

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

WILLIAM GERALDO AZEVEDO

O SISTEMA DE PRECEDENTES E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:
Continuidade ao desenvolvimento do direito

FLORIANÓPOLIS

2015

WILLIAM GERALDO AZEVEDO

**O SISTEMA DE PRECEDENTES E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:
Continuidade ao desenvolvimento do direito**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Dr. Pedro Miranda de Oliveira.

FLORIANÓPOLIS – SC

2015

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

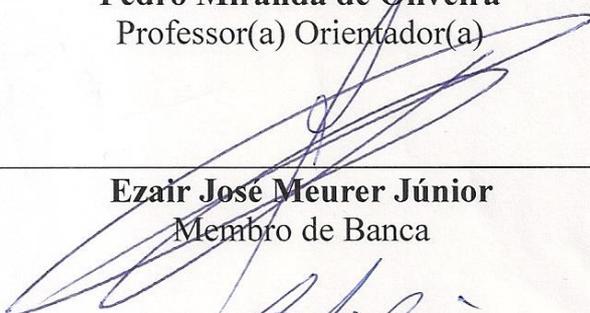
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**O sistema de precedentes e o Novo Código de Processo Civil: continuidade ao desenvolvimento do direito.**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **William Geraldo Azevedo**, defendido em **09/07/2015** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

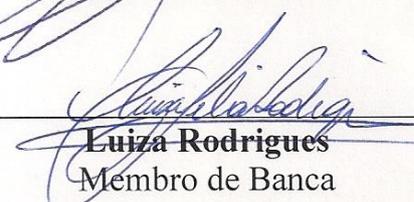
Florianópolis, 9 de julho de 2015.



Pedro Miranda de Oliveira
Professor(a) Orientador(a)



Ezair José Meurer Júnior
Membro de Banca



Luiza Rodrigues
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): William Geraldo Azevedo

RG: 4461439 SSP/SC

CPF: 065.504.229-65

Matrícula: 10100140

Título do TCC: O sistema de precedentes e o Novo Código de Processo Civil: continuidade ao desenvolvimento do direito.

Orientador(a): Pedro Miranda de Oliveira

Eu, **William Geraldo Azevedo**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 9 de julho de 2015.

Assinatura manuscrita de William Geraldo Azevedo em tinta azul, sobre uma linha horizontal.

William Geraldo Azevedo

AGRADECIMENTOS

Indispensável se faz, em um momento como esse, agradecer não apenas àqueles que contribuíram diretamente para a execução deste trabalho, mas a todos os que estiveram ao meu lado e me apoiaram de uma maneira ou de outra durante toda a caminhada para chegar até aqui.

Primeiramente, a Deus, por todas as bênçãos recebidas ao longo da minha vida, pela proteção, força e sabedoria.

Aos meus pais, Elisabet Luzia Azevedo e José Carlos Azevedo, por serem meus exemplos, minha inspiração e quem eu admiro infinitamente. Por estarem sempre comigo, apoiando-me e incentivando-me e, constantemente, instigando-me a buscar mais e ir mais longe. Pelo amor incondicional e pela confiança em mim depositada e por todas as oportunidades que me proporcionaram. Essa vitória é de vocês também.

À minha namorada Simone B. Cavalheiro, igualmente, por estar presente nos momentos de descontração e nos difíceis, apoiar os objetivos por mim almejados e por despender, na maioria das vezes, tempo e energia no deslocamento da sua cidade ao meu encontro, porquanto a vida acadêmica rege-se por abstenções, nas quais ela fora completamente compreensível.

A toda minha família que, embora morando em outra cidade, sempre torceu por mim e acompanhou essa minha jornada.

A todos os amigos que fiz durante a trajetória acadêmica, por toda a ajuda prestada, debates travados, companheirismo e bons momentos vividos. Enfim, por compartilharem essa fase comigo e contribuírem para fazer dessa uma etapa maravilhosa da minha vida. Espero levar muitas dessas amizades para sempre.

Ao professor Pedro Miranda de Oliveira que, devido à paixão pelo tema e pela sua metodologia de ensino moderna, correlacionando o conteúdo teórico com a prática forense, além de se aproximar dos alunos, despertou em mim a curiosidade e o gosto pelos estudos relacionados à matéria, por ter aceitado de pronto me orientar no presente trabalho e por ter exercido tão bem seu papel durante esses meses.

A todos os meus chefes e companheiros de estágio, que tanto contribuíram para a minha formação. Ao pessoal do gabinete do Desa. Sônia Maria Schmitz, por ensinarem os

primeiros passos da praxe forense. Agradeço especialmente a todos os amigos e procuradores que me relatei na Advocacia Geral da União, em especial, ao advogado Luciano Backer, meu muito obrigado por ter me ensinado e me mostrado a realidade do mundo jurídico.

Por fim, agradeço a todos os docentes do curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa, pelas preciosas lições, tão importantes para minha formação acadêmica e pessoal.

“Nunca ande pelo caminho traçado, pois ele conduz somente até onde os outros já foram”.

(Alexander Graham Bell)

RESUMO

AZEVEDO, William Geraldo. **O sistema de precedentes e o novo Código de Processo Civil: continuidade ao desenvolvimento do direito.** 2015. 80 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 2015.

O presente trabalho monográfico versa sobre a continuação do desenvolvimento do direito frente à recepção da teoria do *stare decisis* (respeito aos precedentes) no ordenamento nacional com a promulgação do novo Código de Processo Civil. Argumenta-se, erroneamente, que tal teoria engessaria e prejudicaria o desenvolvimento do direito e, por ser desenvolvida e proveniente do *commom law*, os seus institutos não se correlacionariam com aqueles do *civil law*. Objetivando encontrar respostas a estas questões, foram analisadas características do *civil law* e do *commom law*, demonstrando-se as atuais convergências de ambos os sistemas. Completou-se com o exame das mudanças do *civil law* após o impacto do constitucionalismo e a maneira com a qual o *stare decisis* auxilia na efetivação de diversas garantias constitucionais. Superada esta etapa, apresentaram-se as características estruturais do *stare decisis* e os elementos particulares e inerentes aos precedentes judiciais, assim como a sua aplicação e vinculação nas decisões futuras. No último capítulo, evidenciaram-se as técnicas de superação e flexibilização dos precedentes judiciais, nas quais o magistrado afasta a incidência da *rule* em determinado caso. Por fim, demonstrou-se que o novo Código de Processo Civil, nas hipóteses que instituiu o *stare decisis*, consagrou a presença das técnicas de flexibilização e superação dos precedentes, condicionando-as a intensa argumentação jurídica, concluindo-se, destarte, pela impossibilidade de haver engessamento e estagnação no desenvolvimento do direito.

Palavras-chave: *civil law* – *commom law* – *stare decisis* – sistema de precedentes – segurança jurídica – isonomia – *ratio decidendi* – *obiter dictum* – *distinguishing* – *overruling* – desenvolvimento do direito.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A NECESSIDADE DA CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA DOS PRECEDENTES VINCULANTES NO DIREITO BRASILEIRO	13
1.1 Convergências entre os sistemas <i>common law</i> e <i>civil law</i>	13
1.1.1 <i>Common law – características tradicionais</i>	13
1.1.2 <i>Civil law – características tradicionais</i>	14
1.1.3 <i>A atual convergência</i>	17
1.2 Impacto do constitucionalismo no <i>civil law</i>	21
1.2.1 <i>Neoconstitucionalismo e sua influência no direito brasileiro</i>	21
1.2.2 <i>Controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro</i>	25
1.2.3 <i>Cláusulas gerais e conceitos indeterminados</i>	27
1.3 Precedentes vinculantes como efetivadores das garantias constitucionais	29
1.3.1 <i>Nota introdutória</i>	29
1.3.2 <i>Segurança jurídica e previsibilidade das decisões</i>	29
1.3.3 <i>Igualdade perante a jurisdição e a legitimação do sistema jurídico</i>	32
1.3.4 <i>Eficiência jurisdicional e outros aspectos relevantes</i>	35
2 DEFINIÇÃO E APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS.....	38
2.1 O instituto do <i>stare decisis</i> e os precedentes judiciais	38
2.1.1 <i>Conceituação e características dos precedentes judiciais</i>	38
2.1.2 <i>Distinção entre precedentes, jurisprudência e súmulas</i>	41
2.1.3 <i>Stare decisis: características estruturais</i>	44
2.2 Elementos primordiais do precedente judicial	46
2.2.1 <i>Nota introdutória</i>	46
2.2.2 <i>Ratio decidendi</i>	47
2.2.3 <i>Obiter dictum</i>	51
2.2.4 <i>Aplicação dos precedentes judiciais</i>	53
3. AS TÉCNICAS DE DESENVOLVIMENTO DO DIREITO E SUAS CORRESPONDÊNCIAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	59
3.1 Técnicas de flexibilização e de superação dos precedentes vinculantes	59
3.1.1 <i>Distinguishing</i>	59
3.1.2 <i>Overruling</i>	62
3.1.3 <i>Técnicas situadas entre o <i>distinguishing</i> e o <i>overruling</i></i>	67
3.2 Correspondência legal das técnicas de não engessamento do direito no novo código de processo civil	70

3.2.1 Nota introdutória.....	70
3.2.2 A sistemática das técnicas de flexibilização e superação do direito no novo Código de Processo Civil	71
CONSIDERAÇÕES FINAIS	76
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	79

INTRODUÇÃO

A comunidade jurídica e os jurisdicionados pertencentes aos países que optaram por adotar o sistema *civil law* como modelo jurídico, especialmente o Brasil, convivem, diariamente, com uma problemática perturbadora: a não uniformidade do posicionamento das decisões judiciais, possibilitando definições de soluções jurídicas diferenciadas a jurisdicionados que se encontram em situações fáticas semelhantes.

As divergências de posicionamentos das decisões judiciais consistem em problema crônico nos Tribunais brasileiros, nos quais os juízes, sejam eles do próprio Tribunal prolator da decisão ou vinculados a Tribunal hierarquicamente inferior, a partir de um entendimento errôneo do princípio da independência do juiz, não seguem as teses e os entendimentos consolidados pelas decisões judiciais anteriormente proferidas. O que se percebe é que os próprios juízes dos Tribunais não respeitam as decisões proferidas pelos seus pares e, conseqüentemente, legitimam os juízes de grau inferior a assim o fazer.

Os reflexos decorrentes dessa irracionalidade do sistema judiciário são vários e implicam não apenas a falta de credibilidade e coerência do Poder Judiciário, mas também a violação de preceitos do Estado Constitucional de Direito, notoriamente os da segurança jurídica e da isonomia.

A atual prática dos Tribunais merece críticas, tanto dos operadores do direito – principalmente dos advogados, que não podem recomendar soluções jurídicas eficazes aos seus clientes – quanto da própria sociedade, na qual perde o senso de justiça e fica à mercê do ziguezague jurisprudencial.

O Código de Processo Civil de 2015 adotou o sistema de precedentes como possibilidade de restauração da racionalidade no *civil law*, consoante ocorre no *common law*. Em contrapartida, os adeptos do sistema romano-germânico levantam diversos argumentos contrários à vinculação das decisões do Judiciário, dentre os quais, o principal consistiria na estagnação e no engessamento do desenvolvimento do direito. Nesta linha, nasceu o interesse em estudar o tema, porquanto o novo Código de Processo Civil estava em tramitação no Congresso Nacional e as discussões acerca da temática se intensificaram.

Na busca por respostas, na primeira parte do capítulo inaugural, faz-se um breve resgate histórico da formação dos modelos *civil law* e *common law*, a fim de se entender como

tais sistemas adquiriram a roupagem que hoje apresentam. Igualmente, destacamos que já são inúmeros institutos característicos do *common law* inseridos no ordenamento brasileiro.

Em seguida, demonstra-se o impacto do constitucionalismo no *civil law*, no qual reestruturou as características primordiais desse sistema e condicionou a aplicação do direito a uma leitura completamente diferente do que até então era realizado. Ainda neste capítulo, demonstrou-se que a teoria da vinculação de precedentes é indispensável à efetivação de diversas garantias constitucionais, dentre as quais, a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais e a igualdade dos cidadãos perante a jurisdição.

No segundo capítulo, abordam-se tanto as características precípua dos precedentes vinculantes, quanto os pilares que estruturam o sistema do *stare decisis*. Apresenta-se, com enfoque teórico, as particularidades dos elementos a serem explorados nos precedentes judiciais e a forma de aplicação destes nas futuras decisões.

Por fim, no terceiro capítulo, apresentam-se as principais técnicas de flexibilização e superação do direito, conceituando-as, diferenciando-as e apontando as possibilidades e formas aplicá-las. Feito isso, elenca-se a internalização do princípio do *stare decisis* no novo Código de Processo Civil e, assim, evidencia-se a presença das técnicas de maleabilidade do direito na nova lei processual, demonstrando as suas consequências no ordenamento jurídico brasileiro.

1 A NECESSIDADE DA CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA DOS PRECEDENTES VINCULANTES NO DIREITO BRASILEIRO

1.1 Convergências entre os sistemas *common law* e *civil law*

1.1.1 *Common law* – características tradicionais

O desenvolvimento do *common law* (direito consuetudinário, costumeiro) ocorreu em conjunturas políticas, sociais e culturais inteiramente diferentes daquela do sistema *civil law*. No âmbito político, verifica-se historicamente que o juiz inglês, conforme preleciona Marinoni (2013, p.34), sempre “esteve ao lado do Parlamento na luta contra o arbítrio do monarca, reivindicando a tutela dos direitos e das liberdades do cidadão”, além de serem protagonistas na superação do feudalismo.

Consequentemente, o aprimoramento “do direito inglês se deu de forma contínua e ininterrupta, constituindo um *continuum* histórico, pois não houve uma ruptura, capaz de gerar uma era pré e outra pós-revolucionária” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2010, p. 33) como ocorreu nos países provenientes do *Civil Law*, essencialmente na França, com a Revolução Francesa.

Por outro lado, o Parlamento, na medida em que delineava e elaborava a lei, mesmo sendo baixa a produção normativa no direito inglês primitivo, considerava as decisões oriundas das Cortes. Ou seja, não se afirmou a lei sobre os magistrados, porquanto estes decidiam o direito comum em face do poder do monarca. Isto, porque o direito anglo-saxão é tradicionalmente consuetudinário, ou seja, fundamentado no comportamento e nos costumes dos cidadãos, confirmados pelas decisões judiciais – precedentes são fonte do direito nesse sistema – e não na norma escrita.

Vale ressaltar que, até mesmo nas colônias inglês, quando se controlava “a legitimidade das leis coloniais em face do direito inglês, afirmava-se o *common law* e não a lei (nos moldes do *civil law*)” (MARINONI, 2013, p. 44). Portanto, até mesmo nas colônias

inglês¹, em especial a estadunidense, manteve-se afastado princípio da supremacia da lei sobre o juiz.

Com origens históricas no século XI, “o *common law* pautava-se pelos costumes gerais nos quais determinavam o comportamento do *Englishmen*”, conforme preleciona Garcia Redondo (2013, p. 402). Entendimento este firmado a séculos pelos defensores da teoria declaratória da jurisdição na Inglaterra, sendo William Blackstone um dos seus precursores, quando no século XVIII entendia que “o *common law* propriamente dito espelharia tanto costumes gerais (“costumes estabelecidos” e “regras máximas”), quanto os costumes particulares de algumas partes do reino, bem como aqueles observados apenas em algumas cortes e jurisdições” William Blackstone citado por Marinoni (2013, p. 22-23).

Com o passar do século e a maturação das teorias declaratória e constitutiva – esta última como fundamento do *law-making authority* do juiz e da vinculação vertical do precedente – da jurisdição inglesa, o *common law* passou a “fundamentar-se na teoria do *stare decisis*”. Esta teoria, também chamada de *doctrine of binding of precedent* solidificou-se na Inglaterra no século XIX quando, no caso *London Tramways v. London County Council* (GARCIA REDONDO, 2013, p. 402-403), ficou estabelecido, além da vinculação vertical já existente, a vinculação horizontal do precedente.

Não se pode confundir, contudo, o sistema *common law* com o *stare decisis*, porquanto este constituiu um elemento hodierno em relação àquele. A indispensabilidade entre ambos reside no fato de que, conforme corrobora Marinoni (2013, p. 33), no *common law* as decisões judiciais são fonte de direito e estabelecem-no quando não edificado pelo legislativo. Portanto, para se adotar os precedentes vinculantes (*stare decisis*), o sistema jurídico não necessariamente será o *common law*.

1.1.2 *Civil law – características tradicionais*

Diferentemente do que ocorreu no direito anglo-saxão, a construção do sistema romano-germânico, além de não ocorrer de maneira ininterrupta, foi marcada por dois

¹ Além da Inglaterra, adotam o sistema do *common law* diversos países nos quais são ex-colônias inglesas, dentre eles: Estados Unidos, Canadá, Irlanda, Austrália, Índia, África do Sul, Nova Zelândia.

momentos históricos cujos resultados permanecem perceptíveis até hoje, conforme ensina Arruda Alvim Wambier (2010, p. 36):

O primeiro deles foi quando, no século XI, descobriram-se textos jurídicos romanos, que haviam sido conservados durante a idade média [...]. Considerados essencialmente superiores ao direito então predominante (fundamentalmente, os costumes feudais) estes textos foram estudados e profundamente analisados.

Necessitou-se estudar essas coleções encontradas, porquanto consistiam no conjunto de leis, casos decididos pelos romanos – o juiz romano julgava caso a caso – e comentários de juristas da época destoados de sistematização. Assim, o trabalho dos estudiosos consistia na compreensão, na interpretação e na busca da coerência destes textos, ou seja, as atividades pautavam-se em trabalho preponderantemente intelectual e de análises hipotéticas. Percebe-se, portanto, que, embora a figura dos doutrinadores nascera há séculos atrás, a importância destes permanece até os dias de hoje nos sistemas *civil law*.

Descrevendo acerca do segundo momento histórico, continua Arruda Alvim Wambier (2010, p. 36):

“Abusos, relativos a privilégios excessivos dos nobres e do clero, somados à vulnerabilidade dos juizes, acabaram desembocando na Revolução Francesa que, acredito, foi o segundo principal movimento histórico responsável pelas feições que o direito tem hoje nos países do *civil law*”.

Na França pré-revolucionária, os cargos de juizes, além de comprados, eram hereditários e pertenciam à aristocracia, sendo que os magistrados os utilizavam para auferir frutos pessoais. Ademais, independentemente da lei, os magistrados julgavam a favor das necessidades do monarca e da manutenção dos privilégios da aristocracia e da igreja, sem darem valor ao texto legal e muito menos observarem princípios fundamentais, dentre os quais, a liberdade e a igualdade².

Neste contexto histórico e com a ruptura do Antigo Regime pela Revolução Francesa, era nítida a necessidade de desenvolver um novo direito e delimitar as funções do legislativo e do judiciário. Para isso ocorrer, a sociedade implantou “a teoria Montesquieu, no sentido de que o poder não deveria estar todo na mão de um só homem, somado à visão de Rousseau, de que a lei é capaz de expressar a vontade geral de uma nação” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2010, p. 36).

² A bandeira levantada pela revolução francesa tinha como ideal os princípios da igualdade, a liberdade e a fraternidade. Estes princípios foram teorizados pelos ideais iluministas, nos quais se teve como protagonistas a elite intelectual europeia. Buscava-se, através da razão, reformar a sociedade francesa que mantinha características feudo-medievais.

Assim, delimitou-se a separação de poderes, conferindo ao Parlamento (representantes da nação) o poder de elaborar o direito, respeitando os dogmas jurídicos³ impostos pela Revolução. Já a prestação jurisdicional restringiu-se à mera declaração da lei, no qual o juiz apenas afirmava o direito expresso na lei⁴. Para que o juiz ficasse subordinado à letra da lei, “a legislação deveria ser clara e capaz de dar regulação a todas as situações conflitivas. Os códigos deveriam ser claros, coerentes e complexos”, conforme ensina Marinoni (2013, p. 52).

Em pouco tempo, entretanto, percebeu-se que seria impossível legislar acerca de todas as matérias fáticas, ou melhor, seria inviável positivar e codificar todas as situações do dia-a-dia e suas eventuais peculiaridades. Ademais, conscientizou-se de que a leitura e o entendimento do texto da norma já caracterizavam a compreensão e a interpretação da mesma. De tal modo que a Corte de Cassação Francesa⁵, que fora instituída como órgão do Legislativo e “com o objetivo de limitar o poder judicial mediante a cassação das decisões que destoassem do direito criado pelo parlamento” (MARINONI, 2013, p.58), adquiriu natureza de órgão jurisdicional, preocupando-se com uniformização da interpretação da lei e com a garantia da unidade do direito.

Com a mudança da sociedade, tornando-se esta extremamente complexa, a segurança jurídica decorrente exclusivamente da Lei e a estrita separação do Poder Legislativo e do Judiciário, dogmas almejados pelos idealizadores da Revolução Francesa, restaram impossíveis de serem mantidos em sua essência. Ademais, conquanto o direito brasileiro pertença classicamente ao sistema do *civil law*, com a influência do neoconstitucionalismo⁶, inseriram-se, no ordenamento jurídico pátrio, diversos institutos de fortificação das decisões judiciais característicos do *common law*. Dessa forma, ratifica Garcia Redondo (2013, p. 402), quando descreve que “o direito brasileiro [...] vem atribuindo, paulatinamente, importância cada vez maior aos precedentes judiciais, razão pela qual passou a ser, em verdade, um sistema intermediário ou misto”.

Percebe-se que, embora as tradições jurídicas do *common law* e do *civil law* desenvolveram-se de maneira completamente distintas ao longo dos séculos, o que se

³ Dentre os dogmas norteadores e basilares do *civil law*, destacam-se o da igualdade, da liberdade, e o da segurança jurídica, sendo a lei o principal instrumento garantidor desses princípios.

⁴ Criou-se, nesse sentido, a expressão juiz como *bouche de la loi*.

⁵ A *Cour de Cassation* foi instituída em 1790 como órgão do Legislativo e foi incumbida, inicial e exclusivamente, de cassar as interpretações incorretas da lei.

⁶ O tema neoconstitucionalismo e suas implicações no sistema jurídico brasileiro serão tratados neste capítulo, subitem 1.2.1.

constata, hodiernamente, é a atual convergência entre diversos institutos desses sistemas, no qual se faz mister analisar essas correlações.

1.1.3 A atual convergência

As diferenças entre as atribuições dos juízes nas tradições do *civil law* e do *common law* são consequências das diferentes construções históricas pela busca do poder nos países desses sistemas. Contudo, a Revolução Francesa, influenciada por ideais utópicos, dentre os quais a amplitude e completitude da legislação e a restrição da função do juiz a mero aplicador da lei, constituíram-se dogmas impossíveis de serem alcançados em sua plenitude.

Desse modo, o dogma da estrita separação dos poderes, no qual restringiu o juiz a ser *bouche de la loi*, além de não ser alcançado nos anos subsequentes à Revolução, também não foi capaz de sobreviver aos fatos históricos e às mudanças sociais, em especial as mudanças pós segunda guerra mundial.

Entende-se que as transformações contemporâneas ocorridas na sociedade e nos ordenamentos jurídicos modernos foram impulsionadas, provavelmente, pela globalização. Conforme preceitua Macêdo (2015, p. 74-75), por consequência da globalização, facilitou-se o acesso a informações e a circulação normativa de institutos e conceitos jurídicos entre as sociedades, ocorrendo a incorporação e a convergência desses institutos entre os sistemas jurídicos do *common law* e *civil law*. Por consequência, os sistemas atuais tornaram-se impuros, porquanto constantemente são internalizados técnicas e conceitos de um sistema no outro⁷, com ressalva às adaptações sociais e culturais necessárias ao transplante jurídico.

Dentre as mudanças e aproximações ocorridas, destacam-se: (a) o ensino e a formação dos juristas; (b) o crescimento da produção legislativa e doutrinária no sistema *common law* em contrapartida ao aumento de importância dada as decisões judiciais no *civil law*; (c) a influência do neoconstitucionalismo a partir da segunda metade do século XX .

⁷ O marco da incorporação de institutos de *common law* foi a Constituição republicana de 1981, por influência de Rui Barbosa [...]. Consagrou-se na Constituição de 1981, por influência do sistema jurídico dos Estados Unidos, a forma federada de Estado, a forma republicana de governo, o sistema presidencial, o controle difuso de constitucionalidade e a função desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal, criado neste momento, com inspiração na *Supreme Court of United States*. Varano e Barsotti citados por Macêdo (2015, p. 73).

O estudo da formação dos juristas tem relevância quando se analisa o raciocínio jurídico destes em face do sistema em que atuam. Nesta senda, é ínfima a diferença na formação dos juristas nos dois sistemas em análise, porquanto em ambos o ensino jurídico é realizado nas Universidades (MACÊDO, 2015, p.77) e afluem para uma grade curricular similar.

No que concerne ao sistema romano-germânico, o estudo do direito nas Universidades não é algo novo, remetendo-se ao século XII a criação da Universidade de Bolonha (MASSAU, 2006), uma das primeiras universidades da Europa. O trabalho intelectual de entendimento dos textos legais esparsos e dos comentários dos juristas, nos quais almejavam a harmonização do sistema⁸, permanece até hoje nos centros universitários do *civil law*.

Contudo, hodiernamente, o estudo do direito mostra-se insuficiente sem a análise das decisões judiciais nos casos concretos. Assim, os professores das disciplinas jurídicas necessitam ensinar aos alunos não apenas os estudos doutrinários e dogmáticos, mas também a análise da jurisprudência dos Tribunais⁹. Soma-se a isso a inclusão de disciplinas de prática jurídica obrigatórias à formação do bacharel em direito.

Por outro lado, o ensino jurídico no direito anglo-saxão pautava-se nos estudos dos casos paradigmas das Cortes. Na medida em que a decisão judicial consiste em fonte primordial do direito nesse sistema, os estudos concentravam-se na análise dos julgamentos dos casos concretos e preferenciavam a prática aos estudos teóricos. Isto é, para o exame do direito, principalmente das decisões *in concreto*, não havia a necessidade da produção de doutrinas e, portanto, não eram realizados estudos hipotéticos e conceituais sobre o direito.

Com o aperfeiçoamento do direito e o aumento da complexidade das relações sócio jurídicas, todavia, foi necessário aperfeiçoar o ensino jurídico no *commom law*. Por isso, aumentou-se a produção doutrinária e a atual formação dos juristas perpassa pela leitura dos cursos e manuais de direito. Também se incluem nessa nova perspectiva de conhecimento, os estudos teórico-acadêmicos das decisões judiciais, realizados pelos pesquisadores das Universidades e que passaram a ser frequentemente citados pelos práticos.

⁸ O tema também foi abordado neste capítulo, no sub item 1.1.2.

⁹ A análise das decisões judiciais é de tamanha importância no sistema jurídico brasileiro que, para auxiliar os operadores do direito, o Superior Tribunal de Justiça possui serviço gratuito de envio de decisões judiciais, chamados informativos judiciais, nos quais sintetizam por matéria as principais decisões da referida Corte.

A similitude no ensino jurídico atual das famílias *commom law* e *civil law* não deixa de ser reflexo da realidade prático-forense e das mudanças substanciais ocorridas nos ordenamentos jurídicos de cada país.

E esse é o ponto fulcral no qual as duas famílias jurídicas confluem novamente. Nos países do *common law* há uma intensificação da produção legislativa e doutrinária, e a “suposição de que a produção legislativa nesse país é baixa, [...] não só é falsa, como produz enganos em termos de direito comparado. É provável que um estado típico dos Estados Unidos tenha tanta legislação quanto um país europeu ou latino americano” Gambaro (*apud* MARINONI, 2013, p. 35).

Especialmente nos Estados Unidos, a positivação da legislação remete-se à independência das colônias americanas em face ao Reino Inglês, quando em 1787 foi aprovada a primeira e, até hoje, única Constituição Americana. Aponta-se enfaticamente, hoje, a importância de legislar matérias relevantes nesse país, a tal ponto que “o centro de gravidade do sistema deslocou-se em muitas matérias para a lei, que é agora o principal fator de renovação do direito vigente” (VICENTE, 2011, p.335).

Ademais, o senso comum dos juristas romano-germânicos de que o precedente é fonte imponente e hierarquicamente forte deve ser desmistificado. Não obstante o precedente judicial seja fonte primária de direito no *commom law*, atualmente, é pacífico o entendimento de que a lei prevalece à jurisprudência (MACÊDO, 2015, p. 78). Ou seja, caso exista conflito entre o texto legal e o precedente em análise, o primeiro prevalecerá, porquanto a fonte normativa se encontra hierarquicamente superior ao precedente.

Nessa seara, acerca da inserção doutrinária e da expansão normativa no sistema em estudo, conclui-se com os ensinamentos doutrinários de MacCormick citado por Marinoni (2013, p. 97): “em tempos recentes, mesmo nos países do *commom law*, direito jurisprudencial puro é relativamente raro. Muito do direito jurisprudencial agora toma a forma de interpretações explicativas (*glosses*) da lei”.

No outro lado, por consequência das transformações sociais e jurídicas já descritas, dentre as quais a impossibilidade do parlamento legislar todas as relações jurídicas possíveis, a desconstrução da utopia do juiz *boche de la loi* e o advento do constitucionalismo na metade do século XX, fez-se imperioso que os sistemas *civil law* outorgassem maior importância aos precedentes.

Isso se depreende por consequência da defasagem típica da lei. Existe, assim, uma diferença entre o momento da elaboração da norma e o momento da sua aplicação, ou melhor: a norma e o seu enunciado param no tempo, enquanto a sociedade evolui, modificando os valores culturais e morais que outrora auxiliaram o legislador a definir a lei vigente.

Nesta toada, as novas e complexas discussões jurídica são levadas ao judiciário e este tem o dever de elucidá-las¹⁰, não podendo o juiz se eximir da sua apreciação. Assim sendo, resta-se óbvio que a interpretação da norma se modificará ao longo do tempo. Isto, porque a sociedade de hoje não é a mesma de ontem.

Enquadra-se nesse contexto o exemplo didático contado por DIDIER JR. (informação verbal)¹¹. A mesma placa com a descrição normativa “proibido o uso de biquíni” em frente a uma praia surtirá efeitos diversos no tempo em que for aplicada. Hoje, quando lida a frase, imaginar-se-á uma praia de nudismo, na qual será proibido o uso de biquíni. Contudo, nos anos 20 do século passado, a praia seria frequentada por pessoas que usariam roupas de passeio e, não o biquíni.

Já no âmbito das discussões constitucionais, pode-se exemplificar com o instituto da mutação constitucional, no qual consiste na mudança do entendimento da Corte sobre a literalidade do texto constitucional, por ensejo da mudança cultural e dos valores da sociedade. Ou melhor, o texto constitucional permanece literalmente o mesmo, porém ele precisa ser interpretado de maneira diversa em virtude das mudanças sociais.

Depreende-se, assim, que na sociedade atual não sobrou espaço para a utopia da Revolução Francesa em considerar o juiz como mero declarador da lei. As complexas relações jurídicas precisam ser julgadas com fulcro em leis que, na maioria das vezes, foram legisladas em outro contexto social, fazendo-se imperiosa a atividade interpretativa do juiz.

E, nesta direção, experimenta-se um movimento de decodificação do *civil law*, no qual mudou o paradigma caracterizado por contemplar todas as matérias legais de uma área específica dentro de um só código. Ou seja, a tendência é a legislação de microssistemas – leis específicas ou códigos nos quais disciplinam áreas específicas do direito – em torno de uma norma de caráter geral, complementar e subsidiária. Os microssistemas do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como as Leis da Ação Civil Pública e dos Juizados Especiais são exemplos desse processo no ordenamento brasileiro. Não

¹⁰ O art. 5º, inciso XXXV, (BRASIL, Constituição Federal de 1988) assim dispõe: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

¹¹ Palestra conferida no X Congresso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina em 2015.

obstante essas leis possuírem procedimentos específicos e institutos próprios, todas ressalvam a sua aplicação à utilização subsidiária do Código de Processo Civil.

Outra incorporação de institutos do *common law*, distanciando o ordenamento pátrio das bases do *civil law*, consistiu na atribuição do poder judiciário brasileiro, em especial o Supremo Tribunal Federal, em rever tanto as relações de direito civil quanto as de direito público. O mesmo, todavia, não ocorre nos países originários do *civil law*.

Percebe-se, portanto, que a diferença entre o *common law* e o *civil law* decorre, exclusivamente, do valor atribuído por estes sistemas aos Códigos. A primeira família nunca teve a pretensão de fechar os espaços para o juiz pensar, não se fazendo necessário, portanto, legislar todos os casos conflituosos (MARINONI, 2013, p.54). Já a segunda, continua obscurecendo o papel de interpretação e de criatividade do juiz.

No que diz respeito à influência do constitucionalismo a partir da segunda metade do século XX e, conseqüentemente, a imprescindibilidade da interpretação da norma e a hermenêutica utilizada para isto, faz-se necessária uma análise minuciosa do tema, a qual será desenvolvida no próximo item.

1.2 Impacto do constitucionalismo no *civil law*

1.2.1 Neoconstitucionalismo e sua influência no direito brasileiro

Até a segunda guerra mundial, a ideia de constituição restringia-se à organização política do Estado e à atribuição da competência legislativa (MITIDIERO, 2012, p. 50). Contudo, com a experiência do totalitarismo nazifascista e o completo desrespeito à dignidade da pessoa humana, coube às Constituições emergentes pós-segunda guerra, recuperando a dimensão axiológica do direito, reconhecerem e garantirem os direitos aos cidadãos contra o arbítrio Estatal.

Nesse sentido, conforme realça Siqueira Jr (2012, p.172), consolidou-se a convergência entre o Estado Constitucional, como modelo político dominante no panorama ocidental da segunda metade do século XX, com o Estado Social de Direito, no qual eleva os

princípios norteadores dos direitos e garantias dos cidadãos ao nível constitucional. Desta união, nasce o Estado Democrático e Social de Direito que se consagra no século XXI. Derrocou-se, portanto, o ideal de Estado legalista e superou-se o positivismo jurídico.

Em relação ao processo civil, Daniel Mitidiero (2012, p. 50-57) esclarece que a constitucionalização do processo ocorreu em duas etapas. A primeira, como já explanado, compreendeu a inserção dos direitos e garantias fundamentais na Constituição, isto é, positivou-se um núcleo de garantias processuais na Carta Maior que garantiram ao cidadão o direito de acesso à justiça em face ao arbítrio estatal. Já a segunda constitucionalização do processo coloca “o Estado como meio para a consecução de um processo justo”. Decorre disso, o objetivo do Estado Constitucional e Social de direito de “tutelar os direitos na perspectiva dos direitos fundamentais [...] e, em especial, a enxergar o direito ao processo justo e à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva”.

Nesse sentido, entende-se que o conteúdo do Neoconstitucionalismo “não pode ser reduzido a um único grupo de ideias ou elementos estruturais” (MACÊDO, 2015, p. 174), porquanto se estrutura sobre teorias e abordagens distintas, dentre as quais, a teórica, a filosófica e a metodológica.

Nessa toada, Luís Roberto Barroso (2007, p. 173) compreende que o neoconstitucionalismo se caracterizou pelas mudanças histórica, filosófica e teórica do direito constitucional. No aspecto filosófico, influenciado pelo pós-positivismo, a aplicação dos princípios por meio da hermenêutica substituiu o dogmatismo legal. Quanto ao aspecto teórico, o neoconstitucionalismo compreende três características: “(1) reconhecimento da força normativa da constituição; (2) expansão da jurisdição constitucional; e (3) o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional”.

Conquanto sejam diversos os enfoques dados ao neoconstitucionalismo, algumas características convergem e são inerentes a todos eles. Assim, do ponto de vista metodológico-formal, o atual constitucionalismo opera sobre três fundamentos, conforme assevera Barcellos (2006, p. 32-34):

“(a) a normatividade da Constituição, isto é, reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas, dotadas de imperatividade; (b) superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica (cuida-se aqui de Constituições rígidas, portanto); (c) a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, por força do fato de que os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição”.

Do ponto de vista material, a autora tece nota a dois elementos centrais, sendo eles “(a) a incorporação explícita de valores [...] nos textos constitucionais, sobretudo no que diz respeito à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais e (b) expansão de conflitos entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do sistema constitucional” (BARCELLOS, 2006, p. 32-34).

Com a ascensão dos princípios à categoria das normas e com a aproximação entre o direito e a moral, afastou-se a neutralidade científica (SIQUEIRA JR., 2012, p. 174), porquanto os princípios inseridos nas constituições possuem cargas axiológicas.

Acerca da normatividade da constituição, sabe-se que esta superioridade e centralidade influenciam todo o sistema. Decorre disso a aplicação imediata das normas constitucionais (princípios), em especial aquelas referentes aos direitos fundamentais do cidadão¹², e a imperiosidade da interpretação das leis em conformidade com a Constituição.

Nesse sentido, foi com a positivação dos princípios na Constituição Federal de 1988 que estes ganharam destaque e assumiram o maior grau hierárquico dentro do ordenamento jurídico pátrio, consistindo como fonte axiológica de direito e de validade das leis infraconstitucionais. Descrevendo este fenômeno no Brasil, Macêdo assevera:

O ideal de neoconstitucionalismo foi amplamente adotado no direito brasileiro, tornando-se verdadeiro marco do direito contemporâneo. A partir do final do século XX e início do século XXI a doutrina constitucional brasileira foi tomada por um fascínio pela principiologia jurídico-constitucional e, nesse contexto, pela ponderação de princípios, fundamentada no debate jurídico acerca da constitucionalização do direito e do neoconstitucionalismo (MACÊDO, 2015, p. 177).

Faz-se imperiosa, a partir dessa constitucionalização do direito, uma nova postura interpretativa. Isto porque os juízes precisam agir ativamente, interpretando as leis em face da constituição, ponderando quais princípios constitucionais devem prevalecer defronte a outros no caso concreto e, até mesmo, suprindo a omissão do legislador para garantir a aplicação dos direitos fundamentais. Conferiu-se aos juízes do *civil law*, portanto, poder similar àquele dos juízes do *commom law*, em especial o do juiz estadunidense, no qual detém o poder de controlar a lei defronte a Constituição (MARINONI, 2013, p. 38).

¹²O art. 5º, §1º Constituição Federal (BRASIL, 1988) assim dispõe: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

O ordenamento jurídico, nessa toada, apenas se consolida e se torna racional com a interpretação dada à norma. Ou seja, a atuação do intérprete é expressão fundamental, porque é ele o responsável pelo sentido conferido à norma jurídica.

Sabe-se que, embora o intérprete deva buscar os valores sociais inerentes à norma, na atividade hermenêutica incide um aspecto volitivo, como bem descreve Siqueira Jr. (2012, 180): “o sentido da norma jurídica surge por meio da atividade do jurista e não há como negar que na realização desta atividade intelectual ingressam os valores, a formação, o conhecimento e a própria ideologia do intérprete”. Isto é, sobre o resultado da interpretação da norma, indubitavelmente, incidem os valores¹³ do intérprete.

Hoje, exige-se raciocínio argumentativo e criativo dos juízes, visto que as decisões proferidas nos casos em concreto são essenciais para equilibrar, racionalizar e fechar o sistema. Em resumo, “partiu-se da mera descoberta ou revelação lógico-matemática do sentido da lei para a ideia da construção do sentido da norma pelo intérprete” (SIQUEIRA JR., 2012, p. 180).

Essa construção da definição da norma, contudo, precisar garantir a integridade e a coerência do direito e ser continuada, não restando margens a arbitrariedades do Poder Judiciário e objetivando a segurança jurídica dos jurisdicionados, isto é, sendo casos iguais julgados de maneira igual (*treat like cases alike*)¹⁴. Consoante entendimento de Mitidiero (2014, p. 53), “o processo civil passou a responder não só pela necessidade de *resolver casos concretos* mediante a prolação de uma decisão justa para as partes, mas também pela promoção da *unidade do direito* mediante a formação de *precedentes*”. Faz-se, assim, imperioso adotar a teoria dos precedentes vinculantes, visto que esta consiste no “cimento que une e dá firmeza ao sistema” consoante explicação da professora Arruda Alvim Wambier (2010, p. 36).

Sendo a Constituição hierarquicamente superior às demais leis, vinculante aos cidadãos e às instituições, dotada de eficácia direta de suas normas; tendo o Poder Judiciário atribuição de concretizar os direitos fundamentais e princípios nela inerentes, além de controlar a inconstitucionalidade dos atos; não resta dúvida, portanto, que a “adoção do neoconstitucionalismo enseja a formulação de uma teoria dos precedentes obrigatórios” (MACÊDO, 2015, p. 179).

¹³ Consistem em algum dos valores inerentes ao ser humano: experiências de vida; ideais e princípios; formação ética e profissional, dentre outros.

¹⁴ *Treat like cases alike* consiste no princípio fundamental do *commom law*, porquanto confere coerência ao sistema jurídico. O tema será retomado no subitem 1.3.2.

1.2.2 Controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro

Ratifica-se a necessidade de se adotar a teoria dos precedentes vinculantes no ordenamento brasileiro quando analisado em face dos modelos de controle de constitucionalidade adotados pelo Brasil. Isto porque o Brasil, inicialmente, internalizou o sistema norte-americano de controle difuso de constitucionalidade e, posteriormente, evoluiu para o sistema misto, no qual abrange o controle concentrado de constitucionalidade (SILVA, 2011, p. 558).

Em relação ao controle concentrado¹⁵, as decisões proferidas nesse modelo detêm eficácia *erga omnes* e efeito vinculante à administração pública direta e indireta e aos demais órgãos do Poder Judiciário¹⁶. No tocante a esse modelo, não se faz necessário tecer comentários, porquanto as decisões de mérito do Tribunal Constitucional vinculam a todos os jurisdicionados, gerando certeza jurídica quanto à constitucionalidade ou não de lei ou ato no ordenamento jurídico pátrio.

No que concerne ao controle difuso de constitucionalidade, o Brasil incorporou o modelo nascido¹⁷ e utilizado pelos Estados Unidos, no qual consiste no poder-dever conferido ao juiz de primeiro grau de jurisdição de declarar a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato no caso em concreto. E é nesse sistema que a teoria dos precedentes vinculantes se faz obrigatória.

Por não ter a Constituição Federal conferido efeito vinculante às decisões no controle difuso de constitucionalidade, há que se constatar que o juiz brasileiro “tem poder criativo maior do que o do *common law*, uma vez que, ao contrário deste, não presta o adequado respeito aos precedentes” (MARINONI, 2013, p. 39). Ou seja, os juízes brasileiros detêm de maior força do que os americanos, visto que podem declarar a inconstitucionalidade

¹⁵ Grande parte dos países tradicionais do sistema do *civil law* (direito continental europeu) adotam, exclusivamente, o modelo concentrado de controle de constitucionalidade. Legitima-se, assim, apenas ao Tribunal Constitucional a verificação ou não da constitucionalidade de uma norma.

¹⁶ O art. 102, §2º da Constituição Federal (BRASIL, 1988) assim dispõe: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

¹⁷ Atribui-se a criação do controle difuso de constitucionalidade ao caso *Marbury v. Madison* de 1803, no qual estabeleceu a supremacia da Constituição sobre as demais leis infraconstitucionais.

de uma lei ou ato sem, contudo, respeitarem a decisão e o entendimento do Supremo Tribunal Federal para a mesma decisão.

É possível, nessa senda, que juízes singulares ou, inclusive, tribunal ou tribunais distintos tenham entendimento diferentes sobre a inconstitucionalidade de determinada lei e a julguem de maneira contrária, havendo julgamentos distintos sobre o mesmo caso ou, pior, julgamento diverso daquele proferido pelo STF. Não restam dúvidas de que as partes recorrerão até a Corte Constitucional para que esta, em sede de recurso extraordinário, consiga impor o seu entendimento.

De maneira óbvia, dado esse poder-dever aos juízes para realizarem o controle de constitucionalidade no caso *in concreto* sem o contraponto de respeitarem as decisões da Corte Constitucional¹⁸, geram-se arbitrariedades e não se garante a segurança jurídica prevista pela Constituição.

Essa situação não se repetiria caso os juízes ordinários fossem vinculados às decisões da Corte Constitucional em sede de controle difuso. Diminuir-se-ia, assim, a litigiosidade e garantir-se-ia a previsibilidade da justiça, contribuindo-se para a racionalidade da prestação jurisdicional e coerência do ordenamento jurídico.

Embora o ordenamento jurídico tenha criado meios de vincular as decisões da Corte Constitucional em sede de recurso extraordinário, tais qual o instituto das Súmulas Vinculantes, ainda não se alcançaram os objetivos da racionalidade da jurisdição e da previsibilidade desta. Isto porque as súmulas vinculantes decorrem de decisões reiteradas sobre o mesmo tema e necessitam da aprovação de dois terços de seus membros¹⁹, o que demora a ocorrer. Ademais, em inúmeros casos a edição delas não seria necessária, bastaria a votação da maioria dos membros na mesma tesa e, como resultado, a vinculação da *ratio decidendi* extraída do recurso extraordinário analisado (MARINONI, 2013, p. 83).

Mais uma vez, portanto, não restam dúvidas de que o juiz brasileiro não só ganhou uma posição importantíssima dentro do *civil law* como se afastou desse sistema, aproximando-se da função exercida pelo juiz da *common law*. Assim sendo, objetivando

¹⁸ Decisões proferidas pelo Plenário em recurso extraordinário ganham força de vinculante, com efeitos similares aos do controle concentrado de constitucionalidade, consoante orientação do próprio Supremo Tribunal Federal, não sendo necessária a edição de súmulas para isto.

¹⁹ O art. 103 – A, caput da Constituição Federal de 1988 assim dispõe: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”

alcançar a segurança jurídica, a igualdade da prestação jurisdicional, a coerência do ordenamento jurídico, torna-se imperiosa, portanto, a construção de uma sistema de precedentes vinculantes.

1.2.3 Cláusulas gerais e conceitos indeterminados

As técnicas legislativas do início do século XIX, obviamente, não são as mesmas utilizadas nos dias atuais, por consequências da evolução dos valores e das relações sociais, como já descritas nos subitens anteriores. Assim, não mais foi possível contemplar no ordenamento positivo todas as hipóteses materiais e processuais necessárias à regulamentação da vida em sociedade, diminuindo-se a incidência técnica legislativa casuística e passando-se a adotar a técnica legislativa aberta (MITIDIERO, 2014, p. 52), dentre as quais as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados.

Nesse sentido, Lucas Buril²⁰, discorrendo sobre o tema, conceitua as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados conforme entendimento da professora Judith Martins-Costa (MACÊDO, 2015, p. 186-187), *in litteris*:

Os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais como técnica legislativa consiste na utilização da linguagem de tessitura propositadamente difusa, indefinida, genérica, ou seja, peculiar ‘pela ampla extensão do seu campo semântico’, outorgando ao juiz competência para estreitar o significado do texto normativo na concretização, atividade a ser feita na fundamentação das decisões que os utilizem, mediante o emprego de vários elementos, especialmente alheio ao sistema jurídico.

Absorve-se, da transcrição, o caráter geral conferido às normas a partir das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados. Dessa forma, a norma permite ampla interpretação semântica pelo magistrado, que, apenas quando da análise do caso em concreto, a definirá. E, para delimitar a definição do enunciado da norma à adequada resolução da lide, o julgador utilizar-se-á “dentre outros instrumentos a auxiliar a decisão, critérios morais, políticos, técnicos ou econômicos” (CADERMARTORI, DUARTE, 2009, p. 45).

²⁰ Macêdo (2015, p. 184-196), em entendimento contrário a maioria dos doutrinadores, concluiu que as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados “possuem pouca influência no crescimento da importância e autoridade dos precedentes judiciais”. Fundamentando o seu posicionamento, o doutrinador assevera na “necessidade de eliminação dos chamados ‘conceitos jurídicos indeterminados’ e de reconfiguração do entendimento acerca das cláusulas gerais”.

As nomenclaturas “cláusulas gerais” e “conceitos jurídicos indeterminados”, todavia, não se confundem, porquanto estes últimos são “espécies normativas em que, no suporte fático, há previsão de termo indeterminado e há consequências jurídicas legalmente previstas”. Já as primeiras, consistem em “espécies normativas em que há previsão de termo indeterminado no suporte fático e não há consequências jurídicas no próprio enunciado legal”, como bem resume Martins-Costa citada por Mitidiero (2014, p.52).

O que novamente se percebe, nessa senda, é que o trabalho do intérprete deixou de ser o de, simplesmente, subsumir o caso específico na hipótese fática da norma, para se tornar complexo, sendo obrigatório raciocínio jurídico sofisticado. Isto é, permitiu-se ao magistrado a possibilidade de valorar o conceito vago (com influências de elementos extrajudiciais – circunstâncias sociais, técnicas, dentre outros) para materializá-lo e efetivar a tutela jurisdicional²¹.

Transferiu-se ao intérprete a função de criar o sentido da norma vaga, podendo até se falar em uma remodelação da Teoria da Separação dos Poderes. Contudo, esse poder criativo concedido aos juízes não deve apenas ser usado racionalmente e consoante o ordenamento jurídico; devem existir critérios para garantir essas decisões. Ademais, “é preciso impedir que haja multiplicidade de normas jurídicas para casos iguais, gerando insegurança e desigualdade” (MARINONI, 2013, p.152). Ou seja, o jurisdicionado não pode ficar a mercê de decisões judiciais arbitrárias, as quais, ora sim, ora não, tutelam a pretensão de acordo com o ordenamento jurídico, tratando casos iguais de maneira diferente.

Os julgadores devem, portanto, balizar a aplicação das “cláusulas gerais” e dos conceitos “jurídicos indeterminados” conforme o entendimento alhures conferido pelos Tribunais a essas normas. Do contrário, o sistema jurisdicional afastaria o princípio da igualdade, porquanto em cada caso o conceito vago materializar-se-ia distintamente, acarretando, conseqüentemente, a insegurança jurídica e a falta de previsibilidade das decisões.

O sistema de precedentes também se faz imperioso, nessa temática, não apenas para conferir segurança à parte, porém para instruir os demais operadores do direito, em foco, os advogados. Isto porque a vinculação dos precedentes permitirá “ao advogado ter consciência de como os juízes estão preenchendo o conceito indeterminado, definindo a técnica processual adequada a certa situação concreta” (MARINONI, 2013, p. 86).

²¹ O artigo 8º da lei 13.105 (novo código de processo civil), já transcrito, afirma expressamente que, além de julgar de acordo com o ordenamento, o juiz atenderá aos fins sociais e as exigências do bem comum.

Sobressalta-se, portanto, a importância da efetivação do sistema de precedentes. Somente com a vinculação destes, garantir-se-á a coerência jurídica na tutela dos direitos dos jurisdicionados e afastar-se-á a arbitrariedade do julgador no momento em que atribuir significado à norma com conceito vago e aplicá-la ao caso concreto.

1.3 Precedentes vinculantes como efetivadores das garantias constitucionais

No subcapítulo anterior, mostrou-se obrigatória a adoção de uma teoria de precedentes em um sistema jurídico misto, igual ao brasileiro, em face das mudanças inseridas no ordenamento pátrio por consequência do neoconstitucionalismo. Apontou-se, em cada subitem, igualmente, os efeitos ocasionados pela não implantação desse sistema vinculante, dentre os quais, a insegurança jurídica e a ausência de previsibilidade das decisões, a desigualdade da prestação jurisdicional e, por fim, a falta de coerência jurídica. Agora, serão destacados os conceitos hodiernos e as principais características dos direitos e garantias processuais mais beneficiados com a implementação de um sistema de precedentes obrigatórios.

1.3.1 Nota introdutória

Torna-se imperioso analisar, introdutoriamente, as considerações iniciais feitas por Macêdo (2015, p. 117), quando descreve que, no *common law*, “a doutrina dos precedentes é adotada como expressão de vários princípios e regras constitucionais, servindo de meio para a sua concretização ou efetivação [...] pautada, sobretudo, em uma perspectiva consequencialista da atividade judiciária”. Nessa toada, demonstrar-se-á a eficácia da teoria do *stare decisis* como instrumento efetivador das principais garantias processuais do ordenamento nacional.

1.3.2 Segurança jurídica e previsibilidade das decisões

A segurança jurídica²² é almejada pelos mais variados ordenamentos jurídicos. Tenta-se alcançá-la por diversos meios, porquanto constitui elemento basilar do direito e estabilizador das relações sociais, independentemente do sistema de origem. Nesta toada, o Estado de Direito buscou assegurar a certeza jurídica, porquanto esta se enquadrava dentre os valores mais importantes do sistema normativo.

Na perspectiva do Estado de Direito no *civil law*, a segurança jurídica limitava-se à “determinação normativa”²³ e à “garantia do conteúdo do direito” (MITIDIERO, 2014, p. 55) pelo intermédio dos institutos da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido²⁴ (coisa julgada material). Entretanto, com o advento do Estado Constitucional, o princípio da segurança jurídica elevou-se a condição de norma-princípio e, somando ao caráter estático da preservação dos institutos mencionados, atingiu contornos de dinamicidade, tornando-se flexível e preocupando-se com a interpretação e a aplicação do direito.

Isto é, “com a derrocada do modo cognitivista de entender o Direito em favor de uma solução não cognitivista e lógico-argumentativa, a segurança jurídica passou a constituir a dinâmica ‘controlabilidade semântico-argumentativa’ e ‘garantia de respeito’ do Direito” (MITIDIERO, 2014, p. 54). Extrai-se do entendimento do professor que o princípio da segurança jurídica relaciona-se entre a racionalidade do direito (construção argumentativa dos operadores consoante as mudanças sociais) e o ordenamento jurídico (“fontes formais” e as decisões jurídicas).

Discorrendo acerca do caráter pós-positivista da teoria da segurança jurídica, Macêdo a conceitua, *in verbis*:

Segurança jurídica é norma contra arbitrariedades na construção do direito, dirigindo-se à razoabilidade e coerência dos processos jurislativos e aplicativos que busca garantir aos cidadãos uma porção indispensável de previsibilidade, estabilidade e cognoscibilidade. (MACÊDO, 2015, p. 125).

Retira-se do conceito a interação da segurança jurídica com a construção racional do direito. Percebe-se que o conceito conflui com as modificações neoconstitucionais inseridas no ordenamento e, nessa linha de raciocínio, o professor aponta três elementos principais para a realização da segurança jurídica, nos quais são interconectados, “sendo

²² O artigo 5º, *caput* da Constituição Federal de 1988 quando menciona segurança, refere-se a segurança jurídica.

²³ Buscou-se no *civil law* a segurança jurídica através de normas abstratas e gerais.

²⁴ Essa faceta da segurança jurídica, também consagrada na legislação infraconstitucional, encontra-se positiva na Constituição Federal (BRASIL, 1988), no art. 5º, XXXVI: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada da Constituição Federal de 1988”.

impossível um sistema jurídico que apresente um desses conteúdos, negligenciando totalmente os demais” (MACÊDO, 2015, p. 128).

Constituem as três facetas²⁵ hodiernas da segurança jurídica: a cognoscibilidade, a estabilidade e a previsibilidade. Em linhas gerais, o primeiro elemento caracteriza-se por ser o aspecto estático, no qual permite a compreensão anterior das fontes normativas e a determinação do seu preenchimento semântico. A segunda faceta refere-se à perspectiva dinâmica, vinculando o passado com a continuidade do direito. O ponto fulcral incide na garantia de um nível de dificuldade para a modificação do direito, isto é, estabilidade das questões jurídicas tratadas nos Tribunais, rechaçando-se as mudanças desprovidas de critérios. Por fim, a previsibilidade é o elemento vinculado ao futuro, possibilitando a previsão razoável da aplicação e da interpretação do direito nas decisões judiciais. Isto é, os cidadãos planejam as suas vidas e tomam decisões seguras conforme o entendimento dado a aplicação do direito, não se permitindo mudanças bruscas nas decisões Cortes sem um amplo debate argumentativo (MACÊDO, p. 120-136).

Esta terceira faceta é a que detém relação mais estreita com o *stare decisis*, visto que este instituto corresponde ao seu meio de efetivação. Sabe-se, de antemão, que o entendimento do judiciário será mantido, salvo as possibilidades de revogação ou de superação. Consequentemente, a previsibilidade²⁶ permite que o cidadão se comporte dentro desses parâmetros e planeje suas ações, sabendo das consequências jurídicas destas e de eventual direito de terceiros.

Conquanto a doutrina já tenha desenvolvido os modernos conceitos da segurança jurídica e superado seu caráter estritamente estático, percebe-se que na prática nacional ainda persistem as velhas características dos institutos em estudo, consoante crítica ressaltada por Marinoni:

supôs-se no *civil law* que tais valores (segurança e previsibilidade) seriam realizados por meio da lei e da sua estrita aplicação pelo juízes, enquanto no *common law*, por nunca ter existido a dúvida de que os juízes interpretam a lei e, por isso, podem proferir decisões diferentes enxergou-se na força vinculante dos precedentes o instrumento capaz de garantir a segurança e a previsibilidade de que a sociedade precisa para se desenvolver (MARINONI, 2013, p. 61).

²⁵ Embora alguns doutrinadores divirjam dessa nomenclatura, o que se depreende é que os conteúdos são similares e circundam o mesmo núcleo conceitual. À exemplo da classificação do Mitidiero (2014, p. 55), no qual entende que os elementos da segurança jurídica consistem na “cognoscibilidade, confiabilidade, calculabilidade e efetividade do direito”. Embora diferentes, eles carregam as mesmas características da classificação desenvolvida no texto.

²⁶ Vale ressaltar a importância da previsibilidade das decisões do Poder Judiciário ao advogado, porquanto apenas corroborado com a interpretação que a Corte conferiu à norma no caso em concreto é que o consultor jurídico poderá aconselhar convictamente o cidadão e sem causar-lhe prejuízos.

Na esfera do sistema jurídico brasileiro atual, o Judiciário mostra-se incapaz de atribuir previsibilidade as suas decisões e, assim, efetivar a segurança jurídica nos moldes contemporâneos. Corrobora-se com a temática a afirmação do professor Marinoni (2013, p. 125-126) de que “as decisões do Superior Tribunal de Justiça não são respeitadas nem no âmbito interno da Corte. As Turmas não guardam respeito pelas decisões das Secções e [...] entendem-se livres para decidir os casos de forma desigual”. Continua o professor: “um sistema incapaz de garantir a previsibilidade, assim, não permite que o cidadão tome consciência dos seus direitos, impedindo a concretização da cidadania”.

Critica-se, portanto, a atuação dos Tribunais nacionais, porquanto a eles compete o dever de assegurar os direitos fundamentais, no caso, a segurança jurídica. Decorrem deste princípio-norma a estabilidade das relações jurídicas e o prévio entendimento das normas. Assim sendo, bem fundamentam os processualistas Miranda de Oliveira, Anderle (2014, p. 307-324):

A segurança jurídica faz com que as partes consigam antever a norma que será aplicada no caso concreto e o resultado final da demanda. Trata-se da previsibilidade necessária que tem o jurisdicionado de saber que ao Poder Judiciário compete decidir as lides e declarar quem tem razão, sempre atuando de acordo com a autoridade e a vontade da lei. Essa certeza é o que proporciona à comunidade jurídica e à sociedade a sensação de estabilidade no entendimento das normas legais.

“Pensando o processo civil como meio para viabilização da tutela de direitos” (MITIDIEIRO, 2014, p.56), a teoria do *stare decisis*, destarte, constitui um instrumento para concretização da certeza jurídica. Isto porque o interprete, ao apreciar situação previamente já decidida, aplicará o precedente e decidirá a nova lide de maneira similar, garantindo-se a previsibilidade da decisão e, portanto, a segurança jurídica do jurisdicionado²⁷ e a integridade e uniformidade do sistema jurídico.

1.3.3 Igualdade perante a jurisdição e a legitimação do sistema jurídico

Do mesmo modo que ocorreu com a segurança jurídica, o conceito da igualdade também amadureceu desde a sua idealização. O princípio da igualdade foi levantado como

²⁷ A segurança jurídica deve ser promovida em dupla direção: às partes e à sociedade em geral.

lema pelos revolucionários franceses, principalmente, a burguesia liberal francesa, em face dos privilégios conferidos à nobreza e ao clero na França Absolutista do século XVIII.

Nasce esse princípio com o objetivo de igualizar as relações dos administrados com a Administração, limitando os privilégios conferidos a determinadas classes. Assim, objetivava o Estado Liberal em limitar a arbitrariedade das autoridades, extirpando as diferenciações entre as pessoas. Nesse momento, concretizou-se o objetivo com a máxima de que “todos são iguais perante a lei”. Esta igualdade conquistada fora de tamanho escopo que, não só se tornou alicerce do Estado de Direito, na forma de garantia e direito fundamental dos cidadãos, tal qual foi elevada à categoria de norma-princípio²⁸ nas Constituições contemporâneas.

Este aspecto estritamente formal da igualdade, todavia, não fora passível de cumprir com os seus objetivos, por consequência das mudanças surgidas com a evolução das sociedades. Ou seja, percebeu-se que, em determinadas situações, a aplicação estrita do princípio ocasionava a desigualdade – exatamente o que se pretendia rechaçar. Isto, porque a igualdade formal não contempla situações fáticas e as diferenças inerentes à sociedade.

Ampliou-se, com o advento do Estado Democrático, o conceito de igualdade, porquanto as “sociedades pluralistas e multiculturais buscaram o consenso pela Constituição”, constituindo atributos destas a existência e a proteção das minorias (SIQUEIRA Jr., 2012, p. 172). Com o advento do Estado Democrático, portanto, criou-se o conceito de igualdade substancial como sendo aquele que permite ao Estado tratar os sujeitos de forma diferente, para que não os exclua e os prejudique, por motivo de suas condições sociais, econômicas e físicas, por exemplo²⁹. Ou melhor, alcança-se a igualdade por consequência da discriminação destacada pelo Estado. A faceta da igualdade substancial, nesta toada, concretizou-se com a expressão de que “o igual deve ser tratado igualmente e o desigual desigualmente, na medida de sua desigualdade”.

²⁸ Na constituição brasileira de 1988, o título dos direitos e garantias sociais inicia, no seu artigo 5º, com a expressão “todos são iguais perante a lei”.

²⁹ Os editais de concursos públicos consistem em exemplos didáticos de igualdade substancial. Estes, por força da lei, sempre preveem a possibilidade de isenção do pagamento das taxas de inscrições quando o candidato comprovar que não detém renda.

Ademais, os editais reservam de 5% a 20% das vagas abertas aos candidatos com deficiência física. Sabe-se que as dificuldades de um deficiente físico para realizar tarefas cotidianas, dentre elas estudar, são enormes. Assim, escolhendo o legislador pela criação de vagas obrigatórias a eles (desigualdade formal), consegue-se alcançar a igualdade substancial e dar-lhes as mesmas condições de acesso ao serviço público em relação ao indivíduo sem deficiência.

A consolidação do princípio-normativo da igualdade é de responsabilidade dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. E é no âmbito do judiciário que, infelizmente, não se observa os dois aspectos do princípio em foco, porquanto “o Judiciário, no estado brasileiro, submete-se a igualdade apenas no que diz respeito ao tratamento igualitário das partes no interior do processo” (MARINONI, 2013, p. 139).

Percebe-se que, no âmbito da litigância, os jurisdicionados apenas se guarnecem da igualdade material. Isto é, o judiciário brasileiro apenas oportuniza garantias de igualdade interiores ao processo, tais qual, e. g., o contraditório, a ampla defesa, acesso à justiça e o devido processo legal.

Por outro lado, entretanto, o Poder Judiciário quando aplica o direito não fornece igualdade – no sentido formal – aos cidadãos, visto que decide casos idênticos de maneira diferentes. E é na face formal da igualdade, exterior ao processo e inerente à jurisdição, que a teoria do *stare decisis* ganha força e atua eficientemente.

A teoria do *stare decisis* assenta-se na premissa do *treat like cases alike*, no qual consiste na obrigatoriedade de o judiciário conferir tratamento igual a casos semelhantes³⁰ e, portanto, atua na seara formal da igualdade. Nessa senda, definindo a função do *stare decisis* como meio de concretização do princípio da igualdade, Macêdo (2015, p. 154) assevera:

A teoria dos precedentes é amplamente fundamentada no adágio *treat like cases alike*, que nada mais é do que a representação do princípio da igualdade pelo judiciário do *commom law*. A igualdade preceitua que os litigantes de hoje sejam tratados da mesma forma que foram os do passado. A ideia é que, onde existem as mesmas razões, as mesmas decisões precisam ser proferidas, o que é uma consequência direta do princípio da igualdade. Os precedentes obrigatórios, portanto, representam no *commom law* uma forma – a mais relevantes delas – de concretização do princípio da igualdade.

Ou seja, não basta serem assegurados aos litigantes às garantias constitucionais internas ao processo. Faz-se imperiosa a uniformidade das decisões e a garantia de que situações iguais serão julgadas no mesmo sentido. Se, na apreciação de duas situações jurídicas semelhantes, uma delas for julgada de maneira diferente da outra, não sobram dúvidas que um dos jurisdicionados foi tratado de maneira desigual e, conseqüentemente, fora injustiçado.

A prestação judicial deve, nessa perspectiva, efetivar e concretizar as duas ramificações do princípio da igualdade, no qual o processualista Marinoni (2013, p. 142)

³⁰ Tradução livre e amplamente utilizada pelos doutrinadores.

denomina de “igualdade perante a jurisdição”. Ainda para o professor, a fim de concretizar a igualdade formal, precisa-se conceber a decisão judicial como resultado do sistema jurídico (legitimidade da decisão) e não como decisão conferida singularmente por um magistrado. Ou melhor, deve-se entender a prestação jurisdicional como um todo, um sistema interligado, no qual a decisão de um caso venha a agregar racionalmente ao sistema e não destoe desse.

Não sobram dúvidas de que o respeito e a vinculação dos precedentes legitimarão, não só as decisões, mas o sistema judiciário como um todo e, em especial, a hierarquia deste³¹. Fundamenta-se isso, pela impossibilidade dos juízes de grau inferior decidirem matéria de direito diferentemente do que fora sentenciado pelos colegiados dos Tribunais, em especial o Supremo Tribunal Federal e as Cortes Superiores, salvo se for caso distinto ou passível de superação.

Apenas legitimando as decisões judiciais como integrantes de um sistema jurídico unitário, racional e coerente e garantindo-se a igualdade material e formal aos cidadãos, será possível efetivar outras garantias constitucionais processuais e resolver problemas intrínsecos ao judiciário brasileiro, tais qual, a eficiência do Poder Judiciário, o respeito à hierarquia, o favorecimento de acordos, o desestímulo à litigância, a razoável duração do processo, entre outros.

1.3.4 Eficiência jurisdicional e outros aspectos relevantes

Consequentemente à vinculação dos precedentes, nos quais geram igualdade perante a jurisdição, verifica-se a melhora da eficiência processual, sendo esta uma das diretrizes da doutrina do *stare decisis*, conforme defende Mark Tushnet (2013, p. 99). Assim, tanto os juízes quanto os serventuários não dispensarão tempo para resolver casos e fundamentar as decisões sobre questões já decididas, bastando, para isso, enunciar a *ratio decidendi*. Sobrará tempo e esforços para analisar e solucionar os casos mais complexos e os argumentos distintos e inovadores.

³¹ Assimilando o entendimento de vários doutrinadores, Macêdo (2015, p. 169-170) constata que um dos requisitos a concretização do *stare decisis* constituiu na organização do judiciário de maneira centralizada e hierárquica.

Ademais, a igualdade de jurisdição somada à previsibilidade da solução jurídica, confere a parte que detém o direito maior barganha para acordar³². Não por menos, a parte adversa sabe que perderá eventual demanda judicial, portanto também medirá esforços para transigir.

Desencorajam-se, também, a litigância e a recorribilidade aventureira. Conhecendo o entendimento do Tribunal acerca de determinada matéria e sabendo que os juízes julgarão do mesmo modo, por força do *stare decidis*, não há estímulo para o jurisdicionado e para os advogados apostarem numa eventual ação sabendo que a perderão.

Não por menos, recorrer desta decisão, com fundamento nos argumentos já refutados pelo juiz *a quo* e na esperança de posicionamento dessemelhante do magistrado de hierarquia superior, ocasionará perda de tempo e de dinheiro, visto que o Tribunal manterá a decisão e vinculará o precedente, racionalizando-se, portanto, o duplo grau de jurisdição. Tanto a recorribilidade lotérica quanto a protelatória, além de dispendiosas, serão facilmente percebidas e poderão ser penalizadas sob a argumentação de má-fé.

Diminuindo-se os recursos e as demandas infundados, além de contribuir para a eficiência do judiciário – menor número de processos a gerenciar e a decidir –, efetivar-se-á a razoável duração do processo e a celeridade de sua tramitação³³. Assim, o trâmite das ações percorrerá facilmente as instâncias do judiciário e o tempo morto do processo³⁴ será, indubitavelmente, inferior.

Por fim, justificou-se nesse capítulo que a evolução teórica e prática dos sistemas *common law* e *civil law* convergiram em diversos pontos ao longo dos séculos e, contemporaneamente, com a influência do neoconstitucionalismo e a dinamicidade das relações sociais, muitos institutos se assemelharam.

Nesta toada, não restam dúvidas de que o ordenamento normativo brasileiro, conquanto pertencente à família *civil law*, incorporou uma série de institutos da família

³² O novo código de processo civil, lei nº 13.105/15, concede tratamento privilegiado às formas de autocomposição, especialmente, a conciliação. Nesse sentido, o novo código prevê: os conciliadores como auxiliares da justiça; uma seção específica aos conciliadores e mediadores; a obrigatoriedade de uma audiência de conciliação nas demandas ajuizadas, quando requerida pelo autor; dentre outros (BRASIL, Lei 13.105 de 2015).

³³ Consoante art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal (BRASIL, 1988): “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

³⁴ A expressão “Tempo morto do processo” consiste no tempo despendido para o gerenciamento do processo, ou seja, a tramitação deste entre as manifestações das partes e o pronunciamento juízo. Como exemplo, temos o tempo de espera para a publicação e intimação do ato processual e o tempo de espera para remeter o processo para os Tribunais.

common law, influenciando a estrutura judiciária e a forma como os magistrados decidem os casos práticos. Decorrente desse sistema misto, portanto, faz-se imperiosa a construção da teoria dos precedentes vinculantes no ordenamento nacional, para que se concretizem os direitos e garantias constitucionais³⁵ dos cidadãos e se garanta a racionalidade, a coerência e a uniformidade ao sistema jurídico, extirpando gargalos que hoje afetam e atrapalham significativamente a atuação e a prestação jurisdicionais dos Tribunais brasileiros.

³⁵ Concretização das garantias e direitos previstos na constituição: tanto os processuais, quanto os materiais.

2 DEFINIÇÃO E APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAS

2.1 O instituto do *stare decisis* e os precedentes judiciais

2.1.1 Conceituação e características dos precedentes judiciais

A primeira distinção que se deve fazer à título de conceituação consiste na diferença entre precedentes e decisão judicial, visto que a expressão precedentes judiciais é constantemente utilizada em sentido amplo, confundindo-se, portanto, com as decisões judiciais.

A tutela jurisdicional constitui na atividade precípua do judiciário, no qual a realiza por meio de decisões judiciais, solucionando as demandas submetidas a ele. Isto é, “a decisão judicial surge como consequência da procura do provimento jurisdicional por sujeitos interessados em resolver questões fáticas da vida” (REQUIÃO, 2013, p.338).

Para uma decisão judicial ser considerada precedente, entretanto, deve a decisão tratar sobre questão de direito (*point of law*) e, não de matéria de fato (no qual se respaldam a maioria das demandas) (MARINONI, 2013, p. 213). Nesse sentido, todo precedente decorrerá de uma decisão judicial, porém nem toda decisão consistirá em precedente³⁶.

Caracteriza-se o precedente judicial, também, por criar norma jurídica no qual servirá de fundamentação à resolução de outros casos semelhantes e incorporará ao ordenamento jurídico³⁷. Ou melhor: “ao mesmo tempo em que julga, o magistrado de certa forma legisla, criando regras de decisão aplicáveis a outros casos similares”, consoante percepção do processualista Miranda de Oliveira (2013, p. 16).

Extrai-se do entendimento acima, a dimensão retroativa e prospectiva dos precedentes, como bem descreve Macêdo (2015, p. 93-96). Nesse sentido, deve-se observar o

³⁶ A expressão “decisão” judicial poderá ser utilizada para designar o precedente, bastando limitá-la e deixar claro que se trata de um precedente. Como exemplo são as expressões decisão-paradigma, decisão-precedente, dentre outras similares.

³⁷ Diversos doutrinadores já escrevem que os precedentes judiciais, indubitavelmente, constituem fonte de direito. Consequentemente à instituição dos precedentes vinculantes no novo Código de Processo Civil, passarão estes a constituírem fonte de direito.

aspecto “passado” das decisões-paradigmas, visto que, por consequência da autoridade vinculativa destas, os julgadores deverão respeitá-las e aplicá-las nos futuros casos semelhantes, observando em qual condição e circunstância foi estabelecido o precedente a ser aplicado.

Por outro lado, fundamentando o caráter futuro do precedente e preocupado com a eficácia criadora da norma, Macêdo aduz que “o magistrado, ao inovar sobre questão jurídica, enunciando ou trabalhando o que virá a ser uma norma aplicável a outros casos, deve tomar em consideração proposições sociais para que tal decisão venha a gerar uma norma adequada” (MACÊDO, 2015, p. 45). Os Tribunais Superiores, ao decidirem um caso que se tornará paradigma (*lead case*), deverão observar não só a resolução do caso conforme o ordenamento jurídico, mas as repercussões sociais, técnico-jurídicas, e o impacto econômico das mesmas.

Soma-se a este requisito, a obrigatoriedade da decisão judicial “enfrentar os argumentos a favor e contra a tese jurídica afirmada de forma exaustiva, sob pena de não prestar-se à orientação de casos posteriores” (MIRANDA DE OLIVEIRA, ANDERLE, 2014, p. 310), ou seja, a fundamentação da decisão deverá confrontar e debater os principais argumentos prós e contras acerca das questões de direito em análise enquadrados na moldura caso concreto.

Ademais, faz-se imperioso analisar em qual grau jurisdicional proferiu-se a decisão passível de se tornar um precedente. Isto, porque, mesmo que a decisão contenha os requisitos a se tornar um precedente, ele não será assim considerado se proferido por um juiz singular ou Tribunal que não seja a última instância da jurisdição, como bem descreve Pedro Miranda: “uma decisão exarada por um tribunal inferior pode ser considerada precedente para um juiz de primeiro grau – desde que presentes os requisitos intrínsecos e necessários –, porém não será considerada como precedente em relação ao tribunal superior” (MIRANDA DE OLIVEIRA, ANDERLE, 2014, p. 307-324).

No caso do sistema jurisdicional brasileiro, a norma extraída do precedente, conjuntamente com os demais requisitos inerentes a este, terá autoridade para vincular quando for proferido pelo STF, no que concerne ao direito constitucional; pelo STJ, em relação ao direito federal infraconstitucional; e pelos Tribunais de Justiça, em face da legislação estadual.

A vinculação do ato decisório estende-se em duas direções: a vertical e a horizontal. A obrigatoriedade vertical decorre da força hierárquica e da competência recursal

do sistema judiciário. Serão afetados pelos precedentes prolatados pelas Cortes superiores os tribunais e juízes situados em posição inferior na hierarquia da estrutura judicial³⁸.

Na outra vertente, incide a hierarquia horizontal, na qual consiste na vinculação da norma emanada pelo precedente ao próprio Tribunal prolator da decisão. Isto é, se já houve precedente formado por determinada turma ou sessão de um Tribunal, os casos similares que, posteriormente entrarem na pauta deste, deverão ser elucidados igualmente ao outro, isto é, consoante ao precedente já afirmado pelo Tribunal. Mark Tushnet, fundamentando o caráter da humildade como diretriz da vinculação horizontal no sistema do *common law*, assim sustenta: “mesmo Ministros da Suprema Corte devem ter em conta de que, em linha de princípio, eles não têm motivos específicos – exceto o mais genuíno egocentrismo – para pensar que são melhores ao produzir interpretação jurídica do que seus sucessores” (Tushnet, 2013, p. 101-102).

Já aos juízes de primeiro grau, entretanto, quando exararem decisão propensa a se tornar precedente, esta terá apenas força persuasiva, não precisando ser obrigatoriamente seguida pelo tribunal de grau hierárquico superior. Esta decisão servirá como argumento e, após o devido processo legal com a ampla participação dialética dos litigantes, o tribunal com autoridade decidirá e vinculará todo o ordenamento.

Não menos importante, incorre na análise da eficácia da norma gerada pelo precedente. Os teóricos da teoria do *stare decisis*, embora diverjam entre outras categorias, são unânimes em classificar os precedentes em obrigatórios ou persuasivos. Estes últimos (*persuasive precedent*) não são obrigatórios, “servindo apenas de indício de uma solução racional e socialmente adequada, podendo ser livremente seguidos ou inobservados pelo julgador subsequente” (GARCIA REDONDO, 2013, p. 408), não sendo considerado erro de julgamento quando não aplicado pelo magistrado.

Quanto os precedentes obrigatórios (*binding precedent*), caracterizam-se por serem aqueles que “geram a observância da norma neles contida para os julgadores subsequentes, devendo aplicá-las sob pena de incorrer em erro quanto à aplicação do direito [...] servindo como modelos determinantes para as decisões posteriores” (MACÊDO, 2015, p. 102). Nessa toada, portanto, a Corte só poderá ignorar a aplicação da norma estabelecida em precedente caso haja argumentos convincentes e apresente decisão exaustivamente

³⁸ À título de exemplo: um juiz de direito do Estado de Santa Catarina estará obrigado aos precedentes prolatados pelos: Tribunal de Santa Catarina em face da legislação estadual; Superior Tribunal de Justiça no que concerne à legislação federal infraconstitucional; e ao Supremo Tribunal Federal no tocante às matérias constitucionais.

fundamentada em sentido diverso, no qual ocorre, em regra geral, nas hipóteses de superação (*overruling*) ou distinção (*distinguish*) da situação em apreço em face da decisão-paradigma.

Por fim e de modo didático, pode-se conceituar precedente com efeito vinculante como sendo a primeira decisão dotada de autoridade, na qual elabora determinada tese jurídica (ou que, definitivamente, a delinea), proferida a partir da delimitação dos argumentos enfrentados em um caso concreto (estabelece-se uma moldura fática), cujo núcleo (tese jurídica extraída da *ratio decidendi*) passa a integrar o ordenamento jurídico e serve de norma para a resolução de demandas semelhantes.

2.1.2 Distinção entre precedentes, jurisprudência e súmulas

Para o estudo da teoria dos precedentes, torna-se imperioso, também, ter clara a distinção entre precedentes, jurisprudência e súmulas, visto que, conquanto os institutos sejam distintos, eles são reiteradamente confundidos.

A primeira distinção que se faz necessária demonstrar ocorre entre os precedentes e as jurisprudências. Estas se caracterizam por constituírem a aplicação reiterada de um corpo de decisões nas quais explicitam “o entendimento de determinado tribunal acerca de uma questão jurídica ou sobre a exegese de um texto legal” (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 20). Retira-se do conceito, portanto, que a aplicação reiterada das decisões constitui característica basilar da jurisprudência. Por outro lado, o precedente decorre da importância de uma única decisão proferida por Tribunal, constituindo fonte normativa e tornando-se obrigatório.

Extraem-se destas propriedades as primeiras diferenças entre os institutos. Enquanto a jurisprudência traz consigo a ideia intrínseca de pluralidade de decisões, o precedente decorre de apenas uma decisão. Esta diferença é percebida na prática forense, ainda que haja interação entre os institutos, consoante descreve Garcia Redondo: “quando determinado precedente é reiteradamente aplicado, passando a refletir o posicionamento predominante do Tribunal, diz-se que o mesmo se tornou jurisprudência” (GARCIA REDONDO, 2013, p. 409).

Ademais, a construção da jurisprudência demanda um amplo lapso temporal para agregar força normativa, enquanto basta um precedente para que este seja obrigatório, sendo possível, a prolação de decisão-paradigma que dissente da jurisprudência hodierna.

Fundamentando a temática e assinalando outra diferença, decorrente do modo de analisar e utilizar os institutos em estudo, Miranda de Oliveira, Anderle (2014, p. 310) assim expõem:

a jurisprudência afasta-se do caso concreto, uma vez que sua pesquisa limita-se ao enunciado geral e abstrato da ementa. Em vez de focar em uma decisão, com ementa e fundamentação, os juristas buscam o maior número de julgados possível que justifiquem, de forma geral e abstrata, a tese jurídica que se quer afirmar. O precedente judicial, diversamente, delimita os debates e argumentos enfrentados no caso concreto para chegar a determinada tese jurídica de forma coerente, possibilitando sua correta aplicação pelo intérprete.

Nesse sentido, enquanto o precedente elucida e delimita determinada matéria de direito considerando a conjuntura fática do caso, a jurisprudência separa-se do caso concreto, limitando-se à averiguação da ementa e extraindo o enunciado normativo de maneira abstrata, perfazendo a função do texto legal.

Constata-se, destarte, que tanto as características quanto o modo de aplicação entre a jurisprudência e os precedentes obrigatórios são completamente divergentes. Não obstante esses institutos se inter-relacionem na prática, eles não podem ser utilizados e fundamentados de maneira semelhante.

Da mesma maneira, não há unidade de sentido entre os precedentes e as súmulas. Diferentemente dos *binding precedents*, as súmulas consistem na retirada do enunciado normativo da jurisprudência dominante. Ou melhor, “o fenômeno *súmula* identifica-se com um resumo das ideias contidas em reiteradas decisões de um tribunal, proferidas num mesmo e determinado sentido. Na verdade, trata-se da apreensão do conteúdo jurídico essencial de decisões num mesmo sentido” (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2013, p. 24).

Quando algum Tribunal cria, edita ou modificada uma súmula, ele extrai da jurisprudência a essência normativa daquelas decisões, ou seja, tenta sintetizar em um verbete normativo, objetivamente e de maneira clara³⁹, a posição dominante do tribunal.

³⁹ São inúmeras as súmulas editadas de maneira confusa e de difícil compreensão para os aplicadores do direito, nas quais precisam ser reeditadas ou interpretadas pelo próprio Tribunal. Critica-se esta incompreensão, porquanto, tão igual à jurisprudência, as súmulas não refletem a realidade fática do enunciado, traduzindo, apenas, o entendimento majoritário de forma geral e abstrata. A reanálise da súmula acarreta a insegurança jurídica dos jurisdicionados, visto que a aplicação do direito não reflete estabilidade das decisões, permanecendo incerto.

Caracterizam-se as súmulas, nesse sentido, pela objetividade e pela tentativa de tornar fácil a compreensão da norma retirada do conjunto de decisões aos aplicadores do direito.

Faz-se às súmulas a mesma diferenciação feita à jurisprudência em face dos precedentes, visto que aquelas se afastam das circunstâncias fáticas inerentes às decisões jurisprudenciais, tornando-se verbetes gerais e abstratos de aplicação idêntica às leis. Ademais, as súmulas constituem atos jurídicos autônomos, externos as decisões judiciais, e possuem procedimento específico para sua criação; não se confundem, portanto, com os precedentes, dos quais são extraídos do ato decisório.

Outra diferença consiste na eficácia das súmulas. Mesmo que a classificação destas se divida em persuasivas e obrigatórias, a eficácia obrigatória limita-se às súmulas vinculantes editadas pelo STF, mediante a aprovação de 2/3 dos seus membros. As súmulas dos outros Tribunais Superiores, contudo, detêm eficácia meramente persuasiva, passível de não aplicação pelo próprio tribunal e podendo ser reeditadas a qualquer momento. Na doutrina do *stare decisis*, entretanto, uma decisão-paradigma proferida por Tribunal Superior detém caráter obrigatório às instâncias inferiores e ao próprio tribunal, preservando-se a estabilidade das relações e, necessitando forte carga argumentativa e diversificações sociais para que o precedente, v.g. não seja superado ou não seja aplicado.

As diferenças entre súmulas e precedentes são tão distintas que há uma divisão doutrinária acerca da compatibilidade ou não destes no mesmo ordenamento jurídico. Isto, porque nos sistemas que respeitam a vinculação do precedente, prefere-se a identificação e estudo da *ratio decidendi* à catalogação de súmulas (MARINONI, 2013, p. 216). Macêdo (2015, p. 113-114), defendendo a incompatibilidade dos institutos, assevera que, “caso se atribua obrigatoriedade ao precedente, considerado em sua unidade, nenhuma utilidade restará aos entendimentos sumulados a partir de reiteradas decisões: a primeira decisão desta linha já guardaria importância e tornar-se-ia obrigatória aos juízes subsequentes”.

Por outro lado, para Marinoni (2013, p. 214-216) existe a possibilidade de coexistência de ambos os institutos, visto que nem sempre a *ratio decidendi* será clara e de fácil compreensão, conforme preleciona o processualista: “de fato, quando uma decisão não define, com clareza, a tese jurídica proclamada, pode haver a necessidade de delimitação mediante enunciado. Nessa hipótese [...] a súmula nada acrescentará ao que foi dito pelo Tribunal, mas apenas precisará a tese proclamada”.

Sobre este aspecto, percebe-se que os doutrinadores fundamentam suas posições a partir de olhar por ângulos distintos. Necessitar-se-á esperar a clareza das decisões proferidas após a entrada em vigor do novo código processual brasileiro, para que se possa concluir se a *ratio decidendi* das decisões-paradigmas serão suficientemente claras para se extrair o enunciado normativo ou se edição de súmulas permanecerá imperiosa.

Confundidos constantemente entre os operadores do direito, demonstrou-se as diferenças inerentes aos institutos dos precedentes, da jurisprudência e das súmulas. Saber destas distinções, destarte, constitui norte essencial à correta aplicação do direito.

2.1.3 *Stare decisis: características estruturais*

Conquanto possa se observar, ao longo deste trabalho, uma série de atributos inerentes e elementos intrínsecos à doutrina do *stare decisis*, o que se pretende demonstrar neste subcapítulo são as suas características basilares, sem as quais, entretanto, o sistema de precedentes não pode vigorar.

No *common law*, as várias definições conferidas ao termo *stare decisis*, dentre as quais, doutrina, regra, princípio, demonstra a despreocupação dos operadores e teóricos jurídicos quanto a sua natureza. Todavia, a definição e a caracterização dos institutos se faz imperioso no sistema do *civil law*.

A *doctrine of binding precedente*, nesse sentido, classifica-se em nosso ordenamento jurídico como princípio jurídico, visto que consiste em preceito norteador do ordenamento jurídico, no qual estabelece que as normas extraídas dos precedentes devam ser seguidas e aplicadas pelos juízos subsequentes, caso haja similitude fática entre os casos. E foi desta maneira que o Supremo Tribunal Federal, em 2005, em agravo regimental no agravo de instrumento nº 179.560/RJ, o qualificou, classificando o *stare decisis* como princípio jurídico.

Nesta senda, a primeira característica basilar intrínseca ao *stare decisis* é a autorreferência, na qual consiste “no dever de os juízes decidirem sempre levando em consideração os precedentes pertinentes à questão jurídica, caso existam” (MACÊDO, 2015,

p. 267). Assim, o julgador precisa considerar os precedentes⁴⁰ que tratem da mesma situação jurídica e deve fundamentá-los na decisão, independentemente da conclusão que alcançar, demonstrando os porquês da aplicação (ou não) da *rule* já existente. Tratando do assunto, assevera Tucci (2012, p. 105): “pela própria técnica do precedente vinculante, impõe-se, na grande maioria das vezes, a exigência de que a corte invoque, para acolher ou rejeitar, julgado ou julgados anteriores”.

Já a segunda característica fundamental, versa sobre a adequada fundamentação da decisão. Como será visto adiante, faz-se imperioso que a decisão apresente argumentos ligados à exposição dos fatos e às razões de direito. Isto porque, a norma que se extrairá do precedente será integrada pelos elementos factuais e jurídicos da lide.

Ademais, é preciso que haja um contraditório substancial entre as partes⁴¹, ou seja, o julgador deverá fundamentar a decisão levando em conta os argumentos defendidos pelas partes e, não simplesmente aqueles argumentos que o convencerem⁴². Consoante descreve Mitidiero (2012, p. 62-68), não adianta haver um contraditório forte e, ao final, existir a possibilidade de o julgador, simplesmente, ignorar o que foi asseverado pelas partes. Faz-se obrigatório, dessarte, uma regularidade da fundamentação, em coerência com as argumentações efetuadas. Nesta linha de intensa fundamentação, igualmente, evidencia-se a concepção da autoridade dos precedentes, ou seja: quanto melhor o magistrado debater os argumentos na decisão, justificando o motivo da não aplicação das teses refutadas e, do mesmo modo, fundamentando o acolhimento das teses vencedoras – sempre sobre a perspectiva das situações fáticas –, de forma mais completa será a norma extraída deste precedente e, portanto, detentor de maior eficácia e autoridade vinculativa.

Por fim, o terceiro atributo estrutural da *doctrine of binding precedente*, consiste na publicidade ampla e integral das decisões judiciais, mesmo que a publicidade das decisões judiciais independa dos precedentes ou da teoria do *stare decisis*, porquanto consista em

⁴⁰ O Magistrado poderá conhecer os precedentes judiciais de ofício, por consistirem em fonte normativa de direito. Para não se caracterizar, neste caso, ofensa ao contraditório substancial, no qual será visto no item 2.2.4, deverá o magistrado fundamentar a aplicação do precedente.

⁴¹ E é nesta linha que o artigo 10 do novo Código de Processo Civil dispõe: “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” (BRASIL, lei 13.105, 2015).

⁴² Parte da crítica dos advogados acerca do poder judiciário decorre da incompleta fundamentação das decisões judiciais. Ou melhor, sabe-se porque se acolheu determinada tese X, no qual foi fundamentada. Contudo, pelo fato do juiz não justificar o afastamento da tese Y (perdedora) ou de determinada prova, a parte perdedora tem, em partes, o direito de defesa cerceado, por não saber o motivo da não aplicação da sua tese para elucidação da lide (informal).

“verdadeiro instrumento de controle de atividade dos órgãos jurisdicional”, presente nos textos constitucionais, conforme elucida Tucci (2010, p. 258).

Igualmente as leis expedidas pelo Legislativo, as normas extraídas das decisões-paradigmas apenas serão dotadas de eficácia caso sejam publicadas integralmente, ou melhor: se chegarem ao conhecimento não apenas das partes, mas também dos demais operadores jurídicos, em especial, dos demais Tribunais e dos jurisdicionados. Macêdo (2015, p. 293), assim assevera: “a publicação do precedente é requisito *sine qua non* para a eficácia da norma: a *ratio decidendi* só obriga os demais jurisdicionados a partir do momento em que o precedente do qual ela é extraída for publicado”.

Quanto a publicidade das decisões, não há crítica no sistema brasileiro. Embora alguns países do *civil law* não publiquem todas as decisões ou as publicam parcialmente, o mesmo não ocorre no Brasil, no qual todas as decisões são publicadas em diários oficiais, com fácil acesso a qualquer jurisdicionado. Ademais, os tribunais superiores mantêm ampla acessibilidade aos seus julgados, contando, até mesmo, com informativos jurisprudenciais publicados periodicamente.

Caracterizam-se como os atributos basilares e estruturantes da teoria do *stare decisis*, portanto, os institutos da autorreferência, da adequada fundamentação judicial e da publicidade íntegra e ampla das decisões judiciais.

2.2 Elementos primordiais do precedente judicial

2.2.1 Nota introdutória

Hodiernamente, por consequência de uma nova visão do direito ao contraditório, trabalha-se com duas perspectivas decorrentes da decisão judicial⁴³, nas quais devem ser bem

⁴³ No tocante às novas perspectivas da decisão judicial, principalmente, por consequência do Estado Constitucional, explanou-se o tema em outros momentos deste trabalho, em especial no item acerca da segurança jurídica e da igualdade perante a jurisdição.

compreendidos para que os seus termos não sejam confundidos, como bem argumenta Daniel Mitidiero (2012b, p. 61-69).

Para este processualista, a primeira perspectiva, comum aos operadores do direito no Brasil, consiste na vertente interna à decisão, ou seja, refere-se à elucidação do caso concreto às partes e, portanto, falam-se nos termos: causa de pedir, fundamentação, dispositivo, coisa julgada, dentre outros. Já a segunda perspectiva, caracteriza-se por ser a vertente externa da decisão, na qual versa acerca dos efeitos extrínsecos à decisão e diz respeito à unidade do direito e a coerência do ordenamento jurídico. É nessa segunda perspectiva, portanto, que se aduzem os conceitos da doutrina do *stare decisis*, quais sejam: *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing*, *overruling*, *binding precedent*, dentre outros.

Por se tratarem de aspectos distintos da decisão e, portanto, com nomenclaturas diferentes, a tentativa de fazer analogias entre as terminologias de uma categoria com a outra restarão infrutíferas. Isto, porque os conceitos referentes à doutrina do *stare decisis* não guardam semelhança com um único conceito da perspectiva interna, tornando-se necessária a análise destes elementos.

2.2.2 *Ratio decidendi*

Abordaram-se de maneira genérica, até o presente momento, as características dos precedentes e a necessidade de vinculação destes, não se referindo, contudo, às especificidades e aos elementos integrantes da decisão paradigma. Desse modo, constituem os elementos inerentes ao precedente a *ratio decidendi* e o *obiter dicta*⁴⁴ (ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2010, p. 37).

A *ratio decidendi* (ou *holding*⁴⁵) consiste no elemento de maior destaque no precedente, porquanto ela é a norma na qual vinculará os demais magistrados. Quer dizer, considerando a decisão como um todo, apenas a *ratio decidendi* vinculará, imperiosamente, às próximas decisões. Nesta senda, conceitua-se as razões de decidir, em uma primeira análise, como “a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão” (MARINONI, 2013, p. 220). Ou melhor, a *ratio decidendi*, denominada também de razões de decidir,

⁴⁴ Acerca do elemento “*obiter dictum*” verificar o próximo subitem.

⁴⁵ *Holding* é a terminologia utilizada pelos norte-americanos para *ratio decidendi*.

constitui nos motivos determinantes elencados pelo intérprete para solucionar determinado caso.

A problemática decorre não da conceituação das razões de decidir da decisão, entretanto da forma de obtenção desta, visto que não existe correspondência à *ratio decidendi* na processualística civil brasileira, ou seja, nos elementos internos à decisão. Embora a razão de decidir decorra, principalmente, da fundamentação da decisão, ela não se corrobora apenas com esta, incorrendo em erro quem assim o faz, visto que “a *ratio decidendi* envolve a análise da dimensão fático-jurídica das questões que devem ser resolvidas pelo juiz” (MITIDIEIRO, 2012b, p. 66). A regra do precedente, nesse sentido, deve ser extraída da leitura conjunta dos elementos da decisão (relatório, fundamentação e parte dispositiva), importando saber: “a) as circunstâncias fáticas relevantes adotadas; b) a interpretação dada aos preceitos normativos naquele contexto; c) a conclusão a que se chega” (DIDIER JR., OLIVEIRA, BRAGA, 2015, p. 447).

Contudo, faz-se importante destacar a observação realçada por Ataíde Jr. (2011, p. 70) quanto ao sistema brasileiro, visto que a força dos precedentes não se relacionará obrigatoriamente com a análise fática, mas voltadas a discussão de teses jurídicas, por consequência de os Tribunais Superiores serem, em sede de recurso extraordinário e recurso especial, competentes para apreciarem as questões de direito repercutidas nos casos em concreto. Nesse sentido, a *ratio decidendi* constituir-se-á, igualmente, pelos motivos necessários à resolução do caso, porém com apreciação da situação fática de maneira indireta.

Ademais, outra característica decorrente doutrina do *stare decisis* consiste na formação da norma decorrente do precedente pela aplicação deste nas futuras decisões. Ou seja, a *ratio decidendi* (*rule*⁴⁶) de um precedente, na maioria das vezes, não está completamente delineada. Assim, serão as decisões posteriores àquele precedente que definirão, mediante forte carga argumentativa, o real conteúdo e eficácia daquela norma, podendo, até mesmo, ampliar ou reduzir a incidência da norma⁴⁷.

Depreende-se do apresentado que há dificuldade de extrair e identificar a *ratio decidendi* da decisão judicial, tanto que, nem mesmo no *common law*, chegou-se a um entendimento no tocante a definição e o modo de obtê-la, encontrando-se a discussão

⁴⁶ O termo *Rule*, também sinônimo da *ratio decidendi*, é constantemente empregado pela professora Arruda Alvim Wambier (2010, p. 37).

⁴⁷ No tocante ao tema, interessante é a metáfora da cadeia de novelas (*chain novel*) elaborada por Dworkin ao tratar da atividade jurisdicional. Para o doutrinador, cada juiz é responsável pela escrita de um capítulo, nos quais serão repassados ao Tribunal que interpretará àquela decisão e escreverá um novo capítulo e assim por diante. Assim, todos os magistrados tem o dever de escrever o romance da melhor maneira possível.

“bastante presente na doutrina do *common law*, sem que se tenha chegado a um consenso metodológico ou mesmo conceitual” (MIRANDA DE OLIVEIRA; ADERLE, 2014, p. 310).

Nesse sentido, diversos foram os autores nos quais tentaram desenvolver metodologias para extrair do precedente judicial a sua *ratio decidendi* (ou norma jurídica). Dentre eles, destacam-se Eugene Wambaugh, Arthur Googhart, Rupert Cross, Neil Maccormick, dentre outros. Contudo, acolhe-se a conclusão alcançada por Macêdo (2015, p. 322), no qual se posiciona na direção de se afastar de conceitos metodológicos, evitando “uma exacerbada preocupação na construção de formas *a priori* para definir a *ratio decidendi* e admitindo a sua dimensão argumentativa”. Acolhe-se a posição do processualista brasileiro, porquanto é percebido ser mais eficiente desviar da preocupação com o método e concentrar nas decisões seguintes, nas quais interpretarão e concretizarão a norma do precedente, consoante a argumentação e a aplicação das razões de decidir pelos operadores do direito em um parâmetro comum de concepção.

Nesta linha, destarte, estreita-se substancialmente a definição da *ratio decidendi*, conceituando-a como sendo a regra de direito, tratada pelo juiz, expressa ou implicitamente, como passo necessário⁴⁸ para resolver a questão jurídica suscitada e, portanto, justificar a decisão final proferida no caso (MIRANDA DE OLIVEIRA; ADERLE, 2014, p. 310).

Ponto imperioso que se faz esclarecer decorre da possibilidade de existirem decisões-paradigmas com duas ou mais razões. Nessa senda, Marinoni (2013, p. 240-242) é preciso e autoexplicativo ao descrever que no *common law* não se admite a ocorrência de duas *rationes* em um mesmo precedente, ou melhor, “há inescandíveis problemas em se admitir uma decisão com duas *rationes*, ainda que cada uma delas possa constituir base necessária e suficiente para se dar ao caso solução idêntica”.

Este entendimento se depreende do raciocínio jurídico divergente efetuado pelos juristas do *common law*. Para eles, a definição da *ratio* decorre do direito material, diminuindo-se a importância do direito processual, ou seja, “o precedente, reflete a solução do caso e não a solução das questões nele envolvidas” (MARINONI, 2013, p. 242). Nesse sentido, caso uma decisão precise enfrentar uma questão processual para, posteriormente

⁴⁸ Embora a terminologia suficiente seja indeterminada e passível de interpretação, faz-se perceber que o enunciado não limita as possibilidades do que possa ser *ratio decidendi*, em contraponto aos várias outras definições.

alcançar o mérito, apenas as razões de decidir relacionadas ao mérito constituirão a norma-regra desta decisão⁴⁹.

O mesmo entendimento, contudo, não deverá ser incorporado pela doutrina brasileiro. Sabe-se que, no ordenamento nacional, “as questões processuais efetivamente discutidas e decididas adequadamente formam precedentes obrigatórios” (MACÊDO, 2015, p. 332). Nesta senda, quando Tribunal competente para elucidar determinada questão processual assim o fizer, antes da análise material da lide, constituirão, tanto a solução processual, quanto a questão de mérito, razões de decidir e, portanto, norma do ordenamento jurídico⁵⁰.

Soma-se ao fato de existirem mais de um *ratio* em uma única decisão, a possibilidade de existirem pedidos cumulados nas demandas jurídicas, em especial a acumulação simples de pedidos. Cada causa de pedir, nesse sentido, poderia ser considerada uma demanda judicial em separada, nas quais foram unificadas em um mesmo processo. Abarca-se o entendimento de Marinoni, Arenhart (2006), no qual afirmam que “no caso de pedidos cumulados, é possível ter tantos precedentes quantos sejam os pedidos, considerando-se, evidentemente, a espécie de cumulação”. Do mesmo modo, Macêdo (2013, p. 333), considerando o amplo estudo acerca da cumulação de ações, chega a seguinte conclusão: “podem se formar tantas normas do precedente quanto são os capítulos da decisão⁵¹.”

Por fim, vale analisar as decisões das quais não é possível extrair uma *ratio decidendi*. A doutrina aponta para duas possibilidades. A primeira caracteriza-se pela impossibilidade de delinear a *ratio* da decisão, por consequência de problemas na fundamentação, retirando daquela a sua eficácia vinculante. Nesse sentido, bem descreve Didier Jr., Oliveira, Braga, (2015, p 448): “se for difícil identificar a *ratio decidendi* de uma decisão, seja porque a sua fundamentação é insuficiente, seja porque não há uma tese jurídica bem delineada, entende-se que ela deve ser considerada desprovida de *ratio* e, por conseguinte, de autoridade obrigatória”.

A segunda possibilidade extrai-se da decisão judicial do órgão colegiado, no qual cada magistrado, não obstante ao resultado unânime ou não em determinada direção, o faz por

⁴⁹ Assim sendo, a questão processual importante à análise do mérito, embora não vinculante, recebe a classificação de *obiter dictum* com efeito persuasivo, porquanto é intimamente ligado ao caso concreto e detém forte carga argumentativa tanto pelas partes quanto pelos magistrados.

⁵⁰ O enunciado 327 do IV Fórum Permanente de Processualistas Civis (2014, p.59) do mesmo modo dispõe: “Os precedentes vinculantes podem ter por objeto questão de direito material ou processual”.

⁵¹ A teoria dos capítulos da sentença, em linhas gerais, assevera que, para cada causa de pedir, deve haver fundamentação específica que acolha ou desconstitua o pedido, individualmente, porquanto as causas de pedir poderiam ser ajuizadas separadamente, contudo, por decorrerem do mesmo objeto e terem como base as mesmas provas, prefere-se ajuizar uma única ação com vários pedidos (informal).

motivos diversos. Inexiste, portanto, fundamento dominante na decisão, impossibilitando a construção de uma norma, como bem asseverado por Macêdo (2015, p. 335): “embora os juízes alcancem o mesmo resultado, as razões determinantes para isso são diferentes o que acaba por eliminar a possibilidade de construção de uma norma a partir desse tipo de decisão”.

Deve-se atentar a esta situação, porquanto são inúmeros os casos decididos nos tribunais brasileiros, principalmente no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, no qual decidem determinada lide, muitas vezes de maneira unânime, porém fundamentam em dispositivos legais divergentes. Estes casos, portanto, não ensejarão a formação de norma integrante do ordenamento e vinculante às futuras decisões.

Consoante demonstrado, denomina-se *ratio decidendi* a norma jurídica (rule) extraída do precedente judicial mediante a análise hermenêutica das situações fático-jurídicas necessárias a elucidação do caso concreto e caracteriza-se, portanto, por ser o elemento vinculante da decisão judicial.

2.2.3 *Obiter dictum*

Levantou-se no item anterior os atributos e as peculiaridades da *ratio decidendi*, caracterizando-se esta por ser a norma retirada da decisão judicial, na qual integrará o ordenamento jurídico e, portanto, vinculará os demais juízes e Tribunais.

Contudo, existem discussões e ponderações realizadas durante o julgamento do caso concreto que não integram as razões de decidir, porquanto não são suficientes à elucidação deste. Para estas observações laterais, isto é, “juízos acessórios, periféricos, provisórios, refletindo impressões que não tem influência relevante” (GARCIA REDONDO, 2013, p. 405), realizadas pelos intérpretes e ou inseridas no corpo do acórdão, denominam-se *obiter dicta*⁵². Neste sentido, Daniel Mitidiero (2012b, p. 67) define *obiter dictum* como sendo o argumento “dito de passagem”, ou seja, “aquilo que é dito durante um julgamento ou consta em uma decisão sem referência ao caso ou que concerne ao caso, mas não constitui proposição necessária para a solução”.

⁵² “*Obiter dictum*” é a terminologia singular e *obiter dicta* a plural.

De maneira substancial e didática, também esclarecem a definição do termo *obiter dictum*:

É o argumento jurídico, consideração, comentário exposto apenas de passagem na motivação da decisão, que se convola em juízo normativo acessório, provisório, secundário, impressão ou qualquer outro elemento jurídico-hermenêutico que não tenha influência relevante e substancial para a decisão (DIDIER JR., OLIVEIRA, BRAGA, 2015, p 444).

Embora os enxertos transcritos traduzam o resumo doutrinário para conceituar o elemento *dictum*, os processualistas definem o termo, igualmente, por sua forma negativa, conceituando-o, em linhas gerais, como as proposições jurídicas inerentes no precedente, mas que não integram a *ratio decidendi* deste.

Por não incorporarem as razões de decidir, a característica primordial do *obiter dictum*⁵³ centra-se na sua não vinculação formal às futuras decisões. Isto é, justamente por constituírem em enunciações anexas, acessórias ou de passagem, o *dictum* não é utilizado como referente normativo e, na maioria das vezes, inobservados pelos próximos julgadores.

Este caráter de não obrigatoriedade do *obiter dictum* decorre da inobservância do contraditório judicial e, portanto, da ausência de ampla discussão acerca de determinada preposição pelas partes no processo. Nessa senda, apropriadamente observa Macêdo (2015, p. 338):

A ideia do *obiter dictum* é importante justamente por excluir da geração do precedente as partes da decisão que não foram objeto da argumentação das partes, geralmente possuindo pouca importância para a solução da causa, mas que vieram a ser consignadas no ato decisório. Assumir que é possível a construção de norma a partir de fundamentos que não foram objeto do contraditório, no sistema jurídico brasileiro, não é lícito.

Consoante explanado no item anterior, o requisito de eficácia da norma jurídica extraída da decisão decorre da ampla argumentação das partes e, conseqüentemente, da formação gradual, passo-a-passo, do precedente. Neste sentido, não são dotadas de eficácia as enunciações não aventadas e não fundamentadas pelos sujeitos do processo, mesmo que inseridas no corpo do acórdão. Portanto, caracteriza uma das funções do *obiter dictum* garantir a formação legítima das normas extraídas das decisões, observando-se o devido processo legal e o contraditório judicial.

⁵³ Constituem exemplos de *dicta* em um precedente judicial: voto vencido em um julgamento colegiado; argumentos construídos a partir de casos hipotéticos; declarações dos magistrados sobre questões que não estão decidindo ou que nenhuma das partes arguiu; pronunciamentos acerca de causas de pedir não invocadas;

O pronunciamento lateral, ademais, poderá apontar para a distinção da demanda em análise da moldura fática do precedente vinculante. Igualmente poderá evidenciar possível superação⁵⁴ de entendimento pelo Tribunal. Neste aspecto, os magistrados, em ponderações laterais, demonstram que, para o caso em análise, manter-se-á o entendimento retirado da decisão paradigma em respeito a segurança jurídica. Porém, aos futuros casos e, caso as partes argumentem ao longo do processo sobre o *obiter dictum*⁵⁵, o Tribunal julgará consoante a moderna concepção jurídica, por consequência de uma mudança na cultura social, por exemplo.

Percebe-se, portanto, como bem descreve Didier Jr., Oliveira, Braga, (2015, p 446), que as considerações realizadas à título de *obiter dicta* em casos prévios poderão contribuir para a elucidação de julgamentos futuros e, até mesmo, tornar-se *ratio decidendi*, caso cumpridos os requisitos de formação desta.

2.2.4 Aplicação dos precedentes judiciais⁵⁶

Retira-se dos itens anteriores que há um caminho a ser perseguido pelo precedente para que este ganhe caráter normativo e, portanto seja dotado de autoridade, isto é, além de ser proferida por Tribunal competente para estabelecê-lo, deverá ser aplicado pelos magistrados nos julgamentos posteriores de casos semelhantes.

Fala-se em casos semelhantes, porquanto é sabido que, dificilmente, os fatos serão exatamente iguais àqueles integrantes de uma *ratio decidendi*. Ou seja, conquanto os casos tenham ampla similitude fática, sempre haverá peculiaridades que os diferenciarão. Nesse sentido, devem os operadores do direito retirarem da *rule* os fatos substanciais a esta, “é dizer, muito embora o conjunto dos fatos do caso concreto seja singular e irrepitível, os fatos considerados substanciais para que a decisão fosse alcançada não o são, e é possível, comumente, inferi-los da fundamentação” (MACÊDO, 2015, 344).

⁵⁴ No tocante as técnicas de distinção e superação dos precedentes, observar o item 3.1 do terceiro capítulo.

⁵⁵ Neste sentido, altera-se a classificação do *dictum*. De elemento sem eficácia vinculativa do precedente, o *dictum* ganha contornos de eficácia persuasiva, ou seja, poderá ser invocado pelas partes nos casos futuros e, assim, acolhido pelo magistrado para fundamentar a superação do precedente.

⁵⁶ Embora o *distinguishing* (método) e o *overruling* constituam técnicas utilizadas na aplicação e superação dos precedentes, respectivamente, ambos serão estudados no próximo capítulo, visto que é por meio da aplicação destas técnicas que se evita o engessamento do direito.

A doutrina assevera que a extração dos fatos essenciais da *rule* decorrem da possibilidade de enumeração destes em determinada categoria, que dizer, “torna-se indispensável perceber que os fatos do precedente sempre podem ser enquadrados em determinada categoria – mais restrita ou mais ampla –, em conformidade com as razões que serviram de base à decisão” (MARINONI, 2013, p. 250).

Como exemplo: determinada decisão paradigma determinou que os iogurtes vendidos em bandeja nos supermercados deveriam ter as datas de validade impressas em todas as suas unidades, para que, quando o cidadão consumisse a unidade com a validade descrita, continuasse informado acerca das datas de validade das demais unidades. Nesse sentido, retira-se que o fato substancial, primeiramente, constituiu-se nas unidades de iogurtes que possam ser destacadas individualmente, não importando se o iogurte é de morango ou de outro sabor. Posteriormente, em outras decisões e pelas críticas doutrinárias, poderão ser estas unidades categorizadas como produtos laticínios vendidos em conjunto, mas que possam ser ingeridos em unidades apartadas (ex: caixa de leite com 12 unidades) ou, até, mesmo, como qualquer produto perecível vendido em única unidade, porém o conteúdo possa ser consumidos separadamente.

Nesta toada, a delimitação dos fatos substanciais é de imperiosa importância, visto que eles constituirão a hipótese fática da *ratio*. Como visto, é importante que a decisão-precendente seja amplamente discutida e argumentada antes de ser solucionada, para que a *rule* nascida dela possa ter uma moldura fática segura e de fácil aplicação, sem que o precedente seja inúmeras vezes distinguido e, rapidamente, superado. Contudo, sabe-se que, tanto a delimitação da hipótese fática quanto a sua categorização serão construídas paulatinamente nas causas posteriores, na medida em que forem sendo delimitados os fatos relevantes inerentes à *rule*, nos quais ampliarão ou reduzirão a hipótese fática.

Do mesmo modo que a norma retirada do texto legal, a norma retirada do precedente também é formada pela sua hipótese fática e pelo seu conseqüente jurídico. Isto é, o raciocínio jurídico utilizado para aplicação de ambas as normas é similar, mesmo possuindo a hipótese fática extraída do precedente maior flexibilidade em relação àquele descrita no texto legal. Arruda Alvim Wambier (2010, p. 38-39), explanando acerca do raciocínio jurídico exercido pelos operadores do direito nos sistemas *commom law* e *civil law*, descreve que em ambos o raciocínio de aplicação da norma é o mesmo e assemelha-se à “imagem de um movimento pendular”, no qual o raciocínio movimenta-se dos fatos para a norma (sistema jurídico), retornando aos fatos, até o julgador concluir pela aplicação ou não da norma. Em

grosso modo, a professora aduz a semelhança da aplicação da norma entre os dois sistemas nos seguintes termos:

No *common law* [...] os passos seriam: 1) examinar o caso; 2) verificar a *relevante similarity* entre ambos os casos, o que deve ser decidido e o precedente (*analogy*); 3) determinação da *ratio decidendi*; 4) decisão de aplicar o precedente para resolver o caso. Correspondente nos países do *civil law*: 1) examinar o caso; 2) verificar a semelhança ou identidade do caso a ser decidido com aquele descrito na norma, ou abrangido pela norma; 3) determina exata e precisamente o sentido da norma; 4) decisão de aplicar a norma ou caso concreto.

Conclui-se, destarte, que as *rules* extraídas das decisões-paradigmas não só apresentam os mesmos elementos das normas dos textos legais, quais sejam a hipótese fática e o conseqüente jurídico, como o método de aplicação de ambas é o mesmo. Os operadores jurídicos de ambos os sistemas devem, assim sendo, a partir do caso concreto, verificar a semelhança deste com a hipótese fática descrita norma – seja ela proveniente da *ratio* ou do texto legal –, verificar o sentido da norma e, portanto, fundamentar pela aplicação ou não do conseqüente normativa, ou pela modificação deste, no caso vertente.

Embora se discorra muito acerca da figura do julgador, não pode se esquecer da importante influência e função dos advogados (TUCCI, 2012, p. 98-99), a quem cabe comprovar e demonstrar a similitude (ou diferenças) dos fatos substanciais entre o novo caso levado ao judiciário e a hipótese fática presente na *ratio decidendi*, argumentando pela aplicação desta e, portanto, requerendo (ou não⁵⁷) a mesma solução jurídica dada pelo Tribunal ao atual caso.

Como visto à formação da *rule*, torna-se imperioso o amplo debate dos argumentos das partes, sob diversas perspectivas, para que esta seja arquitetada a partir de fundamentos substanciais e seja, portanto, estabelecida com propriedade. Da mesma maneira, deve ser observado o extenso debate das partes quanto à aplicação dos precedentes nos casos futuros. Isto é, realça-se na doutrina do *stare decisis* a obrigatoriedade de um intenso processo argumentativo das partes, através do devido processo legal e do contraditório substancial.

Quanto ao devido processo legal, não se assevera apenas a sua concepção tradicional, na qual realiza a “função de um super-princípio⁵⁸”, coordenando todos os demais

⁵⁷ O método de arguir pela não aplicação de um precedente, demonstrando diferenças substanciais e, caso o magistrado assim entenda, devendo solucionar o caso de maneira diversa, constituiu-se, em linhas gerais, no *Distinguishing*, no qual será conceituado e especificado no próximo capítulo.

⁵⁸ O princípio do devido processo legal é considerado superprincípio, porquanto dele, não só decorrem outros princípios fundamentais constitucionais, mas se caracteriza por ser o norte interpretativo e de aplicação daqueles. Nesse sentido, Theodoro Junior (2012, p. 27) fundamenta que “a garantia do devido processo legal, porém, não

princípios processuais decorrentes dele [...] e de preparar e proporcionar provimento jurisdicional compatível com a supremacia da Constituição e a garantia de efetividade dos direitos fundamentais” (THEODORO JUNIOR, 2012, p. 28-29) e, dessarte, atua como requisito para que a decisão-precedente produza norma, consoante estabelece doutrina do *stare decisis*. Para aplicação da *rule*, contudo, o *due process of law* atua no quesito da flexibilidade, ou seja, deve o precedente formado ser passível de modificação (superação ou distinção), garantindo-se efetiva participação das partes por meio de processos argumentativos nas lides posteriores.

Depreende-se do devido processo legal, o princípio no contraditório substancial, no qual se caracteriza como elemento necessário e de validade à aplicação da *ratio*, porquanto a ampla discussão das partes deve realmente influenciar o julgador. Ou melhor, necessita o magistrado justificar a sua decisão consoante os fundamentos debatidos pelas partes, evitando-se as chamadas decisões-surpresas, nas quais a solução é dada consoante fundamento não debatido entre as partes ou apenas por uma delas. Entretanto, Macêdo (2015, p. 279) destaca que não são todos os argumentos permitidos no processo argumentativo, visto que deve ser preservada a racionalidade do debate, refutando as razões já afastadas⁵⁹ pelos Tribunais, visto que não influenciarão no resultado das futuras demandas. Assim, o processualista realça três possibilidades de argumentação, no que concerne a *ratio decidendi*, passíveis de serem debatidos:

(1) Quanto ao seu significado, ou seja, sobre qual é efetivamente a sua *ratio decidendi* ou sobre o que deve ser considerado *obiter dictum*, e todas as variações possíveis desse debate; (2) sobre a aplicação ou não do precedente no caso, o que é realizado mediante a categorização dos fatos substanciais e a sua diferenciação dos fatos jurídicos da demanda (*distinguishing*); e, além disso, (3) quanto a necessidade de superação (*overruling*) e acerca da possibilidade de conflito entre o precedente e alguma norma legal ou constitucional ou com as finalidades estabelecidas por elas (MACÊDO, 2015, p. 280).

Para concretizar os princípios jurídicos enunciados, entende-se que a aplicação da *ratio* dependerá da arguição e da intensa fundamentação das partes, visto que o “*case law* trabalha com a constante reconstrução dialógica das normas jurídicas enunciadas em precedente” (MACÊDO, 2015, p. 348).

se exaure na observação das formas da lei para a tramitação da causa em juízo.” Assim, descreve que decorrem do devido processo legal os princípios do: contraditório e ampla defesa; do juízo competente e do juiz natural; do acesso à justiça; da fundamentação de todas as decisões; dentre outros.

⁵⁹ No item 1.3.4 asseverou-se pela penalização da parte que recorrer com base, exclusivamente, em argumentos já afastados pelos Tribunais, consistindo esta prática em critérios objetivos à caracterização da litigância de má-fé e passíveis, portanto, de multa e penalizações.

Os causídicos deverão alegar, consoante se extrai do enxerto acima, elementos relacionados à decisão-paradigma trazida aos autos e confrontá-los com o caso que se queira elucidar. Quer dizer, através do raciocínio jurídico criativo, os advogados deverão defender, dentre outros argumentos, quais os pontos fáticos essenciais e qual a amplitude de incidência do conseqüente normativo da *ratio decidendi*, fundamentando a sua ampliação ou restrição.

Ademais, poderão demonstrar que os fatos narrados na lide são passíveis de enquadramento na mesma categoria fática presente na *ratio* e, portanto, a demanda deve ter a mesma solução jurídica. Por outro lado, poderão defender a não aplicação da *rule*, por consequência das diferenças substanciais entre o *case* e a decisão-paradigma, ou arguir pela superação da norma, à vista das mudanças sociais, tecnológicas, dentre outras.

Por meio das fundamentações relacionadas à aplicação ou não da *ratio*, constata-se que o trabalho a ser realizado pelos operadores jurídicos constituiu, essencialmente, na analogia entre as causas. Ou seja, compara-se a norma retirada do caso-paradigma com a atual lide. O julgador, por exemplo, identificando e convencendo-se das semelhanças existentes entre os fatos desta com a hipótese fática daquela, deverá decidir o atual caso igualmente à solução jurídica conferida ao caso-paradigma (igual consequência jurídica)⁶⁰, por meio da utilização da analogia. Isto é,

Cabe ao juiz, diante do caso concreto, determinar se o precedente judicial apresentado pelas partes se aplica ou não à questão em discussão, demonstrando a identidade fática, as diferenças determinantes entre os casos e o sentido da norma aplicada. [...] Constatando a identidade fática entre o precedente e o caso sob julgamento – e não sendo caso de *distinguishing* ou *overruling* –, o juiz deve aplicar o precedente por simples analogia, ou seja, a solução a ser dada ao caso concreto deverá ser a mesma que foi dada ao caso paradigma. (MIRANDA DE OLIVEIRA; ADERLE, 2014, p. 312).

Não se pode esquecer, por fim, que o raciocínio jurídico a ser efetuado precisa ser íntegro e harmonioso com o ordenamento. Ao realizarem o raciocínio jurídico para aplicação da *ratio decidendi*, portanto, os operadores jurídicos devem demonstrar a coerência e a consistência⁶¹ da solução apontada defronte ao sistema jurídico. Para esta finalidade, mostra-se o método da analogia ser um dos mais sólidos, visto que, na percepção da professora

⁶⁰ Conforme fundamentando, quando demonstrado que os fatos substanciais da lide são semelhantes àqueles descritos na *rule* (fatos substanciais semelhantes), o magistrado, por força do princípio do *stare decisis* (*treat like cases alike*), deverá aplicar a *ratio* e decidir a lide igualmente.

⁶¹ A processualista fundamenta que os operadores do *comom law* não se preocupam com esta demonstração de coerência em face do ordenamento jurídico, visto que a *consistency* e a coerência são pressupostos do sistema normativo do *commom law*, isto é, estes elementos já estão intrínsecos no raciocínio dos operadores (ARRUDA ALWIM WAMBIER, 2012, p. 39).

Arruda Alvim Wambier (2012, p. 39), a “analogia é uma tentativa valiosa de assegurar a coerência no sistema jurídico”.

Constatou-se que, para a aplicação da *ratio*, o raciocínio jurídico realizado assemelha-se àquele utilizado na aplicação da norma no *civil law*, porém com algumas peculiaridades. Ademais, para que haja a prestação jurisdicional justa a partir da utilização dos precedentes, demonstrou-se que a aplicação destes decorre do intenso processo argumentativo das partes, consonante e consistente com o sistema jurídico, observado a concretização efetiva dos princípios constitucionais do devido processo legal e do contraditório substancial.

3. AS TÉCNICAS DE DESENVOLVIMENTO DO DIREITO E SUAS CORRESPONDÊNCIAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

3.1 Técnicas de flexibilização e de superação dos precedentes vinculantes

3.1.1 *Distinguishing*

Caracteriza-se o *distinguishing* por ser uma técnica de aplicação, confronto e interpretação dos precedentes, do qual se depreendem duas acepções: a primeira, refere-se ao próprio método (técnica) de comparação entre o caso *sub judice* e o paradigma; já a segunda, consiste “em não se aplicar o precedente quando o caso a ser decidido apresenta uma peculiaridade, que autoriza o afastamento da *rule* e que a decisão seja tomada independentemente daquela” (MIRANDA DE OLIVEIRA; ADERLE, 2014, p. 314).

Percebe-se, assim, que o termo *distinguishing* pode ser utilizado tanto no sentido amplo, quanto no estrito. Distinção em sentido amplo, também denominado *distinguishing*-método, é a técnica de comparação e diferenciação entre o caso vertente e o paradigma. Quer dizer, é procedimento pelo qual, no momento de aplicação do precedente, as partes confrontarão as diferenças e as similitudes dos casos. O julgador, igualmente, utilizará desta técnica para comparar os casos e “verificar se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma” (TUCCI, 2012, p. 125).

Observa-se, assim, que a técnica de comparação caracteriza-se por ser o meio de aplicação dos precedentes⁶² e, portanto, entende-se que este modo de associação ou dissociação deva ser constantemente utilizado. Nesta seara, em linhas gerais, deve-se realizar a delimitação dos fatos substanciais e verificar se há similitude fática entre o caso atual e o paradigma, comparando-os e concluindo-se pela aplicação ou não do conseqüente jurídico da *ratio* ao primeiro caso. Descrevendo sobre o assunto, Ataíde Júnior o sintetiza:

⁶² Utilizam-se os conceitos e características enunciadas no capítulo anterior aqui, principalmente, no que concerne à formação e utilização da *ratio decidendi* e do *obiter dictum* e, também, em relação à aplicação dos precedentes judiciais.

Percebe-se que a observância de um precedente no caso em julgamento requer uma confrontação entre os fatos materiais (relevantes) dos dois casos, para assim saber se a *ratio decidendi* do primeiro afigura-se adequada para servir de motivo determinante à decisão que venha regular as consequências jurídicas dos fatos do caso em julgamento (ATAÍDE JUNIOR, 2011, p. 82).

Proveniente da distinção em sentido amplo e consistindo na segunda acepção, o *distinguishing* em sentido estrito, igualmente descrito como *dinstinguish*-resultado, refere-se ao resultado do procedimento de comparação entre o caso paradigma e o *sub judice*, concluindo-se pela não aplicação da *ratio* neste último, por consequência da(s) dessemelhança(s) entre os casos. Isto é, menciona-se o *distinguishing* em sentido estrito quando, consoante aduz Garcia Redondo, houver:

Diferença entre o caso concreto em exame e o paradigma anterior, seja porque inexistente coincidência com os fatos que embasaram a *ratio decidendi*, seja porque, a despeito de eventual aproximação entre eles, há uma peculiaridade no caso em julgamento que impõe a não aplicação do precedente (GARCIA REDONDO, 2013, p. 409).

Nessa senda, depreende-se que existem algumas possibilidades de distinguir os casos em contraponto ao paradigma. Na primeira possibilidade, pode-se constatar que não há similitude fática entre as causas (os fatos materiais são distintos)⁶³ e, dessarte, autoriza o magistrado do caso vertente a afastar a *rule* e adotar uma solução jurídica distinta. Outra situação ocorre quando há diferenças fáticas, porém estas são irrelevantes. Nesse sentido, deverá o magistrado aplicar a *ratio*, visto que os fatos substanciais ou se assemelham ou podem ser categorizados da mesma forma, não havendo nenhum fato novo que possa afastar a aplicação da *ratio*.

Há uma terceira ocorrência, intermediária entre estas outras duas, na qual há tanto diferenças quanto similitudes fáticas substanciais entre as causas, tornando-se dificultosa a simples associação ou dissociação entre elas e, conseqüentemente, a aplicação ou não da *ratio*. Percebe-se desta situação, um dos aspectos da criação paulatina da *ratio*, porquanto ocorrerá um intenso processo argumentativo das partes. Estas deverão demonstrar a coerência entre os princípios e as regras fundamentais utilizados na construção da *ratio decidendi* em face dos fatos do caso em debate, impulsionando, ou não, à mesma solução jurídica. Do

⁶³ Fala-se em fatos materiais ou substanciais, porquanto estes necessitam ser relevantes e passíveis de afastar a incidência da *ratio*. Conforme explicita Marinoni (2013, p. 326) “fatos não fundamentais ou irrelevantes não tornam causas desiguais. [...] A distinção fática deve revelar uma justificativa convincente, capaz de permitir o isolamento do caso sob julgamento em face do precedente”.

resultado proveniente da aplicação ou não da *ratio*, verificar-se-á a ampliação ou restrição da *rule*.

O *ampliative distinguishing* consiste em estender a hipótese fática da *ratio decidendi* aos fatos da nova situação, acrescentando-os, porquanto estes não eram, de imediato e sem o intenso debate argumentativo, abrangidos pela decisão-paradigma. Por outro lado, o *restrictive distinguishing (inapplicable law)* decorre da ampla abrangência da hipótese fática prevista na norma retirada da decisão paradigma. Assim, os fatos do caso que, aparentemente, enquadrar-se-iam na moldura fática do precedente, serão afastados, o que possibilitará o julgamento livre do processo pelo magistrado. Ou melhor, restringe-se a amplitude da *ratio*, limitando a sua incidência fática e especificando a categorização dos fatos desta, afastando-se, portanto, a aplicação da mesma tese jurídica ao caso em atento.

Apreende-se que, tanto a distinção propriamente dita, como também a ampliação ou restrição da *rule*, proporcionam segurança e igualdade aos jurisdicionados, visto que amoldam adequadas soluções jurídicas a diferentes realidades. Dessa forma, consoante complementa Marinoni (2013, p. 330), “há o desenvolvimento do significado e da força dos precedentes que passam a se adaptar, sem rupturas, às situações que vão surgindo à medida que o tempo passa”.

A realização do *distinguishing* e, conseqüentemente, a não aplicação da *ratio* ao caso em análise, contudo, não autoriza o magistrado a realizar distinções arbitrárias. Ou seja, são vedadas as distinções efetuadas ao bel prazer pelo julgador, “sendo facilmente desmascarado quando tenta distinguir casos com base em fatos materialmente irrelevantes” (MARINONI, 2013, p. 326). Consoante já exposto, portanto, somente após amplo debate argumentativo das partes acerca dos fatos do novo caso, é que o juiz estará autorizado a decidir pela aplicação da distinção ou não.

Ademais, “a aplicação do *distinguishing* não significa uma superação ou revogação do precedente invocado, tampouco que o mesmo está equivocado. Na maioria das vezes, o *distinguishing* não afeta a autoridade⁶⁴ do precedente” (MIRANDA DE OLIVEIRA; ADERLE, 2014, p. 315). Ou seja, conquanto a *ratio* não tenha sido aplicada (*inapplicable law*) a determinado caso, por causa de distinções substanciais presentes neste, ela permanece

⁶⁴ Entende-se que as distinções devam ser especificadas e realizadas em poucos casos, em regra geral, quando há fato novo que o distinga da *rule*. Isto, porque a *ratio* deve ser cuidadosamente elaborada, para contemplar diversas situações fáticas e teses jurídicas. Contudo, caso haja inúmeras distinções da norma extraída do precedente, ocasionará um ruptura desta, no qual reduzirá consideravelmente sua força obrigatória.

como norma integrante do ordenamento jurídico, produzindo os seus efeitos jurídicos e, destarte, de observação obrigatória a todos os demais casos.

Outrossim, a competência para realizar a distinção não é apenas do Tribunal do qual emanou a decisão paradigma, mas sim de todos os juízes vinculados a *ratio*, consoante explana Macêdo (2015, p. 251). Esta característica mostra-se mais do que óbvia, visto que o princípio da igualdade seria ferido caso fosse possível tratar causas diferentes de maneira igual. Assim, quando há diferenças substanciais, o magistrado de primeiro grau é competente para distinguir o caso da *rule* e aplicar solução jurídica diversa, fornecendo uma prestação jurisdicional justa ao caso.

Por fim, faz-se importante frisar que a realização das distinções converge em uma mesma direção: há, concomitantemente ao desenvolvimento do direito, a preservação da estabilidade. Neste raciocínio, sustenta Marinoni:

O sistema de precedentes, quando visto a partir da técnica da distinção, sem perder a sua função de preservação da estabilidade, torna-se maleável e capaz de permitir o desenvolvimento do direito, dando conta das novas realidades [...] sem que com isso, seja preciso o rompimento do sistema ou revogação do precedente que ainda é necessário e suficiente para tratar das situações que contemplou desde a sua origem (MARINONI, 2013, p. 331).

A técnica de aplicação *distinguishing* garante a flexibilidade e a maleabilidade do direito. Por consequência das distinções, portanto, não se permite que uma lide, com situação fática fortemente divergente, receba igual solução jurídica àquela conferida ao *leading case*. Além disto, o desenvolvimento do direito permanece constante, porquanto os precedentes adaptam-se as novas situações que vão surgindo sem romperem as suas *rationes*.

3.1.2 *Overruling*

O *overruling* consiste na técnica de superação dos precedentes judiciais, na qual se retira do ordenamento jurídico determinada *ratio decidendi* vigente, substituindo-a por outra norma⁶⁵ (DIDIER JR., OLIVEIRA, BRAGA, 2015, p. 494), objetivando a continuidade

⁶⁵ Quando o precedente contiver mais de uma *ratio decidendi* e apenas uma delas for superada, não se substitui, contudo, integralmente o precedente. Isto é, supera-se apenas a norma ultrapassada e a outra *rule* continua eficaz e vinculante às demais decisões. Justifica-se este posicionamento, porquanto anteriormente afirmou-se que é possível, no ordenamento nacional, coexistirem duas ou mais *rationes* em uma mesma decisão-paradigma.

no desenvolvimento do direito. Isto porque, o precedente perde os alicerces que o fundamentavam, por consequência das mudanças nos comportamentos sociais e da evolução nas áreas jurídicas, econômicas e técnicas ou por causa de erro na definição da *ratio decidendi*⁶⁶. Torna-se impossível, portanto, manter a *rule* ultrapassa, porquanto incompatível com a nova realidade.

Para que haja este desenvolvimento do direito e, conseqüentemente, mudança no ordenamento jurídico, é preciso que sejam estabelecidos parâmetros para tanto. Nesse toada, citando e delineando a tese de Eisenberg, Marinoni aduz que:

Um precedente está em condições de ser revogado quando deixa de corresponder aos padrões de congruência social e consistência sistêmica e, ao mesmo tempo, os valores que sustentam a estabilidade – basicamente os da isonomia, da confiança justificada e da vedação da surpresa injusta – mais fundamentam a sua revogação do que a sua preservação (MARINONI, 2013, p. 389).

O precedente paradigma torna-se incongruente socialmente “quando o precedente desponta errado, injusto, obsoleto, aviltando o sentimento de justiça do cidadão comum” (MIRANDA DE OLIVEIRA; ADERLE, 2014, p. 316). Quer dizer, o *leading case* não mais corresponde às proposições morais, políticas, jurídicas, técnicas que o fundamentaram, fazendo-se imperioso que a Corte o modifique e o adeque a nova situação social.

Já a inconsistência sistêmica decorre da incoerência da decisão-paradigma com as demais decisões ou com o ordenamento jurídico, ou seja, “quando os fundamentos do precedente a ser superado passam a ser incompatíveis com os fundamentos afirmados em outros precedentes do mesmo tribunal ou dos Tribunais Superiores” (MIRANDA DE OLIVEIRA; ADERLE, 2014, p. 316).

Contudo, para que haja a superação do precedente, não basta apenas a verificação da incongruência social ou da inconsistência sistêmica. Conforme se extrai do enunciado transcrito acima, é preciso que as bases que sustentam a estabilidade indiquem na direção da revogação do precedente e, não na sua manutenção. Nesta toada, o precedente deverá ser superado quando carecer da dupla coerência (congruência social e consistência sistêmica) e “os princípios básicos que sustentam a regra do *stare decisis* – segurança jurídica e igualdade – deixam de autorizar a sua replicabilidade (*replicability*)” (MITIDIERO, 2012, p. 69).

⁶⁶ Igualmente foi o consenso alcançado pelo enunciado nº 322: 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 (IV-FPPC, 2014, p. 58).

Temendo-se pela perda de confiança nos demais precedentes-paradigmas que uma revogação possa gerar, os Tribunais, anteriormente a superação de um precedente, devem elucidar o seguinte dilema: superar o precedente ou preservar a segurança jurídica e mantê-lo? Sendo as razões de mudança adequadas e mais fortes do que as de continuidade, deve-se, dessarte, superar os precedentes.

Coloca-se em evidência esta questão, por força da segurança jurídica e da estabilidade almejada pelo *stare decisis*, em especial, a manutenção da confiança legítima dos jurisdicionados e a vedação da surpresa injusta (princípio da não-surpresa). Importa esta preocupação, porque a norma extraída do precedente cria a confiança legítima do jurisdicionado e afasta as surpresas injustas, pautando a sua maneira de se comportar, de realizar suas escolhas socioeconômicas e de se planejar juridicamente. Assim, seria injustiçado o jurisdicionado que, comportando-se dentro dos parâmetros normativos até então conhecidos – possuindo expectativa legítima –, fosse penalizado, por uma mudança do entendimento da Corte.

Acerca da temática, Mitidiero (2012, p. 69) a sintetiza: “a possibilidade de superação do precedente coloca em evidência a necessidade de proteção da confiança daqueles que o tinham em consideração para fazer as suas escolhas e [...] a mudança do precedente não pode causar surpresa injusta (*unfair surprise*)”.

Sabe-se, entretanto, que o afastamento da segurança jurídica decorre do desgaste gradual da sua decisão-paradigma. Nesta senda, são diversos os fatores que demonstram o desgaste⁶⁷ do precedente e, portanto, aumentam paulatinamente a incoerência da sua *ratio decidendi* com o sistema jurídico, dentre os quais: a realização de reiteradas distinções pelos Tribunais; o não uso e esquecimento de precedentes antigos, nos quais não são reafirmados em novos casos; a aplicação constante de distinções inconsistentes; a superveniência de lei nova com conteúdo incompatível com aquele estabelecido na *rule* (MACÊDO, 2015, p. 400-407). Igualmente, há a influência contundente das críticas doutrinárias efetuadas pelos *experts* e pelos trabalhos acadêmicos, nos quais evidenciam o desgaste e a injustiça da decisão posta em xeque.

⁶⁷ Garcia Redondo (2013, p. 410), analisando alguns destes fatores por outro ângulo, caracteriza-os como motivos para a superação do precedente e não como elementos de desgaste. Esta diferente classificação não ocasiona, contudo, diferenças conceituas significativas. Isto ocorre, porque, na prática, quanto mais desgastado está um precedente, menos coerência sistêmica ele terá com o ordenamento, considerando-se motivo para superá-lo.

Nesta linha, faz-se importante mencionar a relevância do posicionamento doutrinário na constatação das ausências da congruência social e da consistência sistêmica. As críticas efetuadas pelos juristas consagrados e pela comunidade acadêmica, no tocante a ambos aspectos, enfraquecem a estabilidade dos precedentes. Isto porque, consegue-se individualizá-los, identificando pontualmente as suas inconsistências e os seus defeitos e, assim, explicitando as razões para a sua superação. Os Tribunais, a partir destes trabalhos doutrinários, possuirão argumentos primordiais para arrazoarem pela superação do precedente defasado.

A presença e análise dos fatores acima mencionados ensejam na direção do afastamento da surpresa injusta e, também, da quebra da confiança legítima, porquanto os advogados seriam tecnicamente capazes de vislumbrar que o precedente está prestes a ser superado e, nesse caminho, instruir e precaver os seus clientes acerca da instabilidade momentânea, restando injustificadas e sem fundamento as alegações a favor da manutenção do precedente ultrapassado. “Cabe aos advogados, em vista das necessidades de seus clientes, a análise do grau de força de um precedente em determinado momento histórico” (MARINONI, 2013, p. 335).

Ademais, outra maneira de se evitar a quebra da confiança legítima e a surpresa injusta resulta da possibilidade de postergar os efeitos do *overruling*, tornando a nova *rule* obrigatória a partir de certa data definida pela corte (*prospective overruling*), mesmo que, de regra, a revogação de um precedente possua efeitos retroativos (*retrospective overruling*) no *common law* (MIRANDA DE OLIVEIRA; ADERLE, 2014, p. 317).

Igualmente à formação e à aplicação da *ratio decidendi*, a definição do *obiter dictum* e a definição do *distinguishing*, percebe-se que a superação do precedente necessita de alta carga argumentativa para ocorrer, não estando o magistrado livre para realizá-la. O ônus argumentativo decorrerá tanto do contraditório substancial das partes, quanto, principalmente, da contundente fundamentação da decisão. Quer dizer, o magistrado, adstrito às alegações das partes, deverá intensamente argumentar os porquês da superação, demonstrando a presença das inconsistências sistêmicas e ou sociais, além de elencar os fatores desgastadores da segurança jurídica.

Quanto às classificações, no tocante à eficácia⁶⁸ das decisões superadas, o efeito retroativo clássico é a regra geral e caracteriza-se por aplicar o novo entendimento da corte não apenas ao próprio *leading case*, mas a todos os demais casos sob julgamento, exceto aqueles que já transitaram em julgado. Em relação às decisões dotadas de efeitos prospectivos, há duas possibilidades: ou aplicam-se os efeitos a própria decisão em análise e as futuras, não abrangendo os casos já em andamento; ou a corte modula os efeitos da decisão, podendo abrangê-la ou não, porém condicionando os seus efeitos a data ou fato futuro.

Já no que concerne a forma de superação do precedente, esta poderá ser expressa (*express overruling*), quando a corte expressamente abandona a orientação anterior e adota uma nova; ou implícita (*implied overruling*)⁶⁹, quando o tribunal abandona o posicionamento anterior sem expressa substituição, entretanto, da tese subsequente (GARCIA REDONDO, 2013, p. 410).

Por fim, diferentemente do *distinguishing*, a competência para superar a decisão-paradigma é exclusiva do Tribunal que a prolatou. Tal competência advém da vinculação hierárquica do precedente e, destarte, da posição de topo na estrutura jurisdicional do Tribunal. Não haveria sentido em falar de superação de precedente por magistrado singular ou tribunal inferior, visto que eles estão vinculados ao precedente. Caso estes julgadores optassem por não aplicar a *ratio decidendi*, estariam defrontando o princípio do *stare decisis* e, desse modo, ocorreria *error in iudicando* e restaria a decisão ser reformada.

Demonstrou-se que a técnica do *overruling* permite não apenas a continuidade e o desenvolvimento do direito, mas também estabelece parâmetros para que a superação seja realizada, afastando consideravelmente as possíveis injustiças que tal medida pode acarretar aos jurisdicionados. Quando os alicerces que embasavam o precedente se demonstrarem ultrapassados, seja pela incongruência social e negação das mudanças sociais, econômicas, jurídicas ou técnicas ou pela inconsistência sistêmica com o ordenamento, não há motivos para que a sua norma permaneça no ordenamento e o precedente, portanto, deverá ser superado.

⁶⁸ Didier Jr., Oliveira, Braga (2015, p. 504) percebem, a partir de uma síntese doutrinária, que há 5 modalidades de eficácia temporal na revogação do precedente. Descreveremos neste trabalho, contudo, apenas aquelas que melhor se enquadram no nosso ordenamento.

⁶⁹ A doutrina assevera pela incompatibilidade desta modalidade de superação no ordenamento brasileiro, porquanto fere tanto o dever de coerência, quanto a obrigatoriedade da fundamentação da decisão (DIDIER JR., OLIVEIRA, BRAGA, 2015, p. 495).

3.1.3 Técnicas situadas entre o *distinguishing* e o *overruling*

Diferentemente do que ocorre na Inglaterra, o *common law* americano desenvolveu e acolheu algumas técnicas de flexibilização do direito que possuem características situadas entre o *overruling* e o *distinguishing*, dentre as quais⁷⁰, a técnica de sinalização (*technique of signaling*), o *overriding* (reescrita) e o *antecipatory overruling*.

A sinalização caracteriza-se por ser técnica preparatória para a revogação do precedente, por meio do qual o Tribunal, percebendo a desatualização deste, porém sem os elementos seguros para afastá-lo e garantir a expectativa legítima dos jurisdicionados, anuncia que irá modificá-lo (DIDIER JR., OLIVEIRA, BRAGA, 2015, p. 505).

Com o anúncio (sinalização) da superação, a Corte tutela a confiança legítima e a surpresa injusta, afastando qualquer argumentação realizada nesse sentido posteriormente a sinalização da mudança. Não obstante que o tribunal continue a seguir o precedente, ele esclarece à sociedade que aquela decisão-paradigma não é mais confiável (MACÊDO, 2015, p. 409), indicando que a qualquer momento poderá superá-la. Assim, de imediato, os advogados poderão precaver os seus clientes, indicando que determinada conduta não é mais confiável e propondo novas soluções as atividades e negócios dos clientes.

Ademais, como realça Marinoni (2013, p. 334-337), a técnica de sinalização difere-se da superação com modulação prospectiva de seus efeitos, porquanto a partir do seu anúncio, leva-se a questão ao debate da sociedade, podendo-se avaliar o posicionamento da comunidade jurídica – especialmente por meio da crítica dos trabalhos acadêmicos e doutrinários – e, dependendo da temática, do posicionamento da sociedade em geral.

Outra técnica de intermediária é o *overriding* (reescrita), no qual “o tribunal limita o âmbito de incidência do precedente, em razão da superveniência de regra ou princípio legal, ou de entendimento posteriormente formado” (GARCIA REDONDO, 2013, p.410). A Corte, portanto, diminui o âmbito de aplicação da *ratio decidendi* já estabelecida em favor de outra norma que surgiu depois.

⁷⁰ Há outras técnicas – *transformation*, decisão *in percurim*, decisões inconsistentes, por exemplo – nas quais não serão efetuadas considerações. Concluiu-se pela desnecessidade de interiorização destas técnicas, visto que não se adequam a dinâmica jurídica nacional e quebrariam a essência de algumas características do *stare decisis* previamente defendidas neste trabalho.

Exemplifica-se o *overriding* com a situação hipotética: há uma *ratio decidendi* na qual possui como hipótese fática as situações A, B, C e D. Contudo, posteriormente a consolidação deste entendimento, legisla-se uma lei, na qual tutela as situações C e D de maneira diversa daquela já consolidada. Não sendo mais aplicável a *ratio* às situações C e D, por força da norma superveniente, o Tribunal restringirá a hipótese fática da *rule* às situações A e B, exclusivamente.

Percebe-se, portanto, que “a partir da reescrita, algo que não foi considerado no precedente anterior é sopesado e aí o seu alcance é comprimido. O precedente não é totalmente revogado, mas perde espaço de incidência” (MITIDIERO, 2012, p. 70).

Pouco se assemelhando com o *overruling*, o *overriding* aproxima-se do *distinguishing* (distinção redutiva), conquanto não se confunda com esta técnica. Isto porque, a distinção decorre da não aplicação da norma por consequência da verificação de fato novo materialmente distinto daqueles descritos na *ratio*. Em contrapartida, o *overriding* trata de uma questão de direito, elemento externo a relação jurídica – nova lei, princípio ou entendimento posteriormente formado –, no qual restringe o suporte fático (DIDIER JR., OLIVEIRA, BRAGA, 2015, p 507-508).

Por fim, há a técnica da superação antecipada, conceituada com plenitude por Ataíde Jr. e Peixoto, *in verbis*:

O *anticipatory overruling* consiste em uma técnica utilizada pelas Cortes inferiores de antecipar um *overruling* anteriormente induzido de diversas formas pelas Cortes Superiores, mediante a não aplicação, ao caso em julgamento, do precedente supostamente vinculante invocado por uma das partes. Trata-se de uma espécie de exercício de previsibilidade exercido pelos tribunais inferiores (ATAÍDE JR., PEIXOTO, 2014, p. 283).

Extrai-se da definição que o *anticipatory overruling* é realizado pelo Tribunal inferior àquele que definiu o precedente. Em uma rápida análise, esta técnica parece ser adversa não só à regra de competência mencionada alhures, no qual compete ao Tribunal que o instituiu o precedente superá-lo, mas também o próprio princípio do *stare decisis*.

Não ocorre, contudo, uma usurpação de competência. Verifica-se, na verdade, a não aplicação de determinado precedente pelo tribunal inferior, por este perceber que a corte superior já utilizou algum dos fatores de enfraquecimento da *rule* e está próximo a superá-la. Fala-se “em uma espécie de exercício de previsibilidade, justamente porque não incumbe aos tribunais inferiores o poder de revogar os precedentes das Cortes Superiores” (ATAÍDE JR., PEIXOTO, 2014, p. 284). Nesta senda, percebendo os tribunais inferiores elementos que

ensejam a superação do precedente, poderão afastá-lo, não o aplicando, e, conseqüentemente, superando-o antecipadamente.

Desta forma, não havendo uma lista taxativa, são diversos os fatores que possibilitam a previsibilidade dos tribunais e legitimam-no a não aplicação de determinada *ratio*. Entretanto, Macêdo (2013, p. 402) demonstra como os fatores mais defensáveis, quando há: “(i) erosão do precedente; (ii) sinalização da sua superação; e, (iii) inconsistência com os precedentes do tribunal superior.

A erosão do precedente decorre da superveniência de normas incompatível com a *ratio*, retirando a consistência sistêmica daquele precedente. Já a sinalização demonstra que a Suprema Corte está na espera de um caso apropriado para realizar o *overruling*. O último fator decorre da incompatibilidade e desarmonia de um específico precedente com as demais decisões do Tribunal, permitindo-se concluir que aquele precedente será revogado.

Constata-se, pelos fatores demonstrados, que os Tribunais inferiores, percebendo a mudança de posicionamento do Tribunal Superior, poderão antever-se e, desse modo, aplicar o novo posicionamento, realizando as superações antecipadas. “Por mais paradoxal que possa parecer, a legitimidade do *anticipatory overruling* advém do dever de a Corte de Apelação se comportar de acordo com a Suprema Corte” (MARINONI, 2013, p. 408).

Asseverando acerca dos motivos e os benefícios da internalização desta técnica no ordenamento brasileiro, principalmente por causa das dificuldades de se alcançar os Tribunais Superiores (em foco o STF e STJ) no sistema jurídico brasileiro, Didier Jr., Oliveira, Braga (2015, p. 507) afirmam que o objetivo do *anticipatory overruling* “é o de contribuir com a evolução do direito e permitir o aumento da flexibilidade do *stare decisis*, uma vez que, por vezes, o acesso aos tribunais superiores, com competência para realizar a revogação é por demais restrita”.

De maneira idêntica é a conclusão alcançada por Ataíde Jr., Peixoto (2014, p. 290), no qual apontam pela possibilidade de aplicação do *anticipatory overruling* no direito brasileiro, “presentes os fundamentos que justificam a utilização do instituto e, sem haver o descuido quanto à necessidade de um forte ônus argumentativo por parte das Cortes inferiores em demonstrar a forte probabilidade de revogação do precedente pela Corte Superior”.

Assim sendo, entende-se que as três técnicas intermediárias – técnica de sinalização, *overriding* e *anticipatory overruling* – devem ser internalizadas ao sistema jurídico brasileiro, porquanto auxiliam no desenvolvimento do direito, conferindo maior

flexibilidade e dinamicidade ao sistema de precedentes. Vale lembrar, contudo, que o emprego destas técnicas é condicionado a forte carga argumentativa das partes, tanto dos advogados, ao aduzirem a utilização de algumas destas técnicas, quanto dos julgadores, nos quais deverão fundamentar intensamente a sentença, apontando às partes e aos jurisdicionados os motivos da utilização ou não de determinada técnica no caso *sub judice*.

3.2 Correspondência legal das técnicas de não engessamento do direito no novo código de processo civil

3.2.1 Nota introdutória

Até o presente momento, demonstrou-se que o princípio do *stare decisis* confere coerência e racionalidade do ordenamento jurídico, além da previsibilidade das decisões judiciais, consistindo em instrumento efetivador de diversas garantias processuais constitucionais, dentre as principais, a segurança jurídica e a isonomia.

Para garantir a efetivação destes direitos constitucionais, a teoria do *stare decisis*, igualmente, dedicou-se a delimitar os parâmetros à realização das mudanças, racionalizando-as por meio de técnicas pré-estabelecidas, quais sejam, as técnicas do *distinguishing*, do *overruling* e as demais técnicas intermediárias, todas anteriormente desenvolvidas. Dessa maneira, Macêdo (2015, p. 384) afirma que o sistema de precedentes “não só assegura graus desejáveis de estabilidade, previsibilidade e racionabilidade, mas também não impede as mudanças necessárias ou convenientes, apesar de dificultá-las, já que prevê requisitos para a sua realização”.

Balizando as possibilidades de flexibilização e evolução jurisprudencial do direito, destarte, o *stare decisis* objetiva afastar o sentimento de insegurança jurídica advindos do zigue-zague processual, evitando-se as modificações inconsistentes e infundadas das teses jurídicas já consolidadas pelos tribunais.

A falta de previsibilidade e racionalidade da mudança, contudo, caracteriza-se por ser um dos principais problemas no direito brasileiro, afastando a expectativa legítima e a

confiança dos jurisdicionados em relação ao Poder Judiciário e ao próprio senso de justiça. Nessa toada, não restavam dúvidas que esta problemática constituir-se-ia em um dos pontos fulcrais do novo código de processo civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, como bem relatou a comissão de juristas na exposição de motivos da nova lei processual:

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 dos cidadãos. Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividades às garantias constitucionais, tornando segura a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de “surpresas”, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta. [...] A dispersão excessiva da jurisprudência produz inquietude social e descrédito do Poder Judiciário. (BRASIL, SENADO FEDERAL, 2010, p. 19).

A preocupação dos juristas no tocante a uniformidade do direito foi elencada como o primeiro entre os cinco objetivos da construção do novo código processual. A Comissão, nesse sentido, direcionou a atenção para este ponto e, nesse sentido, “prestigiou [...] a tendência de criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir os tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize” (BRASIL, SENADO FEDERAL, 2010, p. 17).

Por outro lado, os envolvidos no desenvolvimento do novo código sabiam de antemão que, para concretizar os princípios constitucionais, não seria necessário apenas a uniformidade da jurisprudência, precisar-se-ia, igualmente, positivar as técnicas balizadoras a modificar o entendimento dos Tribunais e, assim, manter o pleno desenvolvimento do direito, conforme será analisado no próximo subitem.

3.2.2 A sistemática das técnicas de flexibilização e superação do direito no novo Código de Processo Civil

A Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 instituiu o novo Código de Processo Civil e refletiu as exigências sociais relatadas na exposição de motivos. Nesse sentido, consistiu em um dos objetivos basilares da nova lei efetivar os princípios da segurança jurídica e da isonomia, concretizando-os por meio da tutela das decisões judiciais⁷¹, tornando-

⁷¹ No mesmo sentido é o entendimento dos processualistas integrantes do IV Fórum permanente de processo civil (2014, p. 59), no qual assim dispuseram no enunciado 323: “A formação dos precedentes observará os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”.

as estáveis, uniformes e consistentes, como também, delimitando as possibilidades de alteração e superação delas.

E é nessa linha que se caracteriza o artigo 926 do código processual⁷², no qual instituiu as características gerais e estruturais do *stare decisis* no ordenamento brasileiro, permitindo a construção de uma teoria dos precedentes judiciais. O *caput* do artigo 926 assim dispõe: “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (BRASIL, 2015).

Tendo também como pano de fundo a uniformidade do direito, o dispositivo legal impõe – dever – aos tribunais a vedação expressa de sustentarem mais de uma orientação simultaneamente ou defenderem posicionamento divergente das Cortes hierarquicamente superiores. Quer dizer, “os órgãos judicantes não podem assumir posicionamento inconsistentes e conflitivos, devendo manter sua jurisprudência racional, mediante precedentes que [...] dialoguem com o que foi construído anteriormente” (MACÊDO, 2015, p.432 – 433).

Assim, o artigo 927, incisos I a V⁷³ indicam quais decisões deverão ser rigorosamente observadas – observação da *ratio decidendi* – pelos magistrados. Nesse sentido, a inaplicabilidade de um precedente por força de distinções fáticas (*distinguishing*) ou “qualquer mudança de posicionamento (*overruling*) deve ser justificada adequadamente, além de ter sua eficácia modulada em respeito à segurança jurídica (dever de estabilidade)” (DIDIER JR., OLIVEIRA, BRAGA, 2015, p. 474-475).

Primeiramente, a previsão legal e a obrigatoriedade de justificar expressamente o afastamento do precedente do caso sob *judice* (*distinguishing*) decorrem da leitura sistêmica dos seguintes artigos do novo código processual: 11º; 489, §1º, V e 927 §1º, *in verbis*:

Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões**, sob pena de nulidade. (grifei)

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

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

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

⁷² O artigo 926 dá início ao Título I: “da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais”, do Livro III: “dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais” do novo código processual.

⁷³ Não se pretende exaurir as modalidades e as características de cada decisão a ser observada. Este trabalho pretende demonstrar, exclusivamente, que a adoção do *stare decisis* coaduna com o desenvolvimento regular e seguro do direito.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo (BRASIL, Lei 13.105, 2015).

A combinação acima formulada refere-se ao *distinguishing* com efeitos ampliativos, no qual o magistrado amplia a *rule*, aplicando-a ao caso em julgamento por haverem similitudes fáticas ou porque os fatos podem ser categorizados com aqueles inerentes à hipótese fática da *ratio decidendi*. Caso se entenda que o caso seja de *restrictive distinguish*⁷⁴, excetuando-se o artigo 11º, diferencia-se o inciso pelo qual o juiz deverá fundamentar a decisão, alterando-se o inciso V pelo VI do artigo 489, *in litteris*:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

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

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, **sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento**. (grifei) (BRASIL, Lei 13.105, 2015).

Nesse sentido, não se pode falar em injustiças causadas pela aplicação da norma extraída do precedente ou em “juiz boca dos tribunais”, porquanto o julgador poderá evitar a aplicação da *rule* e contrapô-la ao caso em análise, quando as partes a invocarem⁷⁵ e o magistrado, por meio de um juízo analítico, perceber diferenças substanciais entre os casos, nos quais os diferenciam.

Portanto, permite-se a flexibilização do direito por meio da técnica do *distinguishing*, porém a não realização da efetiva fundamentação, em tais casos, implica a ausência de fundamentação e, pois, a invalidade da decisão (DIDIER JR., OLIVEIRA, BRAGA, 2015, p 340), no qual deverá ser cassada pelo tribunal.

No tocante a obrigatoriedade de se justificar a aplicação da técnica de superação do entendimento pacificado (*overruling*), quando a Corte deliberar que determinada tese jurídica não corresponde aos padrões de congruência social ou mostra-se inconsistente sistemicamente, a combinação dos dispositivos legais, respeitando a necessidade de manifestação das partes (art. 10º), far-se-á do seguinte modo:

⁷⁴ As divisões em distinções restritivas e ampliativas referem-se ao *distinguishing*-resultado. Por outro lado, percebe-se que, tanto no inciso V quanto no VI do artigo 489 do novo CPC, há a aplicação do *distinguishing*-método – método de contraposição entre o caso que ensejou o precedente e caso concreto –, consoante estudado no item 3.1.1.

⁷⁵ Vale lembrar, o artigo 10 do novo código processual dispõe que as partes deverão invocar ou se manifestar acerca da aplicação de um precedente como norma, *in litteris*: “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” (BRASIL, 2015).

Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões**, sob pena de nulidade. (grifei).

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

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

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

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

§ 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**⁷⁶, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. (grifei) (BRASIL, Lei 13.105, 2015).

Ademais, conforme demonstrado, embora os efeitos do *overruling* sejam, em regra, retroativos (*ex tunc*), o Tribunal poderá modular os efeitos do novo *decisium* para o futuro, visando afastar tanto a quebra da confiança legítima dos jurisdicionados, como também as surpresas injustas⁷⁷. Desse modo, o artigo 927, §3º prevê, expressa e genericamente, a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão que altera a jurisprudência dominante nos tribunais, por força da segurança jurídica e da proteção do interesse social, *ipsis litteris*:

§ 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. (grifei).

Outrossim, ainda em relação ao *overruling*, sabe-se que a participação da doutrina crítica e a manifestação de entidades sociais são importantes e pesam significativamente na avaliação e fundamentação dos tribunais quando prestes a superar tese pacificada. Nessa linha, a nova lei processual acolheu a possibilidade da participação social, quando estas puderem contribuir no debate acerca da superação do direito, consoante expresso no artigo 927, §2º da lei processual em análise, nestes termos:

§ 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**

⁷⁶ Didier Jr., Oliveira, Braga (2015, p. 494-495) são veementes ao afirmar que, a superação do entendimento pacificado por meio do *overruling* implícito e *transformation*, não são admitidos pelo novo código processual, porquanto a superação deverá ser expressamente fundamentada, ao passo que estas duas técnicas superam o precedente sem, contudo, justificar os motivos.

⁷⁷ Soma-se a modulação dos efeitos, a possibilidade de o Tribunal sinalizar a mudança, consoante se retira do enunciado nº 320: “Os tribunais poderão sinalizar aos jurisdicionados sobre a possibilidade de mudança de entendimento da corte, com a eventual superação ou a criação de exceções ao precedente para casos futuros” (IV-FPPC, 2014, p. 58)

participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. (grifei).

Pela leitura dos dispositivos do novo código processual apresentados, percebe-se que, não apenas, positivaram-se as características estruturais da teoria do *stare decisis*, por meio do artigo 926, bem como foram implementadas as técnicas de flexibilização e superação do direito, acrescentando a esta última, a possibilidade da manifestação de órgãos e pessoas interessadas anteriormente à alteração da tese sedimentada e, posteriormente a modificação da tese, a modulação dos seus efeitos.

Depreende-se, igualmente, que a internalização da teoria do *stare decisis* no sistema jurídico brasileiro não pode provocar o tenebroso engessamento do direito⁷⁸, porquanto prevê – por meio das técnicas do *distinguishing*, do *overruling* e as intermediárias – a possibilidade de afastamento do precedente pelo juiz (MIRANDA DE OLIVEIRA; ADERLE, 2014, p. 317), ocasionando a maleabilidade, flexibilidade e o desenvolvimento pleno, porém com parâmetros, do direito.

Destarte, não há legitimidade nos argumentos direcionados ao Novo Código de Processo Civil referentes a estagnação do direito, porquanto, quando determinada tese pacificada e respeitada pelos tribunais apontar para erro, injustiça ou for obsoleta em face dos novos anseios sociais (políticos, morais, jurídicos, econômicos, técnicos), haverá a mudança do entendimento dos tribunais e, assim, a maleabilidade e plena continuidade no desenvolvimento do direito.

⁷⁸ NERY JUNIOR; MARIA DE ANDRADE NERY (2015, p. 1832-1835), comentando o artigo 926 do novo código processual, não fazem uma leitura do dispositivo à luz da teoria do *stare decisis* e, mesmo afirmando que “o sentido da estabilidade pretendido pela lei é o de que a jurisprudência uniforme não deverá ser alterada sem propósito”, pressupõem uma leitura restrita, engessada e errônea do dispositivo em xeque, implicando que “o texto da a entender que a jurisprudência não poderá ser alterada, pois deverá ser mantida estável” .

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema *civil law* estruturou-se em dogmas utópicos decorrentes da Revolução Francesa e, por força do rompimento com as práticas do antigo regime, limitou a autoridade do julgador e diminuiu o respeito às decisões judiciais, em razão de se entender que as relações sociais poderiam ser integralmente tuteladas pela lei e, assim, a legislação seria suficiente para garantir a igualdade, a segurança jurídica e o senso de justiça. Neste ínterim, estabeleceu-se a figura do magistrado como *bouche de la loi*, no qual a sua função restringiu-se a subsumir, exegeticamente, o dispositivo legal ao caso concreto.

Entretanto, os ideais utópicos demonstraram-se impossíveis de serem alcançados e restou fracassada a função do magistrado limitado a declarar o direito, visto a impossibilidade de se tutelar todas as relações sociais e suas peculiaridades por meio da lei, sendo necessária a apreciação subjetiva do juiz para solucionar os casos. Ademais, com o aumento da complexidade das relações sociais, a técnica legislativa preocupou-se a tutelar as relações sociais por meio de cláusulas gerais e, apenas em alguns casos, de modo individual e exauriente. Conjuntamente com a constitucionalização do direito, o magistrado assumiu papel inconcebível com os princípios clássicos do *civil law*, visto que este, para dirimir os casos, utiliza-se, inúmeras vezes, da criatividade judicial, interpretando e aplicando os dispositivos legais consoante com a constituição.

Por outro lado, no sistema *commom law* nunca houve um rompimento do poder judiciário com o legislativo, admitindo-se, desde os seus primórdios, a possibilidade de o juiz solucionar os casos por meio da interpretação e da criatividade jurídica. Com o desenvolvimento do direito anglo-saxão e com o advento do *stare decisis*, impôs-se a obrigatoriedade de se respeitar as normas já proferidas e de aplicar da norma extraída destes *leading cases*. Consequentemente ao respeito e a aplicação das decisões passadas, os Tribunais criaram jurisprudências estáveis, íntegras, coerentes e com decisões previsíveis, alcançando-se e efetivando-se, nesse sentido, os princípios da segurança jurídica e da igualdade, almejados pelo *commom law*.

Contudo, mesmo com a influência do constitucionalismo, da alteração da técnica legislativa e da inserção de diversos institutos do *commom law* no ordenamento nacional, os operadores do direito brasileiros insistiram na manutenção dos dogmas utópicos do *civil law* e do entendimento errôneo de alguns dos seus princípios – dentre as quais, a independência do

magistrado –, desprezando não apenas as mudanças sociais e jurídicas, mas também ignorando a semelhança das funções exercidas pelos juizes no *civil law* comparados ao seus pares no *commom law*.

Estabeleceu-se no Brasil, um sistema jurisdicional no qual não há respeito às decisões anteriormente proferidas e, portanto, inexistente uma sistemática coerente do sistema jurídico. Quer dizer, os juizes hierarquicamente inferiores não respeitam as teses já pronunciadas pelos tribunais superiores, obrigando o jurisdicionado a recorrer à instância superior para ter sua pretensão acolhida. A causa legitimadora desse desrespeito provém das próprias Cortes, porquanto elas mesmas não respeitam as próprias decisões e os entendimentos consolidados, julgando de forma diferente casos faticamente semelhantes.

Os reflexos decorrentes da não uniformidade do posicionamento das decisões judiciais e da incoerência do Poder Judiciário são vários e implicam, além da injustiça causada aos jurisdicionados, por força do tratamento desigual conferido a eles, na violação do próprio Estado Constitucional de Direito e dos princípios constitucionais da segurança jurídica e da isonomia perante a jurisdição.

A falta de previsibilidade e racionalidade da mudança das teses pacificadas tornou-se insustentável a ponto de constituir no primeiro dos cinco objetivos da comissão de juristas responsáveis pela elaboração do novo código de processo civil.

A mudança de posicionamento, entretanto, não pode ficar a mercê do entendimento pessoal dos julgadores, devendo respeitar o sistema com um todo. Isto é, através do respeito às decisões, faz-se necessário que as Cortes eliminem o ziguezague jurisprudencial, estruturando um sistema jurídico coerente, seguro e previsível das suas decisões, proporcionando segurança jurídica aos jurisdicionados e efetivando, assim, diversas garantias constitucionais. Nessa senda, não restavam dúvidas de que a atual prática dos Tribunais sofria inúmeras críticas e precisava ser balizada.

E é neste sentido que a Lei 13.105, no seu artigo 926, objetiva instituir a cultura do respeito às decisões pelos Tribunais. Recepcionando o princípio do *stare decisis*, o novo código processual almeja promover a estabilidade e a previsibilidade das relações jurídicas, obrigando os Tribunais a manterem a jurisprudência estável, íntegra e coerente.

Diferentemente da crítica efetuada por adeptos do *civil law*, a instituição do respeito aos precedentes e a manutenção da jurisprudência pelas Cortes no ordenamento brasileiro não estagnarão o desenvolvimento do direito. Isto, porque doutrina do *stare decisis*

delimita os parâmetros às alterações decorrentes do desenvolvimento social – sejam elas, sociais, econômicas, tecnológicas ou jurídicas –, primordialmente, por meio das técnicas do *distinguishing*, do *overruling*. Evita-se, nessa senda, a alteração abrupta de entendimento jurídico consolidado pelos Tribunais, condicionando as mudanças a intenso ônus argumentativo das partes e a fundamentação qualificada e específica pelos juízes.

São eivadas de fundamentos as ponderações feitas ao novo Código de Processo Civil no que concerne ao engessamento do direito. Haverá o constante e pleno desenvolvimento do direito, porquanto a nova lei processual, tanto instituiu o dever dos Tribunais de manterem a jurisprudência consistente e estável, como também estabeleceu os parâmetros e as orientações para realizar as flexibilizações e as superações necessárias, preservando-se, destarte, o caráter de prosperidade do direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law* e *common law*. Revista de Processo, vol. 893, p. 33 et seq, São Paulo, mar. 2010.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. O precedente vinculante e sua eficácia temporal no sistema processual brasileiro. 274 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Mestrado da Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2011. Disponível em: http://www.unicap.br/tede//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=566. Acesso em: 13 de maio de 2015.

_____; PEIXOTO, Ravi. Flexibilidade, *stare decisis* e o desenvolvimento do *anticipatory overruling* no direito brasileiro. Revista de Processo, vol. 234, p. 279-300, São Paulo, out. 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: Sarmento, Daniel, Galdino, Flávio (Orgs). Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 32 et seq.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O Triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 58, p. 129-173. São Paulo: ed. RT, jan-mar. 2007.

BLAKSTONE, William. *Commentaries on the law of England*. Chicago: The University of Chicago Press, 1979 (fac-símile da 1ª edição, de 1765)

BRASIL – Congresso Nacional. Senado Federal – Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 28 de maio de 2015.

_____. – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o novo Código de Processo Civil Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 02 de junho de 2015.

_____. – Supremo Tribunal Federal – Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 179.560/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 23.04.1996, Diário de Justiça 27.05.2005.

CADERMATORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. Hermenêutica e argumentação neoconstitucional. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. 10. ed. rev. atual. e ampliada. Salvador: ed. JusPodivm, 2015, vol. 2.

_____. Palestra Ministrada no Congresso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. ed.10. Florianópolis, 2015.

GARCIA REDONDO, Bruno. Aspectos essenciais da teoria geral do precedente judicial: identificação, interpretação, aplicação afastamento e superação. Revista de Processo, vol. 217, p. 401 et seq, São Paulo, mar. 2013.

MACCORMICK, Neil. Rethoric and the rule of law – a theory of legal reasoning. New York: Oxford University Press, 2005.

MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes judiciais e o direito processual civil. Bahia: Ed. Jus Podvim, 2015, 558p.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 3. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. 522 p.

_____; ARENHART, Sergio Cruz. Curso de processo civil – processo de conhecimento. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, vol. 2.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. 1. ed. 2 tir. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

MASSAU, Guilherme Camargo. A escola dos glosadores: o início da ciência do direito, na razão e fé. Revista Inter e Transdisciplinar de Teologia, Filosofia e Bioética. Educat, v. 8, n. 2, Pelotas, jul-dez. 2006. Disponível em: <http://www.sociologiajuridica.net.br/lista-de-publicacoes-de-artigos-e-textos/66-historia-e-teoria-do-direito-/102-a-escola-dos-glosadores-o-inicio-da-ciencia-do-direito>. Acesso em: 01 de abril de 2015.

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro Miranda de. A força das decisões judiciais. Revista de Processo, vol. 216, p. 16 et seq, São Paulo, fev. 2013.

_____; ANDERLE, Rene José. O sistema de precedentes no cpc projetado: engessamento do direito?. Revista de Processo, vol. 232, p. 307-324, São Paulo, jun. 2014.

MITIDIERO, Daniel Francisco. As relações entre o processo civil e a constituição na primeira metade do século XX sua breve evolução na doutrina processual civil. Revista dos Tribunais, vol. 915, p.50 et seq, São Paulo, jan. 2012.

_____. A tutela dos direitos como fim do processo civil no estado constitucional. Revista de Processo, vol. 229, p.53, São Paulo, mar. 2014.

_____. Fundamentação e Precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. Revista de Processo, vol. 206, p.62-68, São Paulo, abr. 2012.

NERY JUNIOR, Nelson; MARIA DE ANDRADE NERY, Rosa. Comentários ao Código de Processo Civil: Novo CPC – lei 13.105/2015. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Sistema de ciência positiva do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, tomo I.

REQUIÃO, Maurício. O caráter normativo do precedente. Revista de Processo, vol 223, p. 338 et seq, São Paulo, set. 2013.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito Constitucional Positivo. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2011. 558 p.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. Neoconstitucionalismo. Revista do instituto dos advogados de São Paulo, vol. 29, p. 172 et seq, São Paulo, jan 2012.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 53. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2012, vol 1.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no Projeto do novo CPC – análise e proposta. Revista de Processo, vol. 190, p. 258 et seq, São Paulo, abr. 2010.

_____. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: Teresa Arruda Alvim Wambier. (coord.). Direito Jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012, v. 1, p. 97-132.

TUSHNET, Mark. Os precedentes judiciais nos estados unidos. Tradução de Flávio Portinho Sirangelo. Revista de Processo, vol. 218, p. 99, São Paulo, abril 2013.

VARANO, Vincenzo; BARSOTTI, Vittoria. *La tradizionegiuridicaoccidentale*. 4. ed. Torino: Giappichelli, 2000, v. I.

VICENTE, Dario Moura. Direito comparado. Coimbra: Almedina, 2011.