, expressando uma norma dotada de autonomia em face da lei, que, assim, incorpora-se à ordem jurídica. Ora, um sistema judicial que, apesar da intervenção da sua Corte Suprema, admite interpretações diferentes, é completamente incapaz de gerir a sua função de distribuir “justiça” nos casos concretos. Esse sistema não viabiliza a coerência da ordem jurídica, a igualdade perante o direito, a liberdade e a previsibilidade. O desrespeito aos precedentes das Cortes Supremas é porta aberta para a distribuição desigual e aleatória da “justiça”, com todas as suas perversas consequências (MARINONI, 2015a, s/p).

Destaque-se, também, que, antes mesmo da edição do CPC/2015, o STF⁸⁵ já reconheceu a necessidade de conferir uniformidade à interpretação do direito, isso ao estabelecer que a interpretação conferida pelo STJ ao direito infraconstitucional federal, independentemente de em qual estrutura de resolução de conflitos, deve ser observada pelos juízes, razão pela qual, para afastar a interpretação divergente, ainda que não haja recurso legalmente previsto, o STJ deve apreciar reclamação para garantir a uniformidade na interpretação.

Vejamos. No sistema dos juizados especiais estaduais, regido pela Lei nº 9.099/95, não foi criada uma corte nacional de uniformização da interpretação do direito, mas, apenas, turmas recursais em cada estado. Diante disso, questões fático-jurídicas idênticas, levadas ao Judiciário no mesmo momento histórico, poderiam determinar interpretações diferentes pelas diversas turmas recursais estaduais, produzindo, conseqüentemente, decisões que gerariam efeitos jurídicos diferentes a depender do local em que ajuizada a demanda. E mais, o enten-

⁸³ Defendendo a possibilidade de o ato interpretativo sempre levar a apenas uma resposta correta: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014b, p. 336-423.

⁸⁴ Aqui remetemos para os temas polêmicos suscitados no item 2.4 deste estudo. As divergências geradas no ambiente legislativo com certeza também podem ser transpostas para o meio jurídico, de modo a garantir decisões, devidamente fundamentadas em interpretação possível – racionais, portanto –, que cheguem a conclusões diametralmente opostas.

⁸⁵ Ver: RE 571.572 ED, Rel^a.: Min^a. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, j. 26/08/2009.

dimento de determinada turma recursal, considerando questões fático-jurídicas idênticas, levadas ao Judiciário no mesmo momento histórico, poderia ser diferente daquele firmado pelo STJ. Como não há previsão constitucional de cabimento de recurso especial contra decisão de turma recursal, seria possível que o entendimento divergente ao emanado pelo STJ, adotado pela turma recursal, formasse coisa julgada, em flagrante desrespeito à segurança jurídica, que pressupõe uniformidade na interpretação e aplicação do direito infraconstitucional federal. Isso poderia determinar, inclusive, que o jurisdicionado renunciasse à parcela que excedesse ao limite do juizado especial estadual (Lei nº 9.099/95, art. 3º, § 3º), isso para se valer do entendimento favorável à sua tese, emanado pela turma recursal estadual, já que o entendimento do STJ lhe era desfavorável.

O STF, sensível a essa possibilidade de haver violação à uniformidade na interpretação do direito infraconstitucional federal, declarou o cabimento, em caráter excepcional, da reclamação (CRFB/88, art. 105, inciso I, alínea *f*), para fazer prevalecer, até a criação da turma de uniformização dos juizados especiais estaduais, a jurisprudência do STJ na interpretação da legislação infraconstitucional. Logo, foi reconhecida a necessidade de haver uniformidade na interpretação do direito. O motivo é óbvio, não obstante a já mencionada observância da segurança jurídica na dimensão da uniformidade da interpretação do direito. Visa-se, também, impedir a violação do princípio do juiz natural. O jurisdicionado não pode escolher demandar perante órgão judicial que apresente os precedentes que lhe são mais benéficos, isso porque a interpretação e aplicação do direito deve ser uniforme e igual para todos.

Além do que já foi mencionado, é oportuno reforçar que o dever de manter o precedente (e a jurisprudência, que se forma pela reiteração do precedente) estável também decorre da aplicação do princípio da igualdade perante a lei (CRFB/88, art. 5º, *caput* e inciso II) ao processo de realização do direito no caso concreto. Diante disso, a mesma regra jurídica, incidente sobre suportes fáticos suficientemente idênticos, considerando um mesmo período histórico, deve ensejar a produção dos mesmos efeitos jurídicos. Da mesma forma, suportes fáticos idênticos, levados ao Judiciário no mesmo momento histórico, devem determinar a aplicação da mesma norma jurídica e, conseqüentemente, produzir os mesmos efeitos jurídicos. A adequada compreensão disso permite, conforme restará demonstrado mais adiante, conferir eficácia vinculante também aos precedentes (que devem ser adequadamente proclamados e aplicados sem distanciamento do contexto fático-jurídico no qual foram erigidos), formados no sistema de resolução de conflitos em larga escala, instituído pelo CPC/2015.

4.3. Os deveres de integridade e de coerência na interpretação do direito

O direito não é uma ciência exata; constitui, pelo contrário, uma disciplina argumentativa. Como o direito é uma prática interpretativa, as normas são gradualmente construídas e reconstruídas, não podendo ser simplesmente descobertas pela observação de fenômenos empíricos⁸⁶. A ideia de que o direito é sempre de natureza discutível pode ser extraída até mesmo do conhecimento vulgar. O direito, pois, notadamente por constituir prática social, é inexoravelmente argumentativo.

Diante desse cenário, o art. 926 do CPC/2015 consagra os deveres de integridade e coerência na interpretação do direito. Com efeito, “a coerência impõe um constrangimento real e importante aos juízes” (MACCORMICK, 2008, p. 265). Em face da necessidade de as decisões manterem a coerência, constitui-se um dever jurídico e moral de demonstrar que elas decorrem do direito preexistente ou que, ainda quando se está diante de uma situação absolutamente inédita, os fundamentos usados para solução de casos estão em sintonia com os princípios gerais aceitos pela comunidade. A exigência de coerência, ao mesmo tempo, conecta-se com os ideais de igualdade de tratamento e de universalização dos fundamentos das decisões, notadamente porque situações semelhantes devem gerar soluções semelhantes.

O contexto jurídico é um contexto em que a ideia de coerência tem uma importância peculiar e óbvia. Em uma discussão jurídica ninguém começa a partir de uma folha em branco e tenta alcançar uma conclusão razoável *a priori*. A solução oferecida precisa fundar-se ela mesma em alguma proposição que possa ser apresentada ao menos com alguma credibilidade como uma proposição jurídica, e essa proposição deve mostrar coerência de alguma forma em relação a outras proposições que possamos tirar das leis estabelecidas pelo Estado. Aqueles que produzem argumentos e decisões jurídicas não abordam os problemas da decisão e da justificação no vácuo, mas, em vez disso, o fazem no contexto de uma pletera de materiais que servem para guiar e justificar decisões, e para restringir o espectro dentro do qual as decisões dos agentes públicos podem ser feitas legitimamente (MACCORMICK, 2008, p. 31).

Nesse contexto, é necessário, não obstante as constatações anteriores, reconhecer que, mediante conferência de eficácia obrigatória/vinculante aos precedentes – não apenas aos normativos, cuja eficácia vinculante decorre do texto legal, mas dos emanados especialmente pelas Cortes Supremas nas suas missões institucionais de interpretação dos textos constitucional e infraconstitucional federal –, e através da correta utilização das técnicas de distinção e superação dos precedentes, tem-se uma forma de assegurar integridade e coerência às decisões judiciais.

⁸⁶ Aqui é importante fazer uma observação: não estamos desprezando o conhecimento empírico sobre o direito. Ele é extremamente importante. “Devido à sua natureza dinâmica e instável, o Estado de Direito necessita de constante pesquisa empírica para identificar sua configuração em cada momento histórico; para investigar seus limites e fronteiras conforme contextos variáveis e, principalmente, para permitir que a sociedade mantenha o soberano sob controle, afastando o perigo do arbítrio” (RODRIGUEZ, 2006, s/p). Aliás, no primeiro capítulo deste estudo, apresentamos um pequeno estudo empírico para demonstrar a existência de jurisprudência lotérica no âmbito do TJPE.

Quando discorrem acerca dos deveres de coerência e integridade, Didier Júnior et al. (2015, p. 475), afirmam que é através da concretização deles que se pode constituir e compreender o microsistema de formação, aplicação e revogação dos precedentes. Estabelecem, para correta compreensão dos deveres de coerência e integridade, oito premissas: 1ª) embora os termos sejam bastante difundidos nos estudos de teoria geral do direito, de um modo geral, e de teoria da decisão judicial, de modo particular, interessando sobremaneira à filosofia do direito, o problema da compreensão do que se entende por coerência e por integridade passou a ser dogmático; 2ª) embora sejam dois deveres, formam uma amálgama; 3ª) não obstante a distinção dogmática entre os deveres, eles podem impor ao tribunal uma só conduta, de modo que a essa soma, a esse amálgama, dá-se o nome de consistência; 4ª) os deveres servem ao mesmo fim: conferir consistência à jurisprudência, evitando decisões coerentes, mas inconsistentes, ou íntegras, mas inconsistentes; 5ª) a jurisprudência somente é íntegra e coerente quando estiver lastreada em precedentes bem fundamentados (CPC/2015, arts. 489, § 1º, e 927, § 1º); 6ª) tanto na formação, quanto na aplicação dos precedentes, os tribunais os deveres de coerência e integridade, que constituem postulados hermenêuticos; 7ª) é da essência de um sistema de precedentes construídos de forma racional e não-autoritária que eles sejam universalizáveis; e 8ª) a verificação da integridade e da coerência da jurisprudência deve ser feita a partir da ponderação e balanceamento de diversos critérios, dentre os quais, não havendo enumeração exaustiva, podem ser citados: conformidade com o repertório conceitual da teoria geral do direito e da dogmática jurídica; recondução a uma mesma norma superior; e conformidade com a regra que impõe requisitos para a congruência interna da decisão (DIDIER JÚNIOR et al., 2015, p. 476-484).

Bustamante (2012, p. 354-355), ao tratar da coerência da justificação apresentada pelo juiz na decisão a ser tomada como precedente judicial, afirma que há possibilidade de analisar a coerência em diferentes ângulos: 1º) as regras, conceitos, fatos, afirmações, interpretações etc. que constam da fundamentação devem fazer sentido em conjunto, ou seja, a decisão tem que ser internamente coerente; 2º) a fundamentação da decisão deve ser coerente com o ordenamento jurídico como um todo; 3º) as razões da decisão devem ser coerentes com o direito vigente e com as práticas sociais vigentes no espaço físico em que vigora esse direito positivo; 4º) a fundamentação da decisão deve estar em consonância com as alterações por que passa o direito e suas normas ao longo do tempo; e 5º) a fundamentação da decisão deve guardar conexão entre o direito e a moral.

Nesse ponto é oportuno esclarecer que a “a estabilidade é diferente da integridade e da coerência do Direito”, isso porque “‘estabilidade’ é um conceito autorreferente, isto é, nu-

ma relação direta com os julgados anteriores”, enquanto que “integridade e a coerência guardam um substrato ético-político em sua concretização, isto é, são dotadas de consciência histórica e consideram a facticidade do caso” (STRECK, 2013b, s/p). Nessa perspectiva, até mesmo o sempre combativo Streck, festejou a inclusão dos deveres de integridade e de coerência no projeto que culminou no CPC/2015.

A inteligência do relator e de Fredie Didier foram cruciais para o acatamento de uma sugestão de caráter dworkiniano, simples, mas que poderá mudar a história da aplicação do direito de *terrae brasilis*: trata-se da exigência de coerência e integridade, ao lado da estabilidade. Explico: Coerência significa dizer que, em casos semelhantes, deve-se proporcionar a garantia da isonômica aplicação principiológica. Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mas, mais do que isto, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição. A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte dos juízes. Isso somente pode ser alcançado através de um holismo interpretativo, constituído a partir do círculo hermenêutico. Já a integridade é duplamente composta, conforme Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto o possível, seja vista como coerente nesse sentido. A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito. Trata-se de uma garantia contra arbitrariedades interpretativas. A integridade limita a ação dos juízes; mais do que isso, coloca efetivos freios, através dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é uma forma de virtude política. A integridade significa rechaçar a tentação da arbitrariedade. (...) Esperemos que o projeto seja aprovado nestes termos. Vencerá a democracia, o Estado Democrático de Direito e, fundamentalmente, a comunidade jurídica (STRECK, 2013b, s/p).

Como se percebe, Streck entende que, ao ser positivados os deveres de coerência e integridade foi incorporada ao CPC/2015 a concepção teórica dworkiniana. Entretanto, não pretendemos discutir a questão no plano da filosofia do direito, notadamente porque, como os referidos deveres são textos, a compreensão deles deve se dar em nível normativo.

O art. 926 atribui ao tribunal os deveres de manter íntegra e coerente sua jurisprudência. Este enunciado normativo é inédito e de difícil compreensão. A começar pelo fato de ele incorporar dois termos muito difundidos nos estudos contemporâneos sobre a teoria do Direito, de modo geral, e da decisão judicial, de um modo especial: a integridade e a coerência. Isso naturalmente leva o intérprete a relacionar o enunciado normativo a determinada concepção teórica a respeito do tema; sobretudo o termo “integridade”, muito ligado às ideias de Ronald Dworkin⁸⁷; já o termo “coerência”, por outro lado, é bem disseminado. Para se ter uma dimensão do problema, há quem veja o termo “integridade”, no sentido utilizado por Dworkin, sinonímia com o termo “coerência”⁸⁸. E, como se verá nos exemplos de concretização desses deveres, há clara interseção entre as suas zonas de aplicação. Sucede que se está diante de um *enunciado normativo*, e não de um *enunciado doutrinário*. É preciso dar sentido normativo ao que dispõe a parte final do art. 926 do CPC. Embora esse sentido possa ser construído a partir das lições de autores que vinculava a esses termos, não há necessidade, e nem poderia ser diferente, de o conteúdo normativo desses textos corresponder exatamente a determinada orientação filosófica. É preciso concretizar o conteúdo normativo desses deveres, de modo a que se possa construir e compreender o microsistema de forma-

⁸⁷ Nota constante no texto referenciado: DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Jeferson Luiz Camargo (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 213-332.

⁸⁸ Nota constante no texto referenciado: PECZENIK, Aleksander. *On law and reason*. Lexington: Springer, 2009, p. 132. Essa sinonímia revela-se, com alguma clareza, na obra de autora expressamente influenciada pelo pensamento de Dworkin: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica - fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 252.

ção, aplicação e revogação de precedentes *do direito brasileiro* (DIDIER JÚNIOR et al., 2015, p. 476).

Pois bem. Como a certeza jurídica é intangível, compete à argumentação o trabalho de reduzir a incerteza jurídica a um grau aceitável (MACCORMICK, 2008, p. 21). Diante disso, é necessário estabelecer em que perspectiva a argumentação jurídica garante a observância dos deveres de integridade e coerência, especificamente na formação de precedentes. Nosso posicionamento, alicerçados nos autores que serão mencionados a seguir, é o de que, na formação do precedente, para garantir integridade e coerência, deve-se ter como norte a possibilidade de universalização da decisão.

Com efeito, o critério da universalizabilidade, na perspectiva da justiça formal, caracteriza-se pela exigência de que, no caso concreto, o juiz, ao interpretar as proposições jurídicas oferecidas pelas partes e decidir a querela particular, deve agir de maneira tal que os termos de sua decisão sejam aplicáveis igualmente a quaisquer cidadãos que, em idênticas circunstâncias, pratiquem condutas que tenham a mesma qualificação jurídica (MACCORMICK, 2008, p. 197). Nessa linha argumentativa, Bustamante (2012, p. 326) assevera:

É fato que quando a Constituição brasileira institucionaliza o princípio moral da igualdade ou justiça formal ela definitivamente exige um modelo de produção e consolidação do direito jurisprudencial que possa garantir ao menos um mínimo de universalidade na aplicação do Direito. A Constituição inequivocamente sustenta a pretensão de que a aplicação de um precedente particular só pode ser justificada por enunciados universais elaborados sob a forma de regras hipotéticas.

Nesse mesmo sentido, Tucci (2004, p. 25), aduz:

Ora, o elemento crucial que efetivamente justifica a recepção analógica de decisão anterior para a solução de hipótese posterior é o “princípio da universalidade”, entendido como uma exigência natural de que casos substancialmente iguais sejam tratados de modo semelhante. É ele, com efeito, o componente axiológico que sempre revestiu a ideia de justiça “como qualidade formal”.

Com efeito, no âmbito hermenêutico-jurisdicional, Taruffo (2001, pp. 21-22) enumera pressupostos nos quais se fundamenta a justiça das decisões (que também são dirigidos à garantia da integridade e coerência, dada a íntima conexão entre estes conceitos), a saber: existir respeito às garantias processuais; existir uma correta apreensão dos fatos postos a conhecimento do juiz; haver uma correta interpretação na aplicação da norma ao caso concreto; haver coerência interna na atribuição de consequências jurídicas aos fatos, e, por fim, ser possível a universalidade dos critérios fundamentais da decisão, de modo que se possa aplicá-los também em outros casos, isso em decorrência dos padrões de igualdade de racionalidade da administração da justiça (congruência sistemática).

A racionalidade é o principal argumento para uma teoria dos precedentes. O juiz do caso-atual tem de saber que sua decisão poderá se tornar, em um caso-futuro, um precedente. Com esta informação em mente deve proceder no teste de universalização da sua decisão. A decisão somente se sustenta, do ponto de vista racional, se, em todos os casos futuros, o juiz

assumir que, presentes as mesmas circunstâncias, decidirá da mesma forma. (...) A universalização resulta, assim, da aplicação do imperativo categórico kantiano à teoria dos precedentes e revela-se mais potente do que as tradicionais fundamentações dos precedentes analisadas no *civil law*, a partir do princípio da igualdade ou da segurança jurídica ou da efetividade, justamente porque engloba todos estes elementos e agrega a pretensão de correção, segundo a qual os juízes e tribunais devem corrigir suas decisões, tanto para criar exceções e distinções (casos em que os casos-precedentes não se aplicam), quanto para rever suas decisões anteriores, superando os posicionamentos firmados quando eles se revelarem errôneos ou não mais atuais (ZANETI JÚNIOR, 2015, p. 389-390).

Ao analisar a teoria da argumentação jurídica de Alexy, especificamente a posição do referido autor acerca das regras sobre o uso de precedentes, Atienza (2014, p. 211) explica:

O uso do precedente justifica-se, do ponto de vista da teoria do discurso, porque o campo do discursivamente possível não poderia ser preenchido com decisões mutáveis e incompatíveis entre si; o uso do precedente significa aplicar uma norma e, nesse sentido, é mais uma extensão do princípio da universalidade. Por outro lado, a obrigação de seguir o precedente não é absoluta, pois isso contraria as regras do discurso (...), mas quem se afasta do precedente fica com a carga da argumentação.

As regras gerais do uso do precedente, formuladas por Alexy, são: a) Quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, isso deve ser feito; e b) Quem quiser se afastar de um precedente assume a carga da argumentação (ATIENZA, 2014, p. 211).

Como é evidente, uma precedente pode ser afastado quando o caso sob julgamento tem particularidades que o distinguem do caso que levou à sua edição. Entretanto, o juiz ou tribunal tem um pesado ônus argumentativo para deixar de aplicar um precedente que, segundo a argumentação de uma das partes, em princípio se aplica ao caso em vias de solução (MARINONI, 2014, p. 94).

Pelo dever de coerência, o Poder Judiciário deve considerar a eficácia externa da fundamentação de seus atos, tendo sempre em consideração que ela há de servir para toda a sociedade. É óbvio que não se está defendendo a impossibilidade de superação do precedente, ou mesmo impossibilidade de um precedente não ser aplicado em face da distinção; contudo, o que se defende é que, para tanto (superação e distinção), é imprescindível um esforço argumentativo muito grande. Além disso, é importante destacar que “as exigências de uniformidade, coerência, consistência, imparcialidade, universalizabilidade e, mais genericamente, racionalidade na aplicação do Direito exigem que na revogação de precedentes judiciais sejam ponderadas cuidadosamente as necessidades de estabilidade e de mudança do sistema jurídico” (BUSTAMANTE, 2012, p. 395).

No mesmo sentido do que estamos defendendo, é oportuno mencionar que o STF, especialmente em face da linha argumentativa desenvolvida pelo Ministro Roberto Barroso, vem reconhecendo a necessidade de decidir atendo ao critério de universalização⁸⁹. Com efeito, ao analisar pedido de prisão domiciliar humanitária, não obstante o parecer favorável do Ministério Público (titular da ação penal, nos termos do previsto no art. 129 da CRFB/88, e, consequentemente, representante do Estado no exercício do *ius punitiois* e do *ius executio-*

⁸⁹ Nesse exato sentido foi a decisão comentada no item 2.5 deste estudo.

nis), o STF⁹⁰, por maioria, entendeu, baseado na existência de prova dando conta de que havia numerosos outros internos acometidos por enfermidades de gravidade semelhante ou maior do que a que estava acometido o condenado, também sem indicação de prisão domiciliar, por negar o pedido, reconhecendo expressamente a necessidade de apreciar a questão sob o prisma da universalização da decisão. Pedimos vênia para reproduzir partes do voto proferido pelo Ministro Roberto Barroso:

(...) tenho em mente uma outra preocupação: a decisão que se produzir aqui irá repercutir sobre a execução penal em todo o país e, portanto, nos seus fundamentos e nas suas consequências, ela deverá ser universalizável. Significa dizer: ela deverá valer para todas as pessoas que se encontrarem em igual situação em qualquer parte do território nacional. A universalização é uma regra ética e igualitária que se extrai do princípio maior da filosofia de Kant – o imperativo categórico – cuja dicção é a seguinte: “*Age de tal modo que a máxima da tua vontade (i.e., o princípio que a inspira e move) possa se transformar em uma lei universal*”. (...) Fundado nessas duas premissas – não criar exceções e levar em conta a possibilidade de universalização da tese jurídica firmada – passo ao exame do pedido de prisão domiciliar (...) Não tenho como ignorar as informações prestadas pela Vara de Execuções Penais, no sentido de que há numerosos outros internos acometidos por enfermidades de gravidade semelhante ou maior, também sem indicação de prisão domiciliar. A esse propósito, é muito relevante atentar para as informações detalhadas prestadas pelo Juízo da Vara de Execuções Penais, dando conta do número de detentos que atualmente cumprem pena no sistema prisional do Distrito Federal, igualmente em condições de saúde adversas. (...) Preocupante e inspiradora de cuidados como seja a situação do agravante, não é ela diversa da de centenas de outros detentos. Em rigor, há muitos deles em situação mais delicada ou dramática. (...) Como consequência, indefiro o pedido de transferência imediata do agravante para regime de prisão domiciliar.

Como foi demonstrado, a coerência da decisão é majoritariamente identificada na demonstração de que a mesma pode ser universalizada. Zaneti Júnior (2015), conforme transcrição supra, é enfático ao sustentar que a justificação da decisão pela universalidade agrega valor à teoria dos precedentes, justamente porque engloba, além do princípio da igualdade ou da segurança jurídica, a pretensão de racionalidade. Contudo, o entendimento não é isento de críticas. Adeodato (2012, p. 316) não aceita a objetividade de critérios universalizáveis, reconhecendo, no entanto, a possibilidade de construção de consensos localizados.

Deve-se porém ter em mente que aquilo que aqui se considera insatisfatória não é a tomada de posição ética, mas sim a tentativa de racionalizá-la em termos de critérios universalizáveis. O fato de não aceitar a objetividade desses critérios (ética de segundo grau) não significa abster-se de tomar posições éticas diante das situações da vida (ética de primeiro grau). Consensos localizados podem assim ser construídos, dentro da tolerância que caracteriza a incerteza (Adeodato, 2012, p. 316).

A posição é tentadora, especialmente quando há um descompasso na esfera estatal que tenta conjugar uma política de inclusão (democracia social) e uma economia de exclusão (capitalismo), razão pela qual, em face da ausência do cumprimento (especialmente pelo Executivo) das promessas insculpidas no texto constitucional, surge um apelo à jurisdição, que acaba por assumir, nas palavras Jose Luis Bolzan de Moraes (*apud* TASSINARI, 2013, p. 52),

⁹⁰ EP 1 PrisDom-AgR, Rel.: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 25/06/2014.

ares de “sacralização”⁹¹. Partindo da possibilidade apontada, ainda que mediante interpretação equivocada, o magistrado poderia justificar o afastamento do precedente para garantir a realização da “justiça” no caso concreto. Contudo, o fato é que esta “justiça” seria construída a partir das concepções ideológicas do magistrado, sendo desprezados todos os elementos até aqui justificados para conferir eficácia obrigatória aos precedentes e coerência ao sistema. Diante disso, nosso posicionamento mantém-se firme. A decisão apta a ser utilizada como precedente vinculante tem que ser passível de universalização, a fim de que os casos substancialmente iguais nos aspectos fático-jurídicos sejam tratados de modo idêntico.

Todavia, é importante perceber que a aplicação do precedente, não obstante o fundamento da decisão tenha que ser universalizável, não pode ocorrer de forma generalizada. A correta aplicação do precedente pressupõe investigação das razões jurídicas que conformaram a criação do precedente e das questões fáticas que justificaram a decisão, a fim de perceber a existência – ou não – de similitude fática-jurídica entre o caso concreto e o paradigma. Não basta, conforme já foi denunciado, verificar o texto da ementa de um acórdão e, quando o caso em análise é “mais ou menos” parecido, decidir da mesma forma, como se isso significasse aplicar um precedente. Nesse ponto, uma interessante distinção é a que se dá entre universalidade e generalização. Conforme MacCormick (2008, p. 125):

(...) permanece útil contrastar a universalidade (e mesmo a universalidade excepcionável) com a “generalização” (...). “Universal” contrasta “particular”, e “geral” contrasta com “específico”. Este último par de termos admite diferenças de grau, mas não o primeiro. “Universal” e “particular” são propriedades lógicas, enquanto a generalidade e a especificidade são propriedades quantitativas. No Direito, tanto as regras quanto os princípios são universais – como são as decisões sobre o Direito que justificam decisões particulares.

Exemplos podem ajudar a aclarar o tema. A sentença “se a mãe de uma criança reclamar sua custódia, a custódia deverá ser entregue a ela” tem caráter universal; contudo, apesar de conter uma orientação, peca por ter sido construída de forma exageradamente categórica, não permitindo considerar circunstâncias nas quais haja possibilidade de superar o imperativo por outras considerações, tais como a incapacidade materna, abandono emocional ou financeiro, etc. Diante disso, poderia surgir a seguinte sentença: “se a mãe de uma criança reclamar sua custódia, a custódia deverá ser entregue a ela com grande frequência”. A proposta falha porque não nos dizer o que fazer. Falando em termos de grau, “não há meios para saber se o caso diante de nós enquadra-se na maioria dos casos em que a custódia deve ser entregue a mãe, ou na minoria em que isso não deve ocorrer”. Assim, seria correta a seguinte sentença

⁹¹ Acerca da expansão do controle normativo protagonizado pelo Poder Judiciário, com a demonstração de que por trás de generosas ideias de garantia judicial de liberdades e da principiologia da interpretação constitucional podem esconder-se a vontade de domínio, a irracionalidade e o arbítrio cerceador da autonomia dos indivíduos e da soberania popular, constituindo-se obstáculo a uma política constitucional libertadora, ver Maus (2000, p. 183-202).

“se a mãe de uma criança reclamar sua custódia, a custódia deve ser entregue a ela, salvo quando uma razão suficientemente forte para emitir uma decisão diferente mostrar-se presentes”. Foi dito o que fazer, mas, ao mesmo tempo, há um alerta para considerar razões contrárias se elas forem suscitadas num caso particular (MACCORMICK, 2008, p. 123-124).

E a razão suficientemente forte antes pronunciada deve ser buscada na análise das circunstâncias fáticas que justificaram a colocação da exceção no precedente. Ainda que o fato do caso particular não se repita de forma exatamente igual, é possível extrair os fatos que foram considerados substanciais para a decisão, razão pela qual, sendo repetido o mesmo contexto fático, o precedente, por ter caráter universal, deve ser aplicado. Com isso, resta evidente que, ao se trabalhar com precedente, a atividade do juiz ganha grande destaque, pois será ele quem analisará se os fatos que lhe foram trazidos justificam a aplicação do precedente invocado, ou a não aplicação dele em face da existência de distinção, ou ainda a superação do precedente, quando autorizado nos moldes das técnicas que já foram examinadas neste estudo.

Ademais, com o manejo de precedentes com eficácia obrigatória, uma advocacia preventiva poderá ser efetivada, uma vez que o advogado, sabedor de como os tribunais têm decidido, poderá orientar seus clientes no sentido de buscar a resolução do conflito no próprio escritório de advocacia, primando-se, assim, por uma justiça que tem como escopo a paz social, a dignidade da pessoa humana, a segurança jurídica, a igualdade material, bem como o desafogamento do Poder Judiciário. “Os precedentes, assim, valorizam o advogado qualificado e atualizado, abrindo espaço para a advocacia preventiva/consultiva e possuindo um caráter educativo/pedagógico de extrema relevância, afinal enfraquece a nociva cultura da litigiosidade desenfreada presente em nosso país” (GARCIA, 2011, p. 18).

Passaremos, agora, a dedicar atenção aos precedentes que o CPC/2015 conferiu, por imposição normativa, eficácia obrigatória/vinculante.

4.4. Precedentes judiciais obrigatórios, vinculantes e normativos no CPC/2015

O CPC/2015 impõe aos tribunais, expressamente, conforme já foi mencionado, os deveres de uniformização da jurisprudência e de manutenção da estabilidade, integralidade e coerência de suas decisões. Na formação do precedente, ademais, segundo sustentamos, deve ser observada a necessidade de universalização, em prol da isonomia e da segurança jurídica no ordenamento. O CPC/2015 também indicou, segundo nosso entendimento de forma não exaustiva, as decisões que gozam de força vinculante no ordenamento jurídico brasileiro. Em reforço à compreensão, extraída da interpretação sistemática de todo o ordenamento jurídico,

de que os precedentes da Cortes Supremas possuem eficácia vinculante, foi instituída, nesse cenário, eficácia obrigatória/vinculante a determinados precedentes através de previsão normativa. Assim dispõe o CPC/2015:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
 I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
 II - os enunciados de súmula vinculante;
 III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
 IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
 V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Nesse ponto, não podemos deixar de mencionar que, efetivamente, na versão da Câmara dos Deputados (Projeto de Lei nº 8.046/2010), a previsão normativa era ainda mais enfática, isso em razão da utilização do termo “seguirão”. Eis os dispositivos:

Art. 521. Para dar efetividade ao disposto no art. 520 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas:
 I - os juízes e tribunais seguirão as decisões e os precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
 II - os juízes e tribunais seguirão os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos e os precedentes em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
 III - os juízes e tribunais seguirão os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
 IV - não sendo a hipótese de aplicação dos incisos I a III, os juízes e tribunais seguirão os precedentes:
 a) do plenário do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade;
 b) da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional.

Independentemente do termo utilizado, a redação não compromete a adequada interpretação do dispositivo. Observar significa vincular. Ou seja, ao proferir qualquer julgamento, os juízes e tribunais não podem desconsiderar os precedentes vinculantes emanados dos tribunais responsáveis pela edição dos mesmos, observadas as atribuições constitucionais, na linha do que já defendemos ao longo deste estudo. Mesmo na hipótese de divergência com o entendimento firmado no precedente⁹², a fundamentação deve fazer referência ao precedente firmado sobre o tema, mostrando detidamente as razões da discordância, notadamente porque o precedente não poder ser simplesmente ignorado. O CPC/2015 não exige subserviência, mas dialética respeitosa, comprometida com o diálogo, dentro e fora da instituição, o que está previsto em termos normativos no art. 10 do CPC/2015.

O art. 927 do CPC, no entanto, não é imune a críticas sérias. Segundo Marinoni (2015b, p. 22), “a letra do art. 927 parece supor que a função das Cortes Supremas é resolver litígios que podem se repetir em massa para, dessa forma, otimizar a administração da justi-

⁹² E, ao admitimos a possibilidade de os juízes e tribunais divergirem dos precedentes das Cortes Supremas, pretendemos abranger até mesmo o entendimento que não lhes confere eficácia vinculante.

ça”. Não haveria necessidade de impor o dever de observância às decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, isso em razão delas ser dotadas de eficácia *erga omnes* (Lei nº 9.868/99, art. 28, parágrafo único). Entendemos, no entanto, que, com um certo esforço argumentativo, é possível extrair bons frutos do regramento positivado.

Pois bem. Marinoni (2015b, p. 23) considera lamentável o texto do art. 927 ter feito referência às súmulas. “É ilógico tentar dar-lhes a função de precedentes, na medida em que só a decisão do caso concreto é capaz de espelhar em toda a sua plenitude o contexto fático em que a *ratio decidendi* se insere” (MARINONI, 2015b, p. 23). Entretanto, é imperioso perceber que os artigos 926 e 927 do CPC/2015 devem ser lidos em conjunto. Logo, o art. 927 do CPC/2015 regulamenta a forma de cumprimento dos deveres enunciados no art. 926 do CPC/2015. Pois bem. Os parágrafos do art. 926 do CPC/2015 estabelecem:

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Como se percebe, foi prevista a necessidade de observância dos precedentes para edição das súmulas. É lógico que, num sistema que confere efetiva força obrigatória/vinculante aos precedentes, a utilização de súmulas é desnecessária. Contudo, até que o sistema de precedentes esteja em perfeito funcionamento e em harmonia com o ordenamento jurídico, é possível concluir que os tribunais, na edição das súmulas, deverão observar a *ratio decidendi*. Comentando os incisos II e IV, do art. 927, do CPC/2015, Didier Júnior et al. (2015, p. 464) afirmam que “observar tais enunciados é observar a *ratio decidendi* dos precedentes que os originaram – fala-se em observância do enunciado apenas por uma opção pela brevidade e pela facilitação do discurso”.

Tendo em vista que sustentamos, no capítulo anterior, a necessidade de proclamação da *ratio decidendi* pelo próprio tribunal que julga o caso concreto gerador do precedente, entendemos que essa atividade também pode ser adequadamente realizada mediante a edição de súmulas, isso até que essa técnica seja abandonada e esteja instituído o sistema de precedentes⁹³. No que tange às inúmeras súmulas já editadas, nosso posicionamento é no sentido de que a eficácia vinculante não decorre delas, mas dos precedentes que justificaram suas edições, sendo necessário, na aplicação da *ratio decidendi* para solução do caso concreto, verificar a similitude do contexto fático-jurídico do precedente e do caso concreto em julgamento.

⁹³ Nogueira (2013, p. 248-249) também reconhece que, por considerar quase impossível o STF e o STJ simplesmente renunciarem ao direito de editar súmulas, há necessidade de eliminação gradual delas, até a completa extirpação do sistema e substituição por *leading case*, que são muito mais ricos na enunciação do contexto-fático jurídico em que se formou a decisão paradigmática.

Outrossim, defendemos que aos precedentes (ou súmulas) que não observem a estabilidade, a integridade e a coerência, não é possível conferir eficácia obrigatória⁹⁴.

Não obstante a menção aos acórdãos (CPC/2015, art. 927, inciso III) e às orientações (CPC/2015, art. 927, inciso III), é possível extrair a compreensão de que foi conferida eficácia obrigatória/vinculante aos precedentes, observadas as respectivas competências para formação deles. Didier Júnior et al. (2015, p. 465-466) sustentam que o art. 927, inciso III, do CPC/2015 estabelece um incidente processual para elaboração de precedente obrigatório com natureza de processo objetivo, integrando um microssistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios, não obstante haja possibilidade de formação de precedentes de forma difusa.

Esclarecido isso, é oportuno destacar que o § 1º, do art. 927, do CPC/2015, estabelece: “Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo”. Ou seja, foi consagrada a necessidade de, na aplicação das decisões normativamente vinculantes, ser observado o contraditório, bem como das técnicas de aplicação, distinção e superação dos precedentes.

Segundo nosso entendimento, podemos extrair dos textos invocados (CPC/2015, art. 927, § 1º, combinado com arts. 10 e 489, § 1º, inciso IV) a compreensão de que a decisão que irá formar precedentes, bem como a que os aplicará, precisa considerar todos os argumentos levantados pelos sujeitos do processo e submetidos ao debate. Não é prudente “prever um contraditório forte e, ao final, possibilitar que o julgador simplesmente desconsidere tudo que foi aduzido” (MACÊDO, 2015a, p. 483). O art. 10 do CPC/2015 é autoexplicativo: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. Nesse ponto, Peixoto (2015, p. 193) aduz:

(...) para além da necessidade de contraditório na formação dos precedentes, esse aspecto também deve ser respeitado em sua aplicação, especialmente no caso de precedentes obrigatórios. O precedente obrigatório, enquanto fonte do direito, precisa ter sido debatido entre

⁹⁴ Exemplificando: O STJ adota uma linha de precedentes no seguinte sentido: A indicação do bem de família à penhora não implica renúncia ao benefício conferido pela Lei nº 8.009/90, quanto à sua impenhorabilidade, máxime por se tratar de norma cogente contendora de princípio de ordem pública, razão pela qual a indicação não produz efeito capaz de ilidir aquele benefício. Nesse sentido, dentre outros: AgRg no REsp 813.546/DF, 1ª Turma, j. 10/04/2007; AgRg no REsp 1.381.709/PR, 2ª Turma, j. 05/09/2013; AgRg no REsp 888.654/ES, 3ª Turma, j. 03/04/2007; REsp 351.932/SP, 3ª Turma, j. 14/10/2003; REsp 875.687/RS, 4ª Turma, j. 09/08/2011; e AgRg no REsp 1.108.749/SP, 6ª Turma, j. 13/08/2009. Entretanto, há violação do dever de integridade, notadamente porque o sistema de direito privado permite que o mesmo bem de família seja alienado de forma onerosa ou gratuita e dado em garantia real (hipoteca). Inclusive, se o devedor quiser, pode vender o bem para, com o preço obtido, efetuar o pagamento da dívida. O devedor pode, também, entregar o bem em dação em pagamento. Com efeito, “se o bem pode ser alienado pelo seu proprietário, pode ser oferecido por ele à penhora, primeira etapa do procedimento de alienação judicial do bem” (DIDIER JÚNIOR et al., 2015, p. 486).

as partes e, caso seja conhecido de ofício pelo magistrado, deve ser obedecido o dever de consulta, extraído do art. 10, do CPC/2015.

Além disso, a consagração de que não é fundamentada a decisão que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” (CPC/2015, art. 489, § 1º, inciso V) permite concluir que, nas decisões que aplicam precedentes obrigatórios há clara necessidade de perquirir acerca da *ratio decidendi*. E mais, ao ser estabelecido normativamente que não atende ao requisito da fundamentação adequada a decisão que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (CPC/2015, art. 489, § 1º, inciso V), houve a clara consagração da técnica da distinção (*distinguishing*), que constitui, em apertada síntese, método próprio de se afastar a aplicação de determinado precedente quando as circunstâncias fáticas assim o indicarem.

Pois bem. A possibilidade de mudança de entendimento é inerente ao sistema de precedentes judiciais, sendo certo que o dever de estabilidade não impede a alteração do entendimento, mas, apenas, a alteração injustificada, errônea ou tendenciosa. O CPC/2015 estabeleceu regras de superação que, mediante o esforço interpretativo que rogamos seja feito pela doutrina e pelos tribunais, podem/devem ser aplicadas à modificação do entendimento de qualquer precedente obrigatório/vinculante. Eis os parágrafos do art. 927 do CPC/2015 que regulamentam o tema:

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º 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.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

No capítulo anterior tratamos do *overruling* (item 3.6), do *overriding*, do *signaling*, do julgamento-alerta e do *anticipatory overruling* (item 3.7) e da eficácia temporal da superação dos precedentes (item 3.8). Logo, referidas técnicas podem se utilizar do substrato normativo antes reproduzido. Com efeito, para otimização da técnica prevista no art. 927, § 2º, do CPC/2015, entendemos ser viável a adoção inclusive do procedimento do julgamento-alerta (especificada no item 3.7).

O § 5º, do art. 927, do CPC/2015 estabelece: “Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmen-

te, na rede mundial de computadores”. A publicidade, conforme restou claro no capítulo precedente, é requisito para conferência de eficácia ao precedente. É imprescindível, ademais, que as pessoas tenham conhecimento daquilo que é produzido pelos tribunais na atividade jurisdicional. “A cognoscibilidade do Direito é requisito essencial do princípio da segurança jurídica e para a concretização do ideal do Estado de Direito, sendo indispensável que seja possível aos cidadãos conhecer os textos de onde serão coligidas normas jurídicas” (MACCÊDO, 2015a, p. 489).

Não haverá muitas dificuldades para cumprimento deste preceito. As decisões dos tribunais, especialmente dos tribunais superiores, são disponibilizadas na Internet. Não há, salvo algumas exceções, demora injustificada entre o julgamento definitivo e a publicação da decisão. Existem, ademais, ferramentas de busca que permitem um amplo refinamento dos temas para pesquisa. O inteiro-teor dos acórdãos, na maioria das vezes, é disponibilizado para consulta *on-line*. A dificuldade, no entanto, estará em efetivamente encontrar, nas decisões, a *ratio decidendi* que deverá ser observada com eficácia obrigatória.

O problema está na metodologia de trabalho que usualmente é empregada, tanto pelos tribunais, quando pelos advogados. Analisando as diferenças entre os sistemas de *common law* e de *civil law* no que concerne à metodologia de trabalho com precedentes, com base em estudo específico realizado por MacCormick e Summers, Mello (2005, p. 190) afirma que foram identificados pelos referidos autores, dentre outros, os seguintes pontos de distinção quanto ao manejo de precedentes em países de do *civil law*:

- (a) publicação das decisões, com escasso detalhamento dos fatos e da fundamentação; (b) ausência de análise detalhada do precedente a ser aplicado e do caso concreto à luz dos *material facts*; (c) não diferenciação entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*; (d) não desenvolvimento de uma metodologia de distinção entre precedentes já fixados e novos casos trazidos para julgamento; (e) insuficiência de um único precedente para gerar vinculação, sendo necessária a *line of precedentes*; (f) superação ou distinção de precedentes sem sequer mencionar o fato ou fundamentá-lo.

Uma pesquisa empírica comprovaria todos esses equívocos na metodologia de trabalho com precedentes nos nossos tribunais brasileiros. Quem tem alguma experiência prática, ainda que não disponha de dados empíricos, com certeza afirmará que os tribunais brasileiros decidem exatamente como foi enunciado. O desafio, portanto, é mudar essa realidade. Com a adequada utilização das técnicas de proclamação, aplicação, superação e distinção dos precedentes, especificadas no capítulo anterior, o trabalho poderá ser menos árduo.

Devemos alertar, não obstante sejamos otimistas com a efetiva possibilidade de haver brusca alteração na forma de julgamentos pelas Cortes Supremas, que o CPC/2015 poderia ter avançado muito mais. Nesse contexto, o art. 941 do CPC/2015 estabelece: “Proferidos

os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor”. Isso favorece a formação das decisões mediante simples soma de votos, sem discussão adequada da interpretação que deve prevalecer e deverá ser utilizada como precedente. Como denuncia Marinoni (2015b, p. 126), essa técnica é válida para os tribunais intermediários, não para as Cortes Supremas. Outrossim, foi mantido o pedido de vista (CPC/2015, art. 940), que “quebra o desenvolvimento da discussão colegiada (...) [que] supõe que os julgadores estejam preparados para discutir e decidir desde o início do julgamento” (MARINONI, 2015b, p. 106).

Com efeito, para um julgamento perante uma Corte Suprema não existe necessidade inexorável de prévio voto escrito, notadamente porque o voto pode ser modificado até a proclamação do resultado, salvo aquele já proferido por juiz afastado ou substituído (CPC/2015, art. 941, § 1º). Aqui, é oportuno repetir o que já mencionamos ao longo deste estudo: “O relator deve redigir um projeto de julgamento e uma proposta de voto, um convite à discussão e não um convite à adesão” (MARINONI, 2015b, p. 105). Uma boa solução para esses entraves está na adoção, pelas Cortes Supremas, de forma generalizada, da técnica prevista para o procedimento de julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos (CPC/2015, art. 1.037, inciso D), que prevê a necessidade de, na decisão de afetação, haver identificação precisa da questão – fático-jurídica, resalte-se e levando em conta tudo o que foi delimitado até aqui, embora não haja essa exigência no dispositivo – que será submetida a julgamento. Mediante o conhecimento prévio disso, os ministros podem se preparar para discutir a interpretação jurídica que deve ser dada à questão afetada para julgamento e que formará precedente.

4.5. O microsistema de formação de precedentes obrigatórios/vinculantes para solução de casos repetitivos

“Na sociedade atual, caracterizada pela crescente complexidade das relações jurídicas, há um enorme agigantamento na quantidade de litígios (...). Tais litígios exigem soluções rápidas e eficazes, não se justificando mais a adoção dos instrumentos tradicionais de condução dos processos judiciais” (CUNHA, 2009, p. 237). Este movimento, caracterizado como a terceira onda renovatória do acesso à justiça, pressupõe a adequação dos instrumentos processuais, notadamente porque “a visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva” (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 51).

Nesse cenário, o problema deveria ser adequadamente resolvido através da tutela coletiva. Contudo, não obstante a existência de vários regramentos nessa área específica, o fato é que as ações coletivas não são utilizadas na proporção que deveriam para tutela dos direitos coletivos. Cunha (2011, 270-271) aponta, ademais, que a tutela coletiva é insuficiente para resolver todas as questões de massa, indicando três motivos principais que justificam sua constatação: a) a quantidade insuficiente de associações para a propositura de ações, acarretando sobrecarga ao Ministério Público, que passou, na maioria das vezes, a ser o autor das ações coletivas; b) a não admissão das ações coletivas em alguns casos, tais como matéria tributária; e c) a restrição da eficácia subjetiva da coisa julgada, tanto porque somente atinge os legitimados coletivos observada a limitação territorial, contrariando a essência do processo coletivo, que visa concentrar toda a discussão numa única causa, quanto em razão de sua extensão somente poder beneficiar, o que não impede a propositura das demandas individuais.

Pois bem. O CPC/2015 estabeleceu um microsistema para resolução dos casos repetitivos. Especificamente no que tange ao tema objeto do nosso estudo, estabeleceu:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: (...)

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (...)

Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I - incidente de resolução de demandas repetitivas;

II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

Como adverte Almeida (2014, p. 177), “ponto extremamente sensível e tormentoso desse modelo processamento recursal [recursos extraordinário e especial repetitivos] é o identificado na seleção do recurso representativo da controvérsia. Não há uma definição objetiva e uma exigência de fundamentação para apontar a razão pela qual a escolha recaiu sobre um recurso e não sobre outro”⁹⁵. Didier Júnior et al. (2015, p. 465) asseguram, no entanto, que

⁹⁵ Parte dos problemas apontados são solucionados pelas seguintes disposições normativas, previstas no CPC/2015: Art. 979. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

§ 1º Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro.

§ 2º Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterá, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.

§ 3º Aplica-se o disposto neste artigo ao julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário. (...)

Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça. (...)

§ 6º Somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida.

“no bojo desses incidentes [resolução de demandas repetitivas e recursos extraordinário e especial repetitivos], todos os argumentos contrários e favoráveis à tese jurídica discutida deverão de ser enfrentados. O contraditório é ampliado, com audiências públicas e a possibilidade de participação de *amicus curiae*”.

Considerando que foi conferida eficácia obrigatória/vinculante às decisões proferidas no incidente de resolução de demandas repetitivas e no julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, impõe-se reconhecer que devem ser observadas as regras de formação de precedentes na prolação das referidas decisões. Diante disso, deve-se ter constante atenção com as decisões plurais, nas quais, embora haja consenso quanto à solução que deve ser dada ao caso, não há maioria na definição da fundamentação/interpretação que determinou o julgamento.

(...) em um julgamento colegiado pode acontecer que os juízes que integram a câmara ou turma de julgamento cheguem a um consenso sobre a solução a ser dada para o caso *sub judice* mas diverjam acerca das normas gerais que são concretizadas no caso em questão e justificam a solução adotada: Em uma corte de cinco juízes, não há *ratio decidendi* da corte a não ser que três pronunciem a mesma *ratio decidendi* (BUSTAMANTE, 2012, p. 272).

Como assevera Tucci (2004, 178), “Quando a fundamentação divergente descortina-se incompatível [no caso de votos convergentes no dispositivo e discordantes na motivação], tem-se uma decisão despida de *discoverable ratio*, e, portanto, não vinculante no que concerne à solução do caso”.

Com efeito, não podemos reduzir o discurso do sistema de precedentes a uma pauta de isonomia forçada a qualquer custo, que tem em mira, apenas, a geração de uma eficiência quantitativa. Precedentes não podem ser formados com superficialidade e aplicados mecanicamente. Devemos, não obstante a imensidade de decisões que desconsideram completamente as premissas sugeridas neste estudo, exaltar decisões em que é adequadamente observado o sistema de formação de precedentes.

Pois bem. Estamos nos referindo às decisões nas quais o STJ enfrentou o tema 710 dos recursos especiais repetitivos⁹⁶. Foram afetados para julgamento recursos interpostos em ação individual e em demanda coletiva. Os julgamentos foram precedidos de audiência pública. Além disso, foi permitida a participação de diversos interessados na condição de *amicus curiae*. As decisões enfrentaram todos os argumentos a favor e contra a tese firmada, resolvendo todas as questões acerca da licitude do sistema *credit scoring*, inclusive com a definição precisa das hipóteses em que o desrespeito aos limites legais na utilização do sistema *credit scoring* determinam responsabilidade civil – com o reconhecimento de que esta é objetiva

⁹⁶ REsp 1.419.697/RS, Rel.: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 2ª Seção, j. 12/11/2014; e REsp 1.457.199/RS, Rel.: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 2ª Seção, j. 12/11/2014.

e solidária – e necessidade de reparação de danos morais – com o reconhecimento de que, em determinados casos que foram assentados, os danos morais são *in re ipsa*.

Contudo, também não podemos deixar de criticar a edição da súmula 550 do STJ⁹⁷. Não havia necessidade de edição da súmula, bastando, para resolução de casos futuros, ser feita referência aos precedentes⁹⁸ que enfrentaram o tema 710 dos recursos especiais repetitivos do STJ. Além disso, foi utilizado como precedente para edição da súmula 550 do STJ, o AgRg no AREsp 318.684/RS⁹⁹, no qual a questão acerca da licitude do sistema *credit scoring* foi tratada como *obiter dictum*, isso porque houve o reconhecimento da improcedência da pretensão à reparação de danos morais em razão da existência de diversas anotações desabonadoras ao crédito do autor da demanda. Com efeito, o que deve ficar claro é que a súmula, havendo precedente, é completamente desnecessária, conforme já foi mencionado.

4.6. O desafio da racionalidade diante do dilema da complexa existência humana

Foi sustentada, em apertadíssima síntese, a necessidade de observância obrigatória dos precedentes como forma de garantir racionalidade ao direito. Contudo, a existência humana é muito mais complexa do que a mais aprimorada teoria pode tentar sistematizar. Ciente disso, após apreciar de forma exaustiva as teorias da argumentação de Perelman, Toulmin, Neil MacCormick e Robert Alexy, visando expor um projeto para sua teoria da argumentação jurídica, Atienza assim se manifesta:

(...) na minha opinião, a teoria da argumentação jurídica teria de se comprometer com uma concepção – uma ideologia política e moral – mais crítica com relação ao Direito dos Estados democráticos, o que, por outro lado, poderia supor também adotar uma perspectiva mais realista. Quem tem de resolver um determinado problema jurídico, inclusive na posição de juiz, não parte necessariamente da ideia de que o sistema jurídico oferece uma solução correta – política e moralmente correta – desse problema. Pode muito ocorrer o caso de que o jurista – o juiz – tenha de resolver uma questão e argumentar a favor de uma decisão que é a que ele julga correta, embora, ao mesmo tempo, tenha plena consciência de que essa não é a solução a que o Direito positivo leva. O Direito dos Estados democráticos não configura necessariamente o melhor dos mundos imagináveis (embora seja o melhor dos mundos jurídicos existentes). (...) Com isso quero dizer o seguinte: na teoria padrão da argumentação jurídica, parte-se da distinção entre casos claros ou fáceis e casos difíceis; com

⁹⁷ A utilização de escore de crédito, método estatístico de avaliação de risco que não constitui banco de dados, dispensa o consentimento do consumidor, que terá o direito de solicitar esclarecimentos sobre as informações pessoais valoradas e as fontes dos dados considerados no respectivo cálculo.

⁹⁸ Deles consta, expressamente, a proclamação das seguintes teses: 1) O sistema “credit scoring” é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito) (...) 4) Apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas.

⁹⁹ Informação disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?processo=550&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 02 dez. 2015.

relação aos primeiros, o ordenamento jurídico fornece uma resposta correta que não é discutida; os segundos, pelo contrário, caracterizam-se porque, pelo menos em princípio, é possível propor mais de uma resposta correta que se situe dentro das margens permitidas pelo Direito positivo. Mas o que parece ficar excluído, com essa proposição, é a possibilidade de uma terceira categoria, a dos casos trágicos. Um caso pode ser considerado trágico quando, em relação a ele, não se pode encontrar alguma solução que não sacrifique algum elemento essencial de um valor considerado fundamental do ponto de vista jurídico e/ou moral (...). A adoção de uma decisão em tais hipóteses não significa enfrentar uma simples alternativa, mas um dilema (ATIENZA, 2014, p. 272/273).

Eis um exemplo que entendemos estar enquadrado na categoria de caso trágico: o pai percebe que o filho, a partir dos quatro anos de idade, passou a apresentar sintomas de uma doença; nenhum médico procurado, no entanto, consegue fazer o diagnóstico; diante disso, quando o filho já contava com 10 anos, o pai larga o emprego e busca o diagnóstico em Buenos Aires, na Argentina; lá, o filho é diagnosticado com uma doença rara (gangliosidose GN1 tipo 2); ao retornar ao Brasil, um médico afirma que não há o que fazer; o pai, inconformado com a resposta, começa a estudar a doença e se dedica exclusivamente a isso; o pai encontra um tratamento e se dedica integralmente à manutenção da vida do filho; contudo, para se dedicar exclusivamente ao filho, o pai teve um gasto de cerca de 149 mil reais à época, tendo contraído diversos empréstimos; além disso, o pai deixou de pagar o financiamento habitacional do imóvel no qual reside a família; em face disso, a instituição financeira que concedeu o empréstimo para aquisição do imóvel entrou com o processo para cobrança da dívida; após exercício do devido processo legal, o processo chegou na fase de expropriação e a família poderia ser despejada; numa audiência de conciliação após o trânsito em julgado da decisão que determinara o despejo, não obstante o pai tivesse explicado o ocorrido, foi sugerido, apenas, que houvesse solicitação de um prazo para pagamento e, nesse prazo, arrecadação do dinheiro para viabilizar a quitação da dívida, sob pena de despejo. O que fazer diante desse dilema? Simplesmente permitir a expropriação, conforme indicado pelo direito positivo e pelos precedentes?

Foi aí que a sensibilidade da juíza foi decisiva. Ela lembrou que, quando era juíza da Vara Criminal, havia arrecadação das penas pecuniárias em um fundo administrado pelo Poder Judiciário; ela pensou, então, em utilizar o dinheiro contido nesse fundo para quitar a dívida e evitar o despejo; o caso foi, então, inscrito como um projeto assistencial e a juíza da Vara Criminal, após parecer favorável do representante do Ministério Público, autorizou a utilização do dinheiro do fundo para quitação da dívida do pai com a instituição financeira¹⁰⁰.

¹⁰⁰ O caso foi notificado na Folha de São Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2010/06/753594-homem-contrai-dividas-para-estudar-doenca-do-filho-e-justica-evita-despejo-em-curitiba.shtml>>. Acesso em: 14 ago. 2015.

Embora a decisão possa ser taxada apenas de criativa, não tendo sido deliberadamente contrariado o direito positivo, o fato é que a juíza se envolveu com o caso, o que, de pronto, determinaria a impossibilidade de ela continuar atuando no feito.

O que pretendemos esclarecer é que o juiz, diante de um dilema – um caso trágico –, pode adotar a decisão que reputa correta, mesmo ciente de que estará desrespeitando uma norma válida ou um precedente obrigatório. A hipótese é de superabilidade prática das normas, por meio da qual se admitem decisões que vão contra o que está expressamente estabelecido, desde que a decisão seja justificada pelas suas consequências.

O reconhecimento dessa possibilidade de superabilidade prática, contudo, não determina negação de tudo que foi construído neste estudo. O que não pode ocorrer, conforme foi amplamente sustentado neste estudo, é o juiz simplesmente ignorar as normas positivadas e os precedentes obrigatórios, agindo como se não existissem. Isso é irracionalidade e precisa ser combatido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O juiz exerce poder criativo, isso em razão de adaptar as leis às novas realidades, aplicar princípios, exercer o controle de constitucionalidade e resolver o caso concreto. Os princípios e os conceitos jurídicos indeterminados são expressões de teor flexível, com elasticidade de conceitos peculiar, permitindo ao intérprete agregar valor diante da inexatidão conceitual trazida pela norma. Diante disso, em determinadas oportunidades, o sentido da norma terá que ser fixado pelo juiz. Isso não permite, no entanto, que o magistrado decida de acordo com sua vontade, já que o ato de decidir não equivale ao ato de fazer uma escolha.

Nesse cenário, como o juiz tem o dever de fundamentar adequadamente suas decisões (CRFB/88, art. 93, inciso IX), estaria afastada a possibilidade de arbitrariedade e de subjetivismos. Todavia, a simples exigência de fundamentação, apesar de essencial, já não é suficiente, isso porque, ao se exigir apenas decisão fundamentada, concede-se carta branca ao magistrado, que poderá decidir livremente, pois não encontrará maiores dificuldades para buscar fundamentação em princípios. A decisão judicial, nesse novo panorama em que o juiz interpreta os textos jurídicos, além de ser fundamentada, deve observar a coerência. O magistrado tem o dever jurídico e moral de demonstrar que suas decisões decorrem do direito preexistente e que, mesmo diante de uma situação absolutamente inédita, os fundamentos usados para solução do caso estão em sintonia com princípios gerais aceitos pela comunidade. Como situações fático-jurídicas semelhantes devem gerar soluções semelhantes, exige-se que a decisão judicial tenha preocupação com os ideais de igualdade de tratamento e de universalização dos seus fundamentos.

Com efeito, a ordem jurídica deve ser coerente, tendo em vista que, como é óbvio, não é formada apenas pelas leis, mas, também, pelas decisões judiciais. Essas decisões devem, ademais, ser previsíveis, notadamente em razão da necessidade de o homem ter segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. É necessário termos a consciência de que um processo não envolve apenas papéis; nele são depositadas as mais variadas aspirações e esperanças das pessoas. Diante disso, quando o magistrado, num certo caso, decide de determinada maneira, outros cidadãos passam a acreditar que, ao ajuizarem demandas contendo o mesmo contexto fático-jurídico, terão decisões similares. Diante de uma decisão, especialmente quando emanada das Cortes Supremas (STF e STJ), a sociedade acredita que outros casos podem/devem ser decididos no mesmo sentido.

Os precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça devem ser considerados obrigatórios, especialmente em razão das atribuições que lhes foram

conferidas pela CRFB/88. Os precedentes dos Tribunais de Justiça que tratam de direito local, via de regra, também devem ser considerados obrigatórios e vinculantes. O sistema de precedentes é ligado à previsão de uma estrutura recursal, que impõe uma hierarquia na concretização do direito. Diante disso, mesmo que um tribunal tenha sido idealizado para fixar a interpretação ou a construção de normas sobre determinada matéria, caso exista a previsão de recursos de suas decisões, o tribunal competente para decidi-los, nos limites em que o for, gera precedentes obrigatórios superiores aos daquele.

Com efeito, é errônea a ideia de que somente a lei pode conferir eficácia vinculante às decisões judiciais emanadas de determinado tribunal. O precedente impõe observância obrigatória pela autoridade que ele representa. O Supremo Tribunal Federal tem a tarefa de dizer o sentido e alcance da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, inclusive com efeito vinculante (CRFB/88, arts. 102 e 103-A), enquanto que o Superior Tribunal de Justiça tem o papel de orientar como deve ser interpretada a legislação infraconstitucional federal e a tarefa de unificar a jurisprudência pátria (CRFB/88, art. 105). Isso revela que o sistema judiciário, instituído pela CRFB/88, foi criado para ser uniforme, refutando contradições entre os órgãos que o compõem.

Os tribunais devem observar aos seus precedentes no plano horizontal, notadamente porque, ainda que dividido em vários órgãos, constitui uma unidade, devendo, pois, adotar uma única posição acerca da mesma questão fático-jurídica. Já a obrigatoriedade de observância aos precedentes no plano vertical decorre da necessidade de conferir racionalidade às decisões judiciais, igualdade entre os sujeitos que recorrem à resolução de suas querelas perante o Poder Judiciário e de haver previsibilidade e efetividade nas decisões judiciais.

O CPC/2015 indicou, de forma não exaustiva, as decisões que gozam de força vinculante no ordenamento jurídico brasileiro. Em reforço à compreensão, extraída da interpretação sistemática de todo o ordenamento jurídico, de que os precedentes das Cortes Supremas possuem eficácia vinculante, foi instituída, nesse cenário, eficácia obrigatória/vinculante a determinados precedentes através de previsão normativa.

Reconhece-se, nesse cenário, que a previsão de vinculatidade dos precedentes no plano normativo, especialmente em nível constitucional, garantiria uma maior aceitabilidade da necessidade de observância obrigatória aos precedentes, especialmente pelos membros do Poder Judiciário. Nesse sentido, no próprio Supremo Tribunal Federal existe resistência à tese que confere eficácia obrigatória às decisões que reconhecem a inconstitucionalidade em controle difuso. Essa resistência, aliás, ficou evidenciada quando do julgamento da Reclamação

4.335/AC. Entendemos, no entanto, que a regra do art. 52, inciso X, da CRFB/88, não constitui entrave ao reconhecimento do precedente com eficácia obrigatória.

Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei, o STF deve notificar o Senado Federal, a quem compete, privativamente, suspender a execução, no todo ou em parte, da lei que foi declarada inconstitucional. A suspensão, se implementada pelo Senado Federal, gerará efeitos no plano extrajudicial, ou seja, atingirá indistintamente todos os cidadãos. Contudo, reconhecer que compete ao Senado Federal suspender a execução da lei declarada inconstitucional não permite concluir que a decisão proferida pelo STF, ainda que em controle difuso de constitucionalidade, não tenha que ser respeitada pelos julgamentos posteriores, tanto no STF como em qualquer outro tribunal e por qualquer outro juiz de base. Aos cidadãos que levam seus pleitos para resolução pelo Poder Judiciário deve ser assegurada a igualdade de tratamento.

Nesse contexto, ao que parece, a discussão travada no STF quando do julgamento da Reclamação 4.335/AC teve em foco mais a questão do cabimento da reclamação contra precedente do que a discussão acerca da eficácia da decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade. Diante disso, não se deve permitir a veiculação de reclamação contra ato, judicial ou não, que deixe de aplicar ou aplique equivocadamente o precedente judicial vinculante. Esse tipo de previsão está na contramão do estabelecimento do precedente como fonte e de uma construção dialética e democrática de normas jurídicas, estabelecendo a corte de precedentes como único órgão que teria algo de relevante a falar sobre o precedente judicial obrigatório. Assim como acontece quando se aplica mal a lei, o ato judicial que se nega a aplicar o precedente judicial ou que o aplica equivocadamente deve ser corrigido por recurso. Aliás, foi nesse sentido que caminhou a Lei nº 13.256, de 4 de fevereiro de 2016, que alterou o CPC/2015, para, dentre outras mudanças, estabelecer ser inadmissível a reclamação, proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, ou ainda de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

A norma advinda de um precedente judicial não possui sua estrutura básica distinta de qualquer outra norma. Nessa perspectiva, deve ser compreendido que a *ratio decidendi* possui uma hipótese fática abstrata. Entretanto, a hipótese fática do precedente judicial é dotada de maior flexibilidade, sendo moldada caso a caso, vindo a se tornar, paulatinamente, mais bem definida. A construção da norma do precedente, portanto, é paulatina e dialética. Trata-se de um trabalho constante de construção e reconstrução. A aplicação do precedente pressupõe análise do contexto fático-jurídico em que ele foi construído. Ademais, mediante a

correta utilização das técnicas de distinção e superação dos precedentes, são asseguradas integridade e coerência às decisões judiciais.

Ao assumirem as funções de Cortes Supremas, o STF e o STJ precisam modificar a forma de decidir. Antes de cada votação, deve haver destaque das questões que deverão ser enfrentadas pelo colegiado. Quando se almeja a definição da *ratio decidendi*, é indispensável que haja prévia definição do objeto do julgamento. É imprescindível, pois, que, antes do julgamento colegiado, o relator delimite os fatos do caso e os fundamentos de direito que serão discutidos. Nesse contexto, é importante perceber que não existe vedação constitucional a que o STF e o STJ examinem fatos, notadamente quando a causa é composta de um todo em que se misturam e implicam-se mutuamente alegações fático-jurídicas. Sem o exame de fatos não há como trabalhar com precedentes. O que o STF e o STJ não podem fazer é reexaminar a prova dos autos, a fim de outorgar nova valoração probatória aos fatos, isto é, não podem proceder à nova valoração da prova.

Insista-se: o STF e o STJ devem ser compreendidos como Cortes Supremas. Em face disso, a função desses tribunais não deve ser apenas de controle e cassação, sendo necessário que eles exerçam uma função interpretativa do direito, com a preocupação voltada não somente para resolução do caso concreto, mas, especialmente, para formação de precedentes vinculantes/obrigatórios que garantam adequada interpretação aos textos legais e unidade ao direito. Diante disso, é necessária preocupação não só com a proclamação do resultado – dizer quem venceu mediante soma de entendimentos que, mesmo detendo fundamentos distintos, levam à mesma conclusão – mas com o anúncio da *ratio decidendi*.

Nessa perspectiva, não se desconhece que, nos países de tradição do *cammon law*, nos quais as Supremas Cortes se preocupam com a formação de precedentes, essas não declaram a *ratio decidendi*, sendo dos tribunais inferiores a função de, diante dos novos casos, delimitar a extensão e aplicabilidade do precedente. Contudo, até mesmo em razão de não estar consolidada uma teoria dos precedentes brasileiros, e levando em consideração que os juristas nacionais não estão acostumados com a sistematização dos precedentes e com a investigação dos fundamentos para desvelar o precedente, é uma proposta viável a que impõe ao tribunal o dever de proclamar a *ratio*. Isso, todavia, não impede que os juízes e tribunais interpretem os precedentes para concluir que é caso de distinção ou mesmo de não aplicação ao caso em julgamento.

Para superação do precedente deve ser exigida, sempre, fundamentação forte, adequada, coerente e que se imponha pela envergadura dos argumentos utilizados. Com efeito, os motivos para superação do precedente se sobrepõem aos que justificam a sua permanência,

havendo necessidade, no entanto, de preservar a confiança legítima que os cidadãos depositam nos precedentes anunciados pelo Poder Judiciário, pois é com base neles que pautam suas condutas e convivência em sociedade. Diante disso, e em consonância com a ideia de que compete ao tribunal, além de decidir o caso, proclamar a *ratio decidendi*, o tribunal também deve, quando superar um precedente, definir, de forma clara e objetiva, a eficácia temporal da superação.

Nos casos em que a coisa julgada se formou antes da proclamação da *ratio* (= formação do precedente) pelo tribunal competente, devem ser aplicadas as seguintes conclusões: (a) o STF e o STJ são os intérpretes institucionais da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional federal, devendo os seus precedentes ser observados por todo o Poder Judiciário; (b) a eficácia do precedente não está submetida à formação de coisa julgada, dependendo, apenas, de publicação – não pode ser confundido o instituto do precedente, voltado à tutela do direito numa dimensão geral, com o da coisa julgada, que tutela o direito numa dimensão particular; (c) não cabe ação rescisória de julgado fundamentado em corrente jurisprudencial majoritária existente à época da formalização do acórdão rescindendo no tribunal superior competente, mesmo se este entendimento for posteriormente consolidado em sentido inverso, sendo aplicável, nesse caso, a súmula 343 do STF; e (d) cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição constitucional ou infraconstitucional federal, quando a decisão rescindenda se baseou em interpretação controvertida nas instâncias intermediárias, tendo, o STF ou o STJ, respectivamente, firmado, posteriormente, orientação em sentido contrário, respeitadas suas competências constitucionais, bem como o prazo decadencial para manejo da ação rescisória.

Num sistema que reconhece a eficácia vinculante dos precedentes, o alargamento do contraditório é essencial, permitindo-se aos sujeitos parciais contribuir efetivamente para a formação do precedente judicial, incrementando a legitimidade da jurisdição e evitando que o precedente se forme de forma irrefletida ou carente de argumentação exauriente. Inclusive, faz-se indispensável a permissão de intervenção de terceiros que possam contribuir substancialmente para a solução das questões jurídicas importantes. Além disso, deve-se permitir aos sujeitos parciais, ao menos, a possibilidade de argumentar por uma interpretação da *ratio* que lhe seja mais favorável, por uma distinção, ou ainda, pela superação do precedente, desde que com razoabilidade. O precedente obrigatório, enquanto fonte do direito, precisa ter sido debatido entre as partes e, caso seja conhecido de ofício pelo magistrado, deve ser obedecido o dever de consulta (CPC/2015, art. 10).

O CPC/2015 contém os elementos normativos suficientes para formação de uma teoria de resolução de conflitos através dos precedentes. O art. 926 do CPC/2015 estabelece: “Os

tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Não obstante o enunciado faça referência à jurisprudência, é perfeitamente possível extrair do preceito, através de um esforço interpretativo, a instituição do dever de observância obrigatória/vinculante aos precedentes judiciais. Como os tribunais não podem, em face do dever de uniformizar a jurisprudência, manter duas ou mais orientações simultaneamente, fica clara a conferência de eficácia obrigatória/vinculante aos precedentes.

Com efeito, embora a estabilidade seja a tônica, não se afasta a possibilidade de alteração de entendimento considerando certas diferenças temporais. A superação do precedente, ou o afastamento da sua aplicação por distinção (*distinguishing*), são posturas perfeitamente possíveis, desde que haja justificativa adequada pelo tribunal competente, bem como preocupação com a consistência e com a racionalidade. É necessário respeitar a atuação anterior, pois os pronunciamentos num determinado sentido geram expectativas nos jurisdicionados no que tange à linha de argumentação seguida pelo tribunal. Além disso, qualquer mudança de posicionamento (*overruling*) deve ser justificada adequadamente e ter a eficácia modulada em respeito à segurança jurídica (dever de estabilidade).

Não defendemos a possibilidade de a hermenêutica conduzir a apenas uma única decisão correta. A partir do mesmo contexto fático-jurídico, é possível extrair mais de uma norma concreta, especialmente em casos que reclamam altas divergências não só jurídicas, mas também culturais. Na construção de sentido para cláusulas abertas ocorre o mesmo fenômeno. Dois juízes podem, nessa perspectiva, e de forma absolutamente racional, justificar interpretações antagônicas. Posições diferentes contribuem para a própria evolução do direito. Contudo, não é racional pretender manter a posição divergente quando os tribunais encarregados em conferir a adequada interpretação às normas constitucionais e infraconstitucionais federais já se posicionaram a respeito, eliminando o cenário que possibilitou as interpretações divergentes. Diante disso, a argumentação dotada de racionalidade não supre a necessidade de haver racionalidade na aplicação do direito pelo Poder Judiciário.

Na formação do precedente, para garantir integridade e coerência, deve-se ter como norte a possibilidade de universalização da decisão. A justificação da decisão pela universalidade agrega valor à teoria dos precedentes, justamente porque engloba, além do princípio da igualdade ou da segurança jurídica, a pretensão de racionalidade às decisões judiciais.

O CPC/2015 avança sobremaneira na positivação do sistema de precedentes brasileiro. Todavia, não adianta entregar um carro de Fórmula 1 – modalidade mais avançada do esporte automobilístico – para um piloto amador; o resultado será desastroso. Para extrair o melhor do carro de Fórmula 1 é necessário que o aspirante a piloto passe por um longo preparo

prévio, treine muito, submeta-se a diversos testes, bem como que, quando admitido como piloto profissional, tenha extrema dedicação e responsabilidade. Com o CPC/2015 poderá acontecer isso: um “carro de Fórmula 1” na mão de piloto(s) amador(es). Muitos operadores jurídicos aprenderão a conduzir com o “carro em movimento”.

Para adequada capacitação dos futuros operadores do direito, considerando a perspectiva de atuação num sistema de precedentes, também é imperativa uma transformação no ensino jurídico, a fim de propiciar ao aluno a investigação e o raciocínio, com forte estímulo à pesquisa dentro e fora da sala-de-aula, favorecendo, assim, um avanço no pensamento dogmático e um aprofundamento da compreensão da realidade jurídica e social. O método de ensino deve mudar. A investigação deve ser baseada em problema. Para tanto, é indispensável que o professor também mude radicalmente sua abordagem e se capacite para esse novo desafio. Devem ser desenvolvidos métodos pedagógicos participativos, que sejam capazes de provocar reações no discente, retirando-o da condição de mero receptor do conhecimento. O aprendizado deve ser estimulado através do raciocínio e não da mera reprodução.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ALMEIDA, Marcelo Pereira de. **Precedentes judiciais**: análise crítica dos métodos empregados no Brasil para a solução de demandas de massa. Curitiba: Juruá, 2014.

ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. **Ativismo judicial & teoria dos precedentes**: integração dos poderes e coerência nas decisões do Judiciário. Curitiba: Juruá, 2015.

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

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. CUPERTINO, Maria Cristina Guimarães (Trad.). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie; et al. (Coord.). **Precedentes**. Salvador: JusPODIVM, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, v. I, n. 6, set. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2014.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 01 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

_____. Novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional. *In*: NOVELINO, Marcelo (Coord.). **Leituras complementares de direito constitucional**: teoria da constituição. Salvador: JusPODIVM, 2009.

_____. Jurisdição Constitucional: A tênue fronteira entre o Direito e a política. **Migalhas**. 5 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

BASTOS, Antonio Adonias; e KLIPPEL, Rodrigo. **Manual de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de precedentes e organização judiciária. *In*: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

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

_____. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; et al. (Coord.). **Precedentes**. Salvador: JusPODIVM, 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 38, n. 221, jul./2013, p. 14-48.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. **Revista dos Tribunais**. vol. 786/2001, p. 108-128, abr./2001. Acesso na versão *on-line*.

_____. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. NORTHFLEET, Ellen Gracie (Trad.). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Trad.). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

COUTURE, Eduardo. **Os mandamentos do advogado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1979.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. As causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhes seja próprio. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Pouso Alegre, v. 25, n. 2, p. 236-268, jul./dez. 2009.

_____. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo código de processo civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; ARAÚJO, José Henrique Mouta; KLIPPEL, Rodrigo (Coord.). **O projeto do novo Código de Processo Civil**: Estudos em homenagem ao Prof. José de Albuquerque Rocha. Salvador: JusPODIVM, 2011.

DIMOULIS, Dimitri. A relevância prática do positivismo jurídico. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte. n. 102, jan./jun.2011, p. 215-253.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. CAMARGO, Jefferson Luiz (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. v. 1. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. v. 2. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; e BICALHO, Guilherme Pereira Dolabela. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 48, n. 189, jan./mar. 2011, p. 105-131. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 12 jul. 2014.

FUX, Luiz. A súmula vinculante e o superior tribunal de justiça. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, ano 8, n. 28, abr./jun. 2005, p. 27-30. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/9150>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

GARCIA, André Luis Bitar de Lima. A ausência de um sistema de precedentes no NCPC: Uma oportunidade perdida. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; ARAÚJO, José Henrique Mouta; KLIPPEL, Rodrigo (Coord.). **O projeto do novo Código de Processo Civil: Estudos em homenagem ao Prof. José de Albuquerque Rocha**. Salvador: JusPODIVM, 2011.

GRANJEIRA, Julianna. Homem contrai dívidas para estudar doença do filho, e Justiça evita despejo em Curitiba. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 19 jun. 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2010/06/753594-homem-contrai-dividas-para-estudar-doenca-do-filho-e-justica-evita-despejo-em-curitiba.shtml>>. Acesso em: 14 ago. 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini; et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. SETTE-CÂMARA, Antônio de Oliveira (Trad.). 2. tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. MACHADO, João Baptista (Trad.). 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEITE, Glauco Salomão. **Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira**. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Paulo, 2007. Disponível em <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=5105>. Acesso em: 10 dez. 2015.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: JusPODIVM, 2014.

_____. O Novo Código de Processo Civil e a sistematização em rede dos precedentes judiciais. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; et al. (Coord.). **Precedentes**. Salvador: JusPODIVM, 2015.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. MENDES, Conrado Hübner (Trad.). Rio de Janeiro, Elsevier, 2008.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Os precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro**. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Pernambuco. Programa de Pós-Graduação em Direito, Recife, 2014.

_____. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie; et al. (Coord.). **Precedentes**. Salvador: JusPODIVM, 2015a.

_____. Contributo para a definição da *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie; et al. (Coord.). **Precedentes**. Salvador: JusPODIVM, 2015b.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes: natureza: eficácia: operacionalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; e ARENHART, Sergio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: JusPODIVM, 2010.

_____. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Cultura e previsibilidade do direito. **Revista de Processo**. vol. 239/2015, p. 431-450, Jan./2015a. Acesso na versão *on-line*.

_____. **Julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015b.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; et al. A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: caracterização, limitações, possibilidade. **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**, vol. 16, n. 2, mai.-ago. 2011, p. 207-221. Disponível em: <www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/3281/2064> Acesso em: 10 dez. 2015.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 7. reimpressão, 1999.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação: instrumentos do *stare decisis* e prática constitucional brasileira. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 241: 177-208, jul./set. 2005.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2013.

NUNES, Dierle; e HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; et al. (Coord.). **Precedentes**. Salvador: JusPODIVM, 2015.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: JusPODIVM, 2015.

_____. **O Homem-Aranha e a teoria dos precedentes: com grandes poderes vêm grandes responsabilidades**. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/o-homem-aranha-e-a-teoria-dos-precedentes-com-grandes-poderes-vem-grandes-responsabilidades/>>. Acesso em: 26 jan. 2016.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

ROCHA, José de Albuquerque. **Súmula vinculante e democracia**. São Paulo: Atlas, 2009.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Pesquisa empírica e estado de direito**: a dogmática jurídica como controle do poder soberano. In: Anais do XV Congresso Nacional de Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), 2006, Manaus. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/teoria_do_direito_jose_rodrigo_rodriguez.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2015.

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

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Processo constitucional**: Nova concepção de jurisdição. Rio de Janeiro: Método, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 21, março, abril, maio, 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rere-21-marco-2010-ingo-sarlet.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; e SARMENTO, Daniel (Org.) **A constitucionalização do Direito**: Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

SILVA, Lucas Cavalcanti da. Controle difuso de constitucionalidade e o respeito aos precedentes do Supremo Tribunal Federal. In: **Processos Coletivos**. Porto Alegre: Publicação dos

Grupos de Pesquisa “Processos Coletivos” e “Jurisdição, Instrumentalidade e Efetividade do Processo”, da Faculdade de Direito da PUCRS, v. 2, no. 2, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/revista-eletronica/24-volume-2-numero-2-trimestre-01-04-2011-a-30-06-2011/116-controle-difuso-de-constitucionalidade-e-o-respeito-aos-precedentes-do-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em: 08 jul. 2014.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro, Forense, 2006.

_____. Justiça da lei e justiça do caso. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 104, v. 400, nov.-dez. 2008, p. 189-205.

STRECK, Lenio Luiz; e ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Súmulas, vaguezas e ambiguidades: necessitamos de uma “teoria dos precedentes”? **Direito fundamentais e justiça**. n. 5, out./dez. 2008, p. 162-185. Disponível em: <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/5_Doutrina_7.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2015.

_____. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. *In*: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luis; e TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

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

_____. Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC! **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 21 out. 2013b, Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>>. Acesso em: 12 jun. 2015.

_____. Justiça entre exegetismo e decisionismo: o que fazer? **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 27 mar. 2014a, Coluna Senso Incomum. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-27/senso-incomum-justica-entre-exegetismo-decisionismo>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

_____. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014b.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. **Precedente judicial**: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TARUFFO, Michele. Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. ano LV. n. 1. Mar./2001. Milano: Giuffrè Editore, 2001.

_____. Precedente e jurisprudência. TEFFÉ, Chiara de (Trad.). **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em: 12 fev. 2015.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Racionalidade das decisões judiciais**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

TRINDADE, André Karam. Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luis; e TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TUROLLO JÚNIOR, Reynaldo. Acusado precisa de sorte para reverter condenação no TJ-SP, indica estudo. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 26 out. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/10/1698478-estudo-indica-que-camara-do-tribunal-de-justica-paulista-mais-nega-recurso.shtml>>. Acesso em: 12 nov. 2015.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2. ed. rev., ampl., alterada. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: JusPODIVM, 2015.