



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARCUS VINÍCIUS BARRETO SERRA JÚNIOR

**A FORÇA VINCULATIVA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS À
LUZ DOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA
IGUALDADE**

Salvador
2012

MARCUS VINÍCIUS BARRETO SERRA JÚNIOR

**A FORÇA VINCULATIVA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS À
LUZ DOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA
IGUALDADE**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Me. Paula Sarno Braga

Salvador
2012

TERMO DE APROVAÇÃO

MARCUS VINÍCIUS BARRETO SERRA JÚNIOR

**A FORÇA VINCULATIVA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS À
LUZ DOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA
IGUALDADE**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2012

A
todas as pessoas que, de algum modo,
contribuíram para a concretização
deste estudo.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, pelo apoio incondicional durante essa jornada, sempre me fortalecendo nas horas difíceis e apostando no meu potencial.

Aos demais familiares, pela compreensão e incentivo.

A Marcella, minha namorada, pela paciência e auxílio na elaboração deste estudo.

A Prof^a. Paula Sarno Braga, não só pela orientação, mas também por todos os ensinamentos durante a graduação, o que despertou esse extremo interesse pelo Direito Processual Civil.

Aos colegas da Faculdade Baiana de Direito, pelo excelente convívio e pelas experiências compartilhadas.

Aos docentes da Faculdade Baiana de Direito, que contribuíram direta ou indiretamente na minha formação acadêmica.

RESUMO

O principal objetivo deste estudo consiste em refletir sobre a necessidade de adoção de uma teoria dos precedentes judiciais vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro como forma de garantir os princípios constitucionais da segurança jurídica e da igualdade. Para tanto, tomou-se o estudo do direito comparado para analisar os sistemas de *common law* e *civil law* e, desse modo, traçar as suas principais características e dessemelhanças. Ao tratar do *common law*, preferiu-se delimitar a pesquisa apenas aos sistemas desenvolvidos na Inglaterra e nos Estados Unidos. Diferentemente, na abordagem realizada da tradição romano-germânica, optou-se por analisar esta tradição em seus termos gerais. Analisados os principais sistemas jurídicos, tratou-se do fenômeno da convergência entre os sistemas jurídicos e da realidade do sistema jurídico brasileiro, comparando-o com as tradições anteriormente examinadas. Ainda, como base desta pesquisa, analisa-se o precedente judicial, a sua estrutura e modalidades, buscando a compreensão do instituto. Para manter a coerência da aplicação dos precedentes judiciais e a própria dinâmica do Direito, pesquisou-se sobre as técnicas de redação, interpretação e superação dos precedentes para compreender de que forma um sistema de precedentes obrigatórios pode garantir os princípios constitucionais da segurança jurídica e da igualdade, bem como as funções precípua do STF e STJ. Em seguida, examinou-se a leitura tradicional do princípio da segurança jurídica e da igualdade, abordando os seus principais aspectos e dimensões. Por fim, com fundamento em tais premissas, propõe-se uma releitura dos princípios da segurança jurídica e da igualdade, frisando a necessidade de sua aplicação durante o exercício da atividade jurisdicional e concretizar, conseqüentemente, as funções constitucionais do STF e STJ em prol da uniformização da aplicação do direito no Brasil.

Palavras-chave: *precedentes judiciais; sistemas jurídicos; direito comparado; segurança jurídica; igualdade.*

ABSTRACT

The main objective of this study is to reflect on the need for the adoption of a theory of judicial precedents tying in the Brazilian legal system as a way to ensure the constitutional principles of judicial assurance and equality. For such, we have resorted to the study of Comparative Law to analyze the systems of *common law* and *civil law* and, in this way, trace their main characteristics and dissimilarities. To deal with the *common law*, we preferred to limit the search to those systems developed in England and the United States. In contrast, in the Roman-Germanic tradition approach held, we chose to analyze the tradition in its general terms. After analyzing the principal judicial systems, we studied the phenomenon of convergence between such systems and the reality of that of Brazil by comparing it with the traditions previously examined. Still, as the basis of this research, we analyzed the judicial precedent, its structure and procedures, seeking to understand the institute. To maintain the consistent application of judicial precedents and the very dynamics of the Law, writing techniques, interpretation and overcoming of precedents have been researched to understand how a system of mandatory precedents can ensure the constitutional principles of judicial assurance and equality as well as the fundamental roles of the Federal Supreme Court (STF) and the Judicial Superior Court (STJ). Then, we examined the traditional reading of judicial assurance and equity, addressing their main aspects and dimensions. Finally, based on these premises, we propose a reinterpretation of the principles of judicial assurance and equality, stressing the need for their application during the exercise of judicial activity and realize thereafter the constitutional roles of the STF and STJ for the sake of standardizing the application of Law in Brazil.

Keywords: *judicial precedents; judicial systems; comparative law; judicial assurance; equality.*

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação direta de inconstitucionalidade
art.	artigo
arts.	artigos
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CPC	Código de Processo Civil
i.e	<i>id est</i>
MI	Mandado de Injunção
Min.	Ministro
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
ss.	seguintes
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça da Bahia

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 OS SISTEMAS JURÍDICOS	13
2.1 A DICOTOMIA DOS SISTEMAS JURÍDICOS	14
2.2 <i>COMMON LAW</i>	15
2.1.1 O Direito inglês	15
2.1.2 O Direito estadunidense	19
2.3 <i>CIVIL LAW</i>	21
2.4 A REALIDADE DOS SISTEMAS JURÍDICOS	24
2.5 O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	25
3 DO PRECEDENTE JUDICIAL	28
3.1 CONCEITO	28
3.2 MODALIDADES	30
3.3 TÉCNICAS DE REDAÇÃO, SUPERAÇÃO E INTERPRETAÇÃO	33
3.4 DISTINÇÕES NECESSÁRIAS	37
3.4.1 Precedente judicial x decisão judicial	38
3.4.2 Súmula x súmula vinculante	38
3.4.3 Jurisprudência	40
3.4.4 Eficácia do precedente e efeito vinculativo da coisa julgada	42
4 OS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA IGUALDADE	44
4.1 O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA	47
4.2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE	51
4.2.1 Histórico	51
4.2.2 Dimensões	52
5 A FORÇA VINCULATIVA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA IGUALDADE	57
5.1 O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DOS ATOS JURISDICIONAIS	58
5.2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE PERANTE ÀS DECISÕES JUDICIAIS	60
5.3 AS FUNÇÕES PRECÍPUAS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES	62
6 CONCLUSÃO	67
REFERÊNCIAS	71

1 INTRODUÇÃO

O aumento e a diversidade das relações jurídicas são as causas preponderantes para a elevação do número de litígios na sociedade contemporânea. Esse fenômeno expresso pela litigância desenfreada, potencializada pelo aumento do acesso às informações e à própria justiça, tem como principal consequência a prolação de diversas decisões sobre a mesma matéria que nem sempre seguem a mesma linha de entendimento. Desse modo, ao invés de depender somente das questões fáticas e jurídicas deduzidas em juízo, o provimento ou não da ação passa a ter íntima relação apenas com o entendimento do julgador que, inclusive, poderá ser diverso do órgão hierarquicamente superior a que ele é vinculado.

Indubitavelmente, a atividade judicial demanda a interpretação das fontes do direito para determinar a sua aplicabilidade ao caso concreto. Partindo do sistema de *civil law*, onde se prioriza tradicionalmente a lei como fonte do direito, verifica-se que há uma vasta margem interpretativa conferida ao operador do direito, visto que, ao aplicar o diploma legal, parte-se de um comando geral e abstrato para ser aplicado a um caso concreto. Como o método interpretativo utilizado por um operador do direito pode ser diferente do utilizado por outro, é muito comum a existência de soluções díspares para demandas que deveriam receber o mesmo tratamento.

Diferentemente, no sistema típico de *common law*, onde são utilizados os precedentes judiciais como principal fonte do direito, a solução para os litígios é encontrada a partir de uma fonte concreta para um caso concreto, o que acaba garantindo maior estabilidade e previsibilidade das decisões judiciais e, conseqüentemente, o princípio da segurança jurídica e da igualdade.

Diante desse panorama, discute-se a possibilidade de conferir força vinculante aos precedentes judiciais para que demandas que versem sobre a mesma matéria sejam julgadas no mesmo sentido, observando os princípios da segurança jurídica e da isonomia.

Nesse sentido, em que pese a adoção de um sistema considerado predominantemente de *civil law* pelo ordenamento jurídico brasileiro, o anseio por soluções semelhantes para litígios semelhantes é um aspecto que tende a

influenciar a implantação de medidas típicas do sistema de *common law*, a exemplo da atribuição de eficácia vinculante dos precedentes.

Seguindo essa tendência, as últimas reformas processuais optaram por instituir mecanismos capazes de vincular a demanda a uma determinada decisão, a exemplo da súmula impeditiva de recursos e do julgamento por amostragem dos recursos repetitivos. Contudo, na prática, tais institutos se revelam paliativos visto que não são suficientes para garantir a uniformização das decisões judiciais.

Justamente, o objetivo primordial do presente estudo é analisar como a atribuição de efeito vinculante ao precedente judicial pode mudar essa crise que assola o ordenamento jurídico brasileiro, assegurando assim a função precípua dos Tribunais Superiores, bem como os princípios da segurança jurídica e da igualdade. Juridicamente, esta pesquisa se justifica por reivindicar que o Poder Judiciário uniformize as suas decisões, e, conseqüentemente, venha a garantir os princípios constitucionais da segurança jurídica e da igualdade. A partir disso, com a previsibilidade das decisões do Poder Judiciário, a sociedade poderá pautar a sua conduta, livre da imprevisibilidade característica das atuais decisões. Socialmente, este estudo visa a garantir a harmonia entre as decisões judiciais e o nível de credibilidade do Poder Judiciário visto que este carece de parâmetros estáveis e uniformes que o norteiem e o representem junto à sociedade. Ademais, um país cujo Judiciário careça de solidez em suas decisões e apresente mudanças em cada uma delas não se torna atraente para investimentos internacionais, o que afeta diretamente a sua economia.

No primeiro capítulo, frisa-se na noção de Direito Comparado e suas funções, realizando uma análise prática e histórica dos principais sistemas jurídicos, *common law* e *civil law*. Além disso, há uma análise do fenômeno da aproximação dos referidos sistemas, bem como um exame do sistema brasileiro e o seu possível enquadramento em uma dessas tradições jurídicas.

Posteriormente, analisa-se o precedente judicial em si e as suas diversas modalidades, acompanhado do estudo suas técnicas de redação, interpretação e superação. Concluindo o exame do instituto, foi preciso realizar as distinções necessárias entre o precedente judicial e outras figuras que usualmente se confundem, a exemplo da súmula, da jurisprudência e da súmula vinculante.

Feita a análise geral do precedente judicial, partiu-se para o tratamento dos princípios propostos pelo presente tema, a segurança jurídica e a igualdade. Na oportunidade, introdutoriamente, fala-se acerca das regras e dos princípios jurídicos, bem como da constitucionalização do processo civil sob a ótica da Constituição de 1988 e as suas consequências. Ressalta-se ainda a importância dada aos princípios processuais pelo Constituinte e a necessidade de garanti-los.

Por fim, a análise do tema proposto foi concretizada a partir de uma proposta de releitura dos princípios da segurança jurídica e da igualdade na seara processual, bem como mediante a proteção das funções precípua dos Tribunais Superiores, especificamente STF e STJ.

2 OS SISTEMAS JURÍDICOS

Antes de adentrar aos pressupostos referentes ao tema, é preciso realizar algumas observações acerca do estudo do Direito Comparado e as suas funções, uma vez que este serviu de alicerce para o desenvolvimento do presente estudo.

Precisamente definido por Dário Moura Vicente, "chama-se Direito Comparado ao ramo da Ciência jurídica que tem por objecto o Direito na sua pluralidade e diversidade de expressões culturais e procede ao estudo comparativo destas"¹. Sucintamente, como disciplina científica, o Direito Comparado se debruça na comparação de Direitos². Como bem lembra Edilton Meireles, "o direito comparado, portanto, não é simples referência à legislação estrangeira. É uma ciência que procura conhecer os diversos ordenamentos jurídicos a partir de estudos comparativos e sistemáticos"³.

Com efeito, a atividade comparativa dos Direitos pode se desenvolver a partir de algumas modalidades, a depender do seu enfoque, bem como das perspectivas a serem analisadas.

Na microcomparação ou comparação institucional, o Direito Comparado se utiliza da comparação de problemas jurídicos determinados em relação a sistemas jurídicos distintos, o que pode ser expresso, por exemplo, pela comparação da responsabilidade civil do fornecedor ou do regime sucessório em tradições jurídicas diversas⁴. Nesse caso, o comparador utiliza um ponto preciso em comum das tradições jurídicas analisadas para realizar a sua atividade, podendo auxiliar na solução de questões que não foram normatizadas em determinado ordenamento.

Em contrapartida, na macrocomparação, o Direito Comparado visa a relacionar realidades mais vastas. Nessa modalidade, a comparação jurídica é realizada a partir dos traços fundamentais de determinados sistemas jurídicos, servindo para

¹ VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado: Introdução e parte geral*. 1.ºv. Coimbra: Almedina, 2008, p. 20

² *Ibidem*.

³ MEIRELES, Edilton. Estudo do direito comparado. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia: Homenagem ao Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia*, nº 12. Salvador: UFBA, 2005, p.21.

⁴ VICENTE, Dário Moura. *Op. cit.*

classificar os sistemas jurídicos em tradições, famílias e culturas, a partir de suas semelhanças⁵.

Independente do método utilizado, seja através da microcomparação ou macrocomparação, o Direito Comparado desempenha funções epistemológicas e heurísticas. As funções epistemológicas se traduzem basicamente a partir do conhecimento dos sistemas jurídicos e das diferentes soluções neles contidas para os problemas comuns oriundos das relações sociais. As funções heurísticas, por sua vez, transparecem a partir do momento em que o Direito Comparado serve de auxílio para a descoberta de soluções para os problemas oriundos da própria convivência social⁶.

2.1 A DICOTOMIA DOS SISTEMAS JURÍDICOS

Traçadas essas considerações e com os objetivos deste estudo em foco, faz-se necessário partir da abordagem referente à dicotomia dos sistemas jurídicos – o *common law* e o *civil law* – assim como da realidade atual dessas tradições e do sistema jurídico brasileiro.

Como se depreende das lições de Priscila Soares Crocetti e Paulo Henrique Dias Drummond, as tradições do *civil law* e do *common law* podem ser consideradas como os principais complexos de experiência jurídica. Preponderantes em todo o planeta, eles mantem as suas respectivas identidades no que se refere ao modo de conceber, praticar e ensinar o Direito⁷. Partindo de tal premissa, é evidente a importância do estudo de tais sistemas para identificar as suas peculiaridades e o tratamento dispensado ao precedente judicial em cada um deles, já que, mesmo existindo outros modelos, (i.e., Direito Muçulmano, Direito da Índia e dos Direitos da África)⁸, esses são os mais relevantes para o Ocidente.

⁵ VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado: Introdução e parte geral*. 1.ºv. Coimbra: Almedina, 2008.

⁶ *Ibidem*.

⁷ CROCETTI, Priscila Soares; DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. *Formação Histórica, Aspectos do Desenvolvimento e Perspectivas de Convergência das Tradições de Common Law e de Civil Law*. In: Luiz Guilherme Marinoni (Cord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Editora Juspodivm, 2010.

⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

2.2 COMMON LAW

O sistema jurídico de *common law* é tipicamente identificado nos países de língua inglesa e influenciados pela Inglaterra, tendo como principais modelos os desenvolvidos na Inglaterra e nos Estados Unidos⁹.

O *common law*, em sua acepção originária, é identificado como o "direito comum", aquele correspondente ao nascido dos precedentes judiciais dos Tribunais de Westminster, cortes instituídas pelo rei e subordinadas a ele¹⁰.

Apesar da existência de diversos modelos de *common law*, com as devidas adaptações em cada país, as características principais desse sistema jurídico apontam para a utilização dos costumes como fonte do direito e a valorização dos precedentes judiciais vinculantes como forma de uniformizar a jurisprudência, garantindo a isonomia, a segurança jurídica e a credibilidade do Poder Judiciário e de seus atos, de modo que se parte da premissa de que "o juiz não pode *desapontar* os cidadãos. Estes não podem ser surpreendidos por uma decisão que nunca poderia ter sido imaginada antes. A previsibilidade é inerente ao Estado de Direito"¹¹.

No presente trabalho, a análise do *common law* será realizada apenas através das experiências da Inglaterra e dos Estados Unidos, visto que estes são os principais representantes desta tradição jurídica, que se disseminou por outros países como Escócia, Irlanda, entre outros.

2.1.1 O Direito inglês

Como berço da *common law*, o histórico do direito inglês é de suma importância para a compreensão da sua formação e desenvolvimento ao longo da história.

⁹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução: Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹⁰ SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

¹¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. *Revista de Processo*, Ano 34, n. 172, jun./2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 128.

Durante o período anterior à 1066, ano da conquista normanda concretizada por Guilherme, o Conquistador, a Inglaterra era regida pelo direito anglo-saxônico, um sistema rudimentar de normas locais, onde se verificava a ausência de unicidade das legislações ao longo do território inglês¹². Após a conquista normanda e o advento da dinastia Tudor, período compreendido entre 1066 e 1485, o sistema jurídico de *common law* foi formado baseado principalmente nos costumes ingleses¹³ aplicados em todo o território, sofrendo influências limitadas do direito continental europeu¹⁴. Nesse sentido, o Poder Judiciário inglês, mesmo não se rendendo ao sistema majoritariamente adotado na Europa continental, realizava o cotejo entre as normas de origem germânica e o direito consuetudinário inglês.

Ao realizar a aplicação dos costumes locais juntamente com o regramento romano-germânico, os juízes do *common law* observavam a interpretação realizada pelo rei; as decisões prolatadas faziam parte dos chamados *statute books*, coletâneas de julgados que poderiam ser consultados posteriormente¹⁵. O que explica a razão de ser de tais coletâneas é o fato de que, em tal época, não havia expressamente a previsão de vinculação do precedente judicial à casos análogos, mas os operadores do direito, desde então, já se preocupavam com a possibilidade de coexistência de decisões antagônicas e a utilização das compilações facilitava o trabalho de busca da adequação do caso concreto com as decisões anteriormente proferidas¹⁶. Além disso, já pensando na coerência do sistema, os juízes da época confiavam nos julgamentos anteriores de casos semelhantes, o que contribuiu para a origem da doutrina do precedente judicial¹⁷. Nesse sentido, nota-se que o respeito aos precedentes judiciais, inicialmente, não foi uma característica impositiva do sistema jurídico de *common law*, mas já se configurava como a principal fonte do direito para a solução dos conflitos, identificando tal sistema como casuístico ou *case law*.

¹² DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução: Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. 1ª ed. (ano 2006), 5ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2011; SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. 2. ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

¹³ DAVID, René. *Op. cit.*, 2002.; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Op. cit.*, 2008.; SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Op. cit.*, 2011.; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

¹⁴ DAVID, René. *Op. cit.*, 2002; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Op. cit.*, 2004.

¹⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Op. cit.*, 2004.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

O período entre 1485 e 1832, foi marcado pelo desenvolvimento do sistema de *common law* e pela criação do *equity*, um recurso dirigido ao rei em virtude da injustiça flagrante em alguns casos concretos. Desse modo, o monarca, através de seus chanceleres, produziria decisões pautadas na equidade, visando mitigar a rigidez do sistema e, principalmente, corrigir as suas imperfeições¹⁸. O surgimento desse mecanismo serviu como uma válvula de escape para a oxigenação do direito inglês e a sobrevivência do próprio *common law*, flexibilizando os seus processos formalistas e superando a sua incompletude.

O formalismo excessivo dos tribunais de *common law* era demonstrado, por exemplo, através da exigência de uma ação (*writ*) correspondente ao direito pretendido. Sendo assim, se não houvesse uma ação prevista para tutelar o direito deduzido em juízo, o pleito não seria apreciado pelos tribunais de *common law*. Esse aspecto sintetiza a principal mola propulsora da criação de uma justiça paralela, os tribunais de chancelaria, operadores do sistema de *equity*, já que estes não exigiam os mesmos requisitos que os tribunais de *common law*¹⁹. Com o passar do tempo, contudo (mais nitidamente na época da dinastia Tudors), os chanceleres, que atuavam em nome do rei no sistema da *equity*, passaram a ser considerados como juristas. Assim, as queixas começaram a ser dirigidas a eles, conduzindo o processo consoante os princípios do direito romano e canônico, sob o manto da delegação dos soberanos. Esse poder conferido aos chanceleres e a prolação de decisões mais justas e coerentes nos casos sob o seu crivo consideravelmente colocaram em risco a sobrevivência dos tribunais de *common law*.²⁰

A ameaça de extinção dos tribunais de *common law* e a respectiva entrega do direito inglês à tradição tipicamente romana e eclesiástica não se concretizou visto que os tribunais de *common law* tiveram como principal aliado de resistência o parlamento inglês, lutando contra o absolutismo real. Ademais, a jurisdição de chancelaria era

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

¹⁹ SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. 2. ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000; RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

²⁰ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução: Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

caracterizada pela sua desorganização, morosidade e venalidade, características estas que serviram como armas para a resistência do *common law*²¹.

Passado esse período de turbulência entre os tribunais, caracterizado até por confrontos violentos entre os tribunais de *common law* e a jurisdição dos chanceleres, optou-se pela permanência dos dois tribunais complementando-se, inclusive com uma maior fiscalização com o objetivo de evitar que o rei criasse futuramente outro tipo de jurisdição²².

Contudo, com o passar do tempo e o conseqüente aperfeiçoamento do sistema a partir da identificação de conceitos elementares como a *ratio decidendi* e *obiter dictum*²³, as primeiras décadas do século XIX abriram novos horizontes para o *common law*. Os precedentes judiciais começaram a ser tratados oficialmente como vinculantes a partir de decisão tomada pela *House of Lords* na Inglaterra, submetendo todos aos dizeres da Corte Maior, que poderiam ser alterados nos moldes da sua autoridade²⁴. Assim, acertadamente, a vinculação dos precedentes veio acompanhada da possibilidade de uma eventual superação de entendimento, já que, por se tratar de uma ciência ligada à dinâmica social, o Direito se modifica ao longo do tempo, o que poderia tornar a aplicabilidade de precedentes baseados em realidades anteriores uma injustiça para o caso concreto da época.

Registre-se que a vinculação dos precedentes se deu de acordo com “a moderna teoria do *stare decisis* (da expressão latina *stare decisis et non quieta movere* = mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido) informada pelo princípio do precedente (*vertical*) com força obrigatória externa para todas as cortes inferiores”²⁵, o que serviu para reforçar o comportamento no sentido de coibir a coexistência de decisões contrárias no sistema jurídico e de garantir a isonomia, a credibilidade do Judiciário e a uniformização da jurisprudência.

²¹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução: Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

²² *Ibidem*.

²³ Sucintamente, é possível definir a *ratio decidendi* como “a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão” e o *obiter dictum* como “qualquer manifestação do Tribunal não necessária à solução do caso concreto”. Estes conceitos serão devidamente apreciados no próximo capítulo. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.222; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 125.

²⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

²⁵ *Ibidem*, p. 160.

Nesse processo de consolidação da tradição do *common law*, com a verticalização dos precedentes judiciais, os magistrados exerceram um papel fundamental, inclusive, influenciando o Poder Legislativo, como bem destaca José Rogério Cruz e Tucci:

O magistrado inglês teve fundamental importância na consolidação do *common law* - daí se falar em *judge make law*. O poder do juiz era o de afirmar o *common law*, o qual se sobrepunha ao legislativo, que, por isso, deveria atuar de modo a complementá-lo. Aliás, na tradição do *common law* inglês, o Parlamento considerava as decisões proferidas pelas Cortes nos casos concretos para, a partir delas, precisar e delinear a lei decorrente da vontade comum.²⁶

Desse modo, a relação estabelecida entre o Poder Judiciário e o Legislativo era estreita e pautada na confiança, uma vez que, "na Inglaterra, o juiz esteve ao lado do Parlamento na luta contra o arbítrio do monarca, reivindicando a tutela dos direitos e das liberdades do cidadão"²⁷.

Devido a importância dos precedentes judiciais no sistema de *common law*, em 1865 foi criado na Inglaterra um órgão para editar a jurisprudência inserida nas coletâneas de julgados e revisar juntamente com os magistrados as suas decisões²⁸.

Atualmente, não se vislumbra mais o modelo "puro" do *common law* como em sua origem, já há indícios suficientes de uma mutação do sistema inglês, a exemplo da intensificação da produção legislativa, característica típica do *civil law*.

2.1.2 O Direito estadunidense

Em um primeiro momento, o direito inglês era o único a ser aplicado em suas colônias do novo mundo. Contudo, com o advento da Revolução da colônia inglesa na América do Norte, a resistência em acolher modelo da antiga metrópole carregado com os seus costumes foi determinante para a rejeição natural do *common law* inglês. Em contraposição ao sistema da metrópole, o modelo estadunidense optou por conferir primazia à Constituição escrita reforçada pela

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.35.

²⁷ *Ibidem*, p.36

²⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

criação do controle difuso de constitucionalidade²⁹. Mesmo com a influência exercida através da colonização, o modelo estadunidense era composto por codificações rudimentares em virtude da presença de colonos de tradição romano-germânica como Alemanha e França³⁰.

A estrutura federalista desenvolvida nos Estados Unidos e a rígida separação dos poderes procederam uma mutação do sistema originário desenvolvido na Inglaterra, sendo possível identificar alguns contrastes entre eles³¹. Em verdade, o sistema primitivo adotado pelos Estados Unidos foi primariamente importado da metrópole; sofreu as devidas adaptações à realidade do país importador e, posteriormente, foi desenvolvido³². Nesse modelo, ao contrário do inglês, se percebe que a rigidez da vinculação dos precedentes judiciais é mais flexível, uma vez que as Cortes não titubeiam em rever um precedente manifestamente equivocado ou ultrapassado através da utilização das técnicas adequadas para tanto³³.

Diante desse panorama do *common law*, seja no modelo inglês ou estadunidense, identifica-se a importância do precedente judicial para o sistema, garantindo-se maior segurança jurídica, isonomia, estabilidade jurisprudencial, credibilidade do Poder Judiciário e a mobilidade do sistema jurídico. Enfocando essa característica histórica da verticalização dos precedentes judiciais inerente à tradição do *common law*, Patrícia Perrone Campos Mello discorre:

Segundo entendimento convencional, o *common law*, modelo comum aos países de colonização inglesa, trataria as *decisões judiciais* como principal elemento irradiador de normas, conferindo-lhes efeitos vinculantes e gerais e atribuindo à lei papel secundário. Neste sistema, a partir das soluções proferidas em cada caso, buscar-se-ia, *por indução*, formular as regras aplicáveis a situações análogas. O desenvolvimento do direito, por isso, ocorreria na medida em que *associações* e *distinções* entre casos ensejassem a aplicação de resultados idênticos ou provocassem a criação de novos precedentes.³⁴

²⁹ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010; SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. 2. ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000; STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

³⁰ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. 1. ed. (ano 2006), 5. reimpressão. Curitiba: Juruá, 2011.

³¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.

³⁴ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 12.

Além disso, apesar da existência de variações entre o modelo inglês e o estadunidense de *common law*, os dois preservam a ideia de que questões semelhantes devem ser solucionadas de maneira semelhante, garantindo que o jurisdicionado não seja surpreendido a partir das decisões judiciais, assegurando a estabilidade e a previsibilidade³⁵.

2.3 CIVIL LAW

O sistema jurídico de *civil law*, também conhecido como romano-germânico, consiste naquele em que a lei desempenha o papel de principal fonte do direito enquanto as decisões judiciais exercem um papel secundário, explicitando e declarando o ordenamento jurídico³⁶. A tradição do *civil law* teve como berço a Europa Ocidental durante o século XIII, lugar este que, mesmo com a expansão de seu modelo jurídico para países alheios ao continente originário, manteve-se como o centro de seu desenvolvimento³⁷.

Em tese, como o sistema romano-germânico se pautava na primazia da lei, o aplicador do direito deveria partir de um comando geral e abstrato advindo do Poder Legislativo que iria ser aplicado a um determinado caso concreto, dando margens a diversas interpretações.

Nitidamente perceptível em tempos de Revolução Francesa, os magistrados pré-revolucionários, que compraram ou herdaram seus cargos, não eram considerados idôneos pela sociedade, uma vez que eles se negavam a aplicar a legislação que era considerada desfavorável aos seus interesses e aos de seus protegidos e, quando interpretavam à lei, faziam de modo a manter o ambiente pré-revolucionário, frustrando os objetivos da Revolução³⁸.

Diante disso, os revolucionários não tiveram outra opção a não ser a de limitar o poder dos magistrados para que sua atividade se resumisse a subsunção da letra da

³⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o Estado de Direito - *civil law* e *common law*. *Revista Jurídica*, Ano 57, nº 384, outubro 2009. Porto Alegre: Editora NotaDez, 2009.

³⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

³⁷ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução: Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

lei ao caso concreto, inibindo qualquer tipo de interpretação feita pelos juízes. Agora, "para que se pudesse limitar o poder do juiz à declaração da lei, a legislação deveria ser clara e capaz de dar regulação a todas as situações conflitivas"³⁹, o que demandou uma atividade legislativa extensa e habitual no sistema de *civil law* desde a sua origem. Todavia, em hipóteses raras, caso o juiz não tivesse condições de identificar a norma aplicável a questão que lhe foi submetida, a questão deveria ser submetida ao Poder Legislativo, dada a absoluta submissão do Poder Judiciário a tal órgão⁴⁰.

Visando evitar a aplicação incorreta da lei e a omissão do caso ao legislativo para consulta, foi criada a Corte de Cassação Francesa, órgão alheio ao Poder Judiciário e instituído com o principal objetivo de garantir a supremacia da lei (i.e., cassar decisões "equivocadas" de interpretações incorretas). Posteriormente, ao invés de servir tão somente para cassar tais decisões, a Corte de Cassação passou a dar a interpretação correta da lei e a assumir natureza jurisdicional, sobrepondo-se aos tribunais ordinários. Dessa maneira, evitava que os juízos inferiores consolidassem interpretações incorretas⁴¹.

Assim, observa-se que, em virtude das raízes históricas, o sistema de *civil law* apresenta uma limitação excessiva do poder interpretativo do magistrado e a sua submissão ao Poder Legislativo. Esclarecendo o tema, Luiz Guilherme Marinoni assinala:

É preciso atentar, sobretudo, para a diferença entre a história do poder judicial no *common law* e a história do direito continental europeu, em particular dos fundamentos do direito francês pós revolucionário. Na Inglaterra, ao contrário do que ocorreu na França, os juízes não só constituíram uma força progressista preocupada em proteger o indivíduo e em pôr freios no abuso do governo, como ainda desempenharam papel importante para a centralização do poder e para a superação do feudalismo. Naquele país, a unificação do poder se deu de forma razoavelmente rápida, com a eliminação da jurisdição feudal e de outras jurisdições paralelas. E os juízes colaboraram para esta unificação, afirmando o direito de ancestral tradição na nação, sem qualquer necessidade de rejeição à tradição jurídica do passado. A Revolução Francesa, porém, procurou criar um direito que fosse capaz de eliminar o passado e as tradições até então herdadas de outros povos, mediante o esquecimento não só do direito francês mais antigo, como também da negação da autoridade do *ius commune*. O direito comum havia de ser substituído pelo nacional. Tal direito, ao contrário do inglês, tinha que ser claro e completo, para não permitir qualquer interferência judicial no desenvolvimento do direito e do poder

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 54.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*.

governamental. Não havia como confiar nos juízes, que até então estavam ao lado dos senhores feudais e mantendo forte oposição à centralização do poder. Veja-se, então, que o direito francês, além de rejeitar o direito comum do *civil law* e de procurar instituir um direito nacional novo, teve a necessidade de legitimá-lo mediante a subordinação do poder do juiz ao poder do parlamento.⁴²

Como se verifica, devido às raízes históricas, o *common law* e o *civil law* partiram de influências distintas: enquanto o *civil law* optou pela estrita separação dos poderes, entregando o poder de criação do direito tão somente ao Poder Legislativo, o *common law* optou por mitigar a separação dos poderes e dar poderes aos juízes de criarem o direito paralelamente aos legisladores⁴³.

Tais características são suficientes para identificar dois modelos de juízes, o *judge make law*, típico da tradição de *common law*, e o *judge bouche de la loi*, típico da tradição de *civil law*. O *judge make law*, fruto da aposta realizada pelo *common law* no Poder Judiciário, caracteriza-se pela ampla liberdade conferida aos magistrado para regular a sociedade a partir de seus julgamentos. Já o *judge bouche de la loi*, nascido através da escravização dos magistrados ao Poder Legislativo, demonstra-se apenas com um braço do legislador, se limitando a repetir os ditames legais, sem liberdade interpretativa⁴⁴.

Com razão, o desenvolvimento de ambos os sistemas se deram da forma mais adequada e social possível, já que, em tempos de Revolução Francesa, o Poder Judiciário estava contaminado de magistrados influenciados pelo regime absolutista enquanto a sociedade clamava por uma mudança. Igualmente, na realidade inglesa o quadro se repetiu – o fortalecimento do Poder Judiciário se deu a partir da sua união com o Parlamento com o objetivo de afastar o absolutismo e controlar as atividades do reino.

O mesmo fenômeno apresentado nos modelos de *common law*, que já não apresentam mais a pureza de sua origem, o *civil law* também passou por um processo de mutação ao longo dos tempos em que foi possível mitigar um pouco a ideia de primazia da lei, assunto que será tratado a seguir.

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p 56-58.

⁴³ *Ibidem*, p.51.

⁴⁴ *Ibidem*; BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do modelo processual cooperativo no direito brasileiro*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador.

2.4 A REALIDADE DOS SISTEMAS JURÍDICOS

Em que pese a aparente dicotomia tradicional apresentada doutrinariamente, constata-se atualmente o fenômeno da convergência entre os sistemas jurídicos de *common law* e *civil law*, de modo que é possível identificar o intercâmbio de características, técnicas e institutos entre as referidas culturas.

Desse modo, apesar da existência de distinções entre os sistemas apresentados, não há que se falar que o *common law* utiliza o precedente judicial como fonte absoluta do direito, e que o *civil law* utiliza a lei de igual modo. Ademais, a existência e utilização da codificação não são mais os únicos elementos que podem distinguir as tradições jurídicas, como bem destaca Luiz Guilherme Marinoni:

A codificação, por si só, não pode explicar a distinção entre o *common law* e o *civil law*. Não se pense que o *civil law* é caracterizado pelos Códigos e pela tentativa de completude da legislação, enquanto o *common law* tem uma característica exatamente contrária. O *common law* também tem intensa produção legislativa e vários Códigos. O que realmente varia do *civil law* para o *common law* é o significado que se atribui aos Códigos e à função que o juiz exerce ao considerá-los. No *common law*, os Códigos não tem a pretensão de fechar os espaços para o juiz pensar; portanto, não se preocupam em ter todas as regras capazes de solucionar os casos conflituosos. Isso porque, neste sistema, jamais se acreditou ou se teve a necessidade de acreditar que poderia existir um Código que eliminasse a possibilidade de o juiz interpretar a lei. Nunca se pensou em negar ao juiz desta tradição o poder de interpretar a lei. De modo que, se alguma diferença há, no que diz respeito aos Códigos, entre o *civil law* e o *common law*, tal distinção está no valor ou na ideologia subjacente à ideia de Código.⁴⁵

Atualmente, as contraposições aqui apresentadas, não podem ser tão nitidamente identificadas, tendo em vista que os dois sistemas jurídicos passaram por diversas mutações ao longo dos anos, se adequando às realidades e aos anseios sociais de cada sociedade. Com isso, é possível falar em uma convergência entre os dois principais sistemas jurídicos, já que as referidas mutações acabaram por introduzir mecanismos do *common law* nos sistemas de *civil law* e vice-versa.

Com o passar dos tempos, houve uma mudança do perfil dos juízes no exercício da jurisdição nas tradições jurídicas de *common law* e *civil law*. Tradicionalmente, o princípio dispositivo norteava a relação jurídica processual no *common law*, atribuindo às partes a iniciativa probatória, enquanto o princípio inquisitivo ditava as

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 55-56.

regras do processo no *civil law*, conferindo maiores poderes ao magistrado, com uma atitude mais ativa na instrução. Todavia, atualmente, há uma tendência de conferir mais poderes instrutórios ao juiz no *common law* e de limitar os seus poderes no *civil law*, demonstrando uma mitigação da visão "pura" dos sistemas jurídicos em questão⁴⁶.

Ao lado da mudança dos poderes dos magistrados, nota-se que a atividade legislativa no *common law* aumentou consideravelmente, o sistema de audiência una de debate vem sendo mitigado e a instituição do júri nas causas civis vem sendo afastada, o que fortalece a ideia de convergência⁴⁷.

Acerca desse fenômeno de aproximação das tradições de *common law* e *civil law*, é importante registrar as considerações de Priscila Soares Crocetti e Paulo Henrique Dias Drummond:

A partir do século XX observa-se uma sensível aproximação entre as tradições de *Common Law* e de *Civil Law*. Vivencia-se, por um lado, em especial nos países de *Civil Law*, uma perda da centralidade do Código, modelo por excelência da modernidade jurídica, no qual o direito estava preso a uma formulação estatal prévia e acabada. Caminhou o direito, diante das evidentes transformações sociais e tecnológicas, e a própria *Civil Law*, para uma conformação mais adequada às reclamações sociais. Também é responsável por essa aproximação a emergência do constitucionalismo contemporâneo, cujo perfil assenta-se na inclusão, do ponto de vista material, de elementos normativos diretamente vinculados a valores e opções políticas fundamentais.⁴⁸

Os sistemas jurídicos passam por tais transições com o objetivo primordial de chegar a um ponto de equilíbrio, ou seja, as "importações" realizadas entre sistemas são um meio de adequar os sistemas aos anseios sociais e aos avanços do próprio Direito em si.

2.5 O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

⁴⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. *Revista de Processo*, nº 116, julho-agosto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Curso de Direito Processual Civil*. V 2. 6 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2011.

⁴⁷ TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. *Revista de Processo*, Ano 28, nº 110, abril-junho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

⁴⁸ CROCETTI, Priscila Soares; DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. *Formação Histórica, Aspectos do Desenvolvimento e Perspectivas de Convergência das Tradições de Common Law e de Civil Law*. In: Luiz Guilherme Marinoni (Cord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Editora Juspodivm, 2010, p. 48.

Tradicionalmente, o Brasil é conhecido como um país que adota o sistema jurídico de *civil law*, cultuando as premissas desenvolvidas pelo modelo romano-germânico e conferindo preponderantemente maior importância à lei como fonte do direito.

Observando a experiência brasileira, seguindo essa tendência de convergência entre os sistemas jurídicos demonstrada anteriormente, verifica-se que, com o passar do tempo, o ordenamento jurídico pátrio incorporou alguns institutos nitidamente originários do *common law*, a exemplo do processo coletivo (embasado nas *class actions* estadunidenses), do rito "sumaríssimo" previsto para os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, a tendência de uniformização da jurisprudência e a utilização de conceitos jurídicos indeterminados, possibilitando um maior ativismo judicial.

Além disso, o sistema jurídico brasileiro adota um direito constitucional tipicamente estadunidense, com garantias processuais expressas, um controle de constitucionalidade difuso inspirado no *judicial review* e a valorização dos precedentes judiciais através das súmulas vinculantes, súmulas impeditivas e do julgamento de causas repetitivas, aspectos típicos do *common law*⁴⁹.

Destacando essa dualidade das características presentes no sistema jurídico brasileiro, Fredie Didier Jr. afirma:

A identificação de uma tradição jurídica não se faz apenas com a análise do sistema jurídico. É preciso investigar também o papel e a relevância dos operadores jurídicos e o modo como se ensina o Direito. No Brasil, embora a importância da opinião dos doutrinadores ainda seja bem significativa (característica do *civil law*), o destaque que se tem atribuído à jurisprudência (marca do *common law*) é notável, de que serve de exemplo a súmula vinculante do STF. Não obstante o nosso ensino jurídico se tenha inspirado no modelo da Europa Continental (principalmente de Coimbra), não se desconhecem atualmente inúmeros cursos de Direito que são estruturados a partir do exame de casos conforme a tradição do *common law*.⁵⁰

Destarte, verifica-se que o Brasil tem um sistema jurídico próprio, tendo em vista a impossibilidade de identificar o sistema jurídico brasileiro em um dos modelos tradicionais, visto que o Brasil incorporou diversas características do *civil law* e do *common law*, adequando-os a sua própria realidade.

Por fim, cumpre salientar que esse fenômeno que vem importando a vinculação dos precedentes judiciais para o modelo brasileiro deve ser realizado cautelosamente, já

⁴⁹ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 42.

que a grande maioria dos operadores do direito não possuem a formação acadêmica adequada para lidar com os institutos fundamentais a uma "teoria dos precedentes"⁵¹, a exemplo das técnicas de redação, superação e interpretação dos precedentes, assuntos que serão tratadas no capítulo seguinte.

⁵¹ THEODORO Jr., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. "Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória". *Revista de Processo*, ano 35, nº 189, nov. 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 41.

3 DO PRECEDENTE JUDICIAL

O estudo do precedente judicial é fundamental para a compreensão dos diversos sistemas jurídicos, uma vez que é possível identificá-lo em todos os modelos existentes, apesar do seu destaque se dar de forma distinta em cada um deles.

A depender do sistema jurídico, será conferida maior ou menor importância ao precedente judicial, variando o grau de compreensão acerca da sua utilização e das suas formas de interpretação, superação e redação.

Tendo em vista o fenômeno da valorização do precedente judicial e de seu efeito vinculante no sistema brasileiro, é evidente que a teoria geral do precedente judicial é de alta relevância para a compreensão do próprio ordenamento.

3.1 CONCEITO

O precedente judicial pode ser definido como uma decisão judicial, proferida em determinado caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como parâmetro para o julgamento posterior de casos análogos⁵². Portanto, a diretriz estabelecida a partir de um determinado caso concreto, enfrentando as questões jurídicas envolvidas, servirá de “modelo” para o julgamento de futuras demandas que passem pelo crivo do Judiciário, garantindo a isonomia, a segurança jurídica, a previsibilidade, a uniformização da jurisprudência e a credibilidade do Poder Judiciário e dos seus atos.

Em que pese a maior referência ao efeito vinculante do precedente judicial, na verdade, apenas uma parte dele tem eficácia vinculante: a *ratio decidendi*. Por este motivo, é imprescindível analisar o precedente judicial como um todo, identificando todos os seus elementos e dando-lhes a devida importância.

Partindo da premissa fincada por José Rogério Cruz e Tucci, “todo *precedente judicial* é composto por duas partes distintas: a) as circunstâncias que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio*

⁵² DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Curso de Direito Processual Civil*. V 2. 6. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2011.

decidendi) do provimento decisório"⁵³. De fácil constatação, as circunstâncias que embasam a controvérsia consistem nos elementos fáticos e os seus aspectos apresentados em juízo. Em contrapartida, a *ratio decidendi* (também conhecida pela expressão *holding* empregada pelos americanos) é o elemento do precedente judicial mais complexo, composto pelos seguintes elementos: "a) indicação dos fatos relevantes (*statement of material facts*); b) o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*); e c) o juízo decisório (*judgement*)"⁵⁴.

É importante salientar que a *ratio decidendi* não será encontrada em destaque na decisão proferida pelo órgão jurisdicional⁵⁵. A tarefa de extrai-la da decisão caberá aos magistrados, em momento posterior, verificando a sua compatibilidade com a situação concreta sob análise⁵⁶.

Em razão desta dificuldade habitual, surgiram alguns métodos para facilitar a determinação da *ratio decidendi* de um caso. De cunho mais tradicional, o método de Wambaugh propõe "que a *ratio decidendi* de um caso é a proposição ou regra sem a qual o caso seria decidido de forma diversa. A *ratio decidendi*, portanto, é uma proposição necessária para a decisão"⁵⁷. Nesse caso, ao aplicar tal método, cabe apenas ao operador do direito uma atividade de exclusão, preservando somente os aspectos indispensáveis do caso concreto para a formação da *ratio decidendi*. A teoria de Oliphant, por sua vez, elaborada pelo professor Herman Oliphant, sustenta que a *ratio decidendi* é definida a partir da resposta dada pelo órgão julgador aos fatos deduzidos em juízo⁵⁸. Já a teoria de Goodhart sustenta que o método para a determinação da *ratio decidendi* deve ter em mente os fatos considerados como fundamentais pelo juiz (*material facts*) e a decisão do magistrado baseada nestes fatos⁵⁹.

Ao lado da *ratio decidendi*, o *obiter dictum* ou *dictum* é outro elemento que compõe o precedente judicial, expresso pelos argumentos expostos acessoriamente na

⁵³ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 12.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 175.

⁵⁵ Com o intuito de facilitar a aplicação do precedente, o Tribunal de Justiça da Bahia, em seu regimento interno, prevê a necessidade de indicação da *ratio decidendi* na ementa do julgamento, nos moldes de seu art. 208, parágrafo único.

⁵⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Op. cit.*, 2004.

⁵⁷ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. 1. ed. (ano 2006), 5. reimpressão. Curitiba: Juruá, 2011, p. 126-127.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Ibidem*.

decisão, que não tem influência direta e relevante no juízo decisório⁶⁰. Para identificar o *obiter dictum* ou os *obiter dicta* presentes num determinado precedente judicial é necessário fazer uma análise negativa dos elementos. Sendo assim, tudo aquilo que não fizer parte da *ratio decidendi*, será *obiter dictum*⁶¹.

Cumprido salientar que usualmente as expressões *dictum* e *obiter dictum* são empregadas indistintamente, mas é preciso ter em mente que existe uma distinção terminológica quanto à precisão destas expressões. Como bem assinala Marcelo Alves Dias de Souza, "*dictum* é uma proposição de Direito, constante do julgamento do precedente, que, apesar de não ser *ratio decidendi*, tem considerável relação com a matéria do caso julgado e maior poder de persuasão. Em comparação, *obiter dictum* é uma proposição de Direito, constante do julgamento, com ligação muito tênue com a matéria do caso e pouquíssima persuasiva"⁶².

Examinados os elementos que compõem a estrutura de um precedente judicial, observa-se que a tarefa de identificá-los é complexa, o que demanda uma análise minuciosa acerca do seu conteúdo.

3.2 MODALIDADES

Em virtude da diversidade dos sistemas jurídicos, os precedentes judiciais apresentam diversos tipos de modalidades, desde a sua vinculação total até a mera orientação.

Quanto à vinculação, os precedentes judiciais pode ser classificados em obrigatórios e persuasivos. Os precedentes obrigatórios ou vinculantes são aqueles que servem de base para o julgamento posterior de questões análogas, podendo ser absolutamente obrigatórios ou relativamente obrigatórios. Os precedentes são relativamente obrigatórios quando o tribunal tem o poder de afastar a aplicabilidade de tal precedentes, desde que existem razões para tanto. Já os precedentes absolutamente obrigatórios são aqueles que devem ser adotados em qualquer caso,

⁶⁰ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Curso de Direito Processual Civil*. V 2. 6 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2011.

⁶¹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. 1. ed. (ano 2006), 5. reimpressão. Curitiba: Juruá, 2011.

⁶² *Ibidem*, p. 140.

mesmo que o órgão julgador julgue-o incorreto ou irracional⁶³. Por este motivo, “não encontra mais espaço nos diversos ordenamentos jurídicos, pois, ao menos, as Cortes Supremas tem o poder de revogar seus próprios precedentes, quando assim o exigir a evolução social ou a substancial mudança do cenário fático-social”⁶⁴.

No Brasil, existem algumas hipóteses em que ao precedente judicial firmado (leia-se *ratio decidendi*) tem força vinculante a exemplo da súmula vinculante, do entendimento consolidado na súmula de cada tribunal (eficácia vinculante interna), dos precedentes oriundos do Pleno do STF e da decisão modelo prolatada em sede de recursos extraordinários e especiais repetitivos⁶⁵.

Os precedentes persuasivos, por seu turno, são os que servem de mera orientação para casos futuros, não sendo dotados de nenhum efeito vinculante, de modo que nenhum magistrado está obrigado a segui-los, mas estes correspondem a um norte de solução razoável e adequada. Em que pese essa natureza meramente diretiva, os precedentes persuasivos podem exercer um papel importante que possa repercutir em julgamentos posteriores. Isso ocorre especialmente quando o legislador conferiu ao magistrado o poder de julgar liminarmente improcedentes as causas repetitivas, nos casos em que a matéria controvertida for unicamente de direito e o juízo já houver prolatado sentença de total improcedência em outros casos análogos, nos moldes do art. 285-A do CPC. Ademais, o precedente persuasivo pode servir como base para a instauração de um incidente de uniformização de jurisprudência, consoante os arts. 476 e 479 do CPC, e admite a interposição de recursos que tem por objetivo uniformizar a jurisprudência com base em precedente judiciais, a exemplo dos embargos de divergência e do recurso especial fundado em divergência, previstos no art. 546 do CPC e 105, III da Constituição Federal⁶⁶.

Além da divisão tradicional quanto à vinculação, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira propõem uma categoria dos precedentes obstativos da revisão de

⁶³ SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005; SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. 1. ed. (ano 2006), 5. reimpressão. Curitiba: Juruá, 2011.

⁶⁴ BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. *O devido processo legal nas demandas repetitivas*. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 101.

⁶⁵ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Curso de Direito Processual Civil*. V 2. 6 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2011.

⁶⁶ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Op. cit.*, 2011; SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Op. cit.*, 2011.

decisões, formada por aqueles precedentes que servem para impedir a apreciação de recursos ou a remessa necessária. Nesse caso, o magistrado está autorizado a impedir o seguimento de determinados recursos ou a remessa necessária quando estiverem em confronto com precedentes judiciais, sobretudo com os firmados em tribunais superiores⁶⁷. Em que pese o destaque a tal categoria, as suas características apontam para o enquadramento comum dos próprios precedentes obrigatórios, uma vez que, ao negar seguimento ao recurso ou dispensar a remessa necessária, o magistrado terminará mantendo a tese jurídica firmada no precedente paradigma.

No que se refere à sua direção, o precedente pode ser considerado como vertical ou horizontal. O precedente vertical se funda basicamente sobre a autoridade e o respeito ao órgão que emitiu a decisão, de modo que o precedente deve ser observado pelos órgãos hierarquicamente inferiores em um caso idêntico ou similar ao decidido anteriormente. Já a expressão precedente horizontal serve para apontar a eficácia vinculante de um precedente judicial em relação aos órgãos judiciários que pertencem à mesma hierarquia daquele que pronunciou a primeira decisão⁶⁸.

Quanto ao conteúdo do precedente judicial, é possível classificá-lo como declarativos ou criativos. O precedente declarativo consiste no precedente judicial que simplesmente aplica uma norma jurídica preexistente enquanto o precedente criativo é aquele que cria e aplica a norma jurídica para o caso concreto⁶⁹. Nesses termos, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Santos de Oliveira afirmam:

Assim, é *declarativo* o precedente que simplesmente se baseia num precedente anterior para dar solução a um caso concreto, como ocorre, por exemplo, com a decisão que aplica "súmula vinculante" do STF ou com a decisão do membro de tribunal (relator) que, monocraticamente, dá provimento a recurso interposto contra decisão que contrastara súmula ou jurisprudência dominante do STF ou de tribunal superior (art. 557, §1º-A, CPC). É criativo, por exemplo, o precedente em que o magistrado precisa suprir lacuna legislativa, ou ainda quando se depara com cláusulas gerais, que lhe permitem agir discricionariamente na solução a ser dada ao caso concreto (p. ex., art. 1.109, CPC).⁷⁰

Independente da natureza declarativa de um determinado precedente judicial, esta característica não retira a criatividade judicial, haja vista a criação de uma norma

⁶⁷ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Curso de Direito Processual Civil*. V 2. 6 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2011.

⁶⁸ TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. *Revista de Processo*, nº 199, setembro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

⁶⁹ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Op. cit.*, 2011.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 392

jurídica individualizada pelo magistrado ao decidir um caso concreto à luz da Constituição e dos direitos fundamentais⁷¹.

Diante desse panorama acerca das modalidades dos precedentes judiciais, constata-se que a valorização e utilização do conteúdo decisório pode ser aplicada de diferentes formas em um determinado ordenamento jurídico.

3.3 TÉCNICAS DE REDAÇÃO, SUPERAÇÃO E INTERPRETAÇÃO

A partir da aplicação de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios, transmite-se uma nítida impressão de estabilidade, segurança e igualdade aos jurisdicionados. Essa noção é inerente à natureza do Direito⁷². Ao lado disso, existe a constante necessidade de adequação do Direito à realidade social, impondo a utilização de mecanismos capazes de acompanhar as mudanças sociais com o passar do tempo.

Em virtude dessa mutabilidade natural do Direito, a doutrina dos precedentes judiciais vinculantes desenvolveu técnicas de redação, superação e interpretação com o intuito de proporcionar a evolução dos precedentes em conformidade com as inovações jurídicas. Tais técnicas serviram ainda para evitar arbitrariedades e injustiças nos julgamentos com a aplicação de precedentes ultrapassados a julgamentos que necessitem de uma solução em conformidade com os anseios contemporâneos.

Outrossim, o emprego desses meios de preservação da dinâmica do ordenamento jurídico surgem como uma forma de garantir a igualdade ao longo do tempo, pautando-se na regra de justiça⁷³ e no princípio da universalidade⁷⁴, que determinam o tratamento igual às situações iguais. Sendo assim, para manter o equilíbrio entre a igualdade, a segurança jurídica e a mutação natural do Direito, exige-se a análise da

⁷¹ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Curso de Direito Processual Civil*. V 2. 6 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2011.

⁷² Seguindo essa linha, J. J. Calmon de Passos assinala: "..., indissociável do Direito é o valor segurança". PASSOS, J. J. Calmon de. Súmula vinculante. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, nº 6, setembro/dezembro. Curitiba: Genesis, 1997, p. 625.

⁷³ PERELMAN, Chaim. *Tratado da argumentação*. 1. ed. 5. tiragem. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁷⁴ ALEXYS, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 2.ed. Tradução: Zilda Hutchinson Schild. Revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira: Claudia Toledo. São Paulo: Landy Editora, 2005.

carga de argumentação na utilização dessas técnicas, conferindo coerência e unidade ao ordenamento⁷⁵.

Nesse sentido, ao contrário do que pode parecer, a utilização dos precedentes vinculantes não é uma forma de engessamento do sistema jurídico. Como será possível notar adiante, as tradições que utilizam essa forma de lidar com os precedentes judiciais possuem mecanismos suficientes para resguardar a natureza dinâmica do ordenamento jurídico, de modo que a atividade jurisdicional não se resumirá à declaração mecânica da lei ou do precedente.

Na elaboração ou redação do precedente judicial deve-se atentar primordialmente para a utilização de termos claros e objetivos, facilitando a aplicação do precedente paradigma aos casos futuros. Ressaltando a importância da adoção de técnicas coerentes de redação do precedente, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Santos de Oliveira, sustentam:

A vagueza na proposição normativa jurisprudencial é um contra-senso: nascida a partir da necessidade de dar concretude aos termos vagos, abertos, gerais e abstratos do direito legislado, a *ratio decidendi* deve ser formulada com termos de aceção precisa, para que não crie dúvidas quanto à sua aplicação em casos futuros.⁷⁶

Eliminando os termos vagos e dúbios do direito legislado, o Poder Judiciário, ao criar o precedente judicial, estará conferindo maior estabilidade e segurança para a decisão, evitando interpretações díspares.

Mesmo observando todos os cuidados apontados na elaboração e redação do precedente judicial, exige-se a realização do *distinguishing*, uma atividade de confronto entre o caso sob análise e o precedente paradigma para avaliar a possibilidade de sua aplicação vinculante. Para produzir a eficácia vinculante, a *ratio decidendi* fixada no precedente paradigma deve guardar uma pertinência substancial com o caso em julgamento, devendo ser considerado um *precedent in point*⁷⁷. Talvez essa seja uma das tarefas mais árduas e complexas para o operador do direito no exercício de sua função.

⁷⁵ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 2.ed. Tradução: Zilda Hutchinson Schild. Revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira: Claudia Toledo. São Paulo: Landy Editora, 2005.

⁷⁶ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Curso de Direito Processual Civil*. V 2. 5 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, p. 392.

⁷⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Em um primeiro momento, o magistrado deve identificar os elementos objetivos que possam compatibilizar o caso em julgamento e os precedentes judiciais firmados em situações análogas. Passa-se, então, à análise da *ratio decidendi* estabelecida no precedente paradigma norteador da questão. Durante essa atividade, o julgador poderá interpretar as decisões proferidas em casos semelhantes de forma restritiva (*restrictive distinguishing*) ou ampliativa (*ampliative distinguishing*). Sendo assim, os juízes não se submetem cegamente às diretrizes fincadas no precedente, já que é preservada essa discricionariedade interpretativa no momento do *distinguishing*⁷⁸.

Baseado nesse conceito de *distinguishing*, entende-se que é possível estabelecer duas acepções para o termo *distinguish*, uma para identificar o método de comparação entre o caso sob análise e o paradigma (*distinguish-método*) e outra para caracterizar o resultado desse confronto, nos casos em que se conclui haver entre eles alguma diferença. (*distinguish-resultado*)⁷⁹.

Agora, quando uma determinada questão inédita é levada ao conhecimento dos tribunais, caberá aos magistrados a devida apreciação da matéria, sem o subsídio das coletâneas de julgados e sem a necessidade da realização do *distinguishing*, pois não há decisão paradigma a ser analisada.

Passada essa primeira fase de identificação, confronto e interpretação do precedente, faz-se necessário o estudo das técnicas de superação de um precedente judicial.

Em termos gerais, identifica-se o *overruling* como a técnica de revogação do precedente judicial. Nela, o precedente judicial deixa de ser vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente⁸⁰. Nesse caso, o precedente paradigma, que antes era completamente adequado aos casos análogos, não é mais suficiente para solucioná-los em virtude de mudanças no cenário social e jurídico.

Essa técnica de superação do precedente judicial pode ser utilizada de forma expressa (*express overruling*) ou tácita (*implied overruling*). Em sua versão expressa, a substituição do precedente judicial se concretiza a partir do momento em que um tribunal, claramente, adota um novo posicionamento em relação a

⁷⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 171.

⁷⁹ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Curso de Direito Processual Civil*. V 2. 5 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 395.

determinada matéria, deixando de aplicar o anterior. A modalidade tácita, por sua vez, pode ser observada a partir do momento em que o órgão jurisdicional adota uma nova orientação conflitante com a sua posição anterior, mesmo sem haver a menção expressa de sua substituição⁸¹.

Visando garantir o princípio da segurança jurídica, há a possibilidade de modulação dos efeitos do *overruling* para que se operem de forma retroativa ou prospectiva. Na forma retroativa, a eficácia do *overruling* se opera com uma eficácia *ex tunc*, impedindo que a *ratio decidendi* do precedente substituído seja invocada para os fatos anteriores à substituição e que ainda estejam pendentes de análise pelo Judiciário. Já na forma prospectiva, o *overruling* se concretiza com uma eficácia *ex nunc*, permitindo que a *ratio decidendi* do precedente substituído permaneça válida e vinculante para os fatos e processos anteriores à substituição⁸².

Indubitavelmente, é de extrema importância a previsão da modulação dos efeitos do precedente substituído, uma vez que o Poder Judiciário poderá determinar em que hipóteses incidirá o "novo" precedente, a depender das circunstâncias que envolvam a questão. Caso não houvesse essa possibilidade, poderia comprometer a estabilidade do sistema jurídico, causando prejuízos aos jurisdicionados.

Ao lado dessas técnicas tradicionais de *overruling*, existe ainda a possibilidade do *anticipatory overruling*, criada pelos Estados Unidos, que se caracteriza pela revogação preventiva do precedente judicial pelas cortes inferiores, sob o fundamento de que o entendimento, ainda sem ser expressamente, não é mais adotado pela Corte Superior⁸³.

A técnica de superação conhecida como *overriding* é aquela através da qual "o tribunal apenas limita o âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal"⁸⁴. A superveniência de regra ou princípio legal não são suficientes para revogar o precedente judicial por completo, ocorrendo apenas uma revogação parcial, mantendo os efeitos que ainda servem para serem aplicados a outros casos. Em sentido diverso, é importante consignar

⁸¹ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Curso de Direito Processual Civil*. V 2. 5 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 180.

⁸⁴ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Curso de Direito Processual Civil*. V 2. 5 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, p. 397.

as lições de Antônio Adonias Aguiar Bastos ao afirmar que “parece-nos, contudo, tratar-se de uma particularização do *distinguishing*-método, quando aplicado a elementos surgidos posteriormente à criação do precedente, provocando um *distinguishing*-resultado”⁸⁵.

A *reversal*, por seu turno, não se confunde com o *overruling*. Na *reversal*, ocorre a reforma de uma decisão proferida por um órgão *a quo*, realizada por um órgão *ad quem*, mediante a utilização de um recurso, dentro de um mesmo processo⁸⁶. No caso, a diferença primordial entre os dois institutos reside no fato de que o *reversal* se opera a partir de uma reforma realizada através de um recurso destinado a outro órgão jurisdicional, enquanto o *overruling* parte da ideia de revogação do precedente judicial por quem o elaborou⁸⁷.

Outra técnica utilizada na aplicação do precedente judicial é a *technique of signaling*, técnica intimamente ligada à concepção de segurança jurídica. Apesar de ter conhecimento de que o conteúdo do precedente está equivocado ou não mais deve subsistir, o tribunal deixa de revogá-lo, preferindo apenas apontar para a sua perda de consistência e sinalizar que a sua revogação deverá ocorrer em breve⁸⁸.

Através de todos esses mecanismos de redação, interpretação e superação dos precedentes judiciais, o sistema de *common law* trata supera a aparência de engessamento do ordenamento jurídico em virtude da vinculação do precedente, garantindo os princípios constitucionais da segurança jurídica e da igualdade, bem como a credibilidade do Poder Judiciário.

3.4 DISTINÇÕES NECESSÁRIAS

⁸⁵ BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. *O devido processo legal nas demandas repetitivas*. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 116.

⁸⁶ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. 1. ed. (ano 2006), 5. reimpressão. Curitiba: Juruá, 2011.

⁸⁷ Sobre a *reversal*, Antônio Adonias Aguiar Bastos afirma: “Não deve ser confundida com a *overruling*, que implica a revogação (e não reforma) da decisão pela própria corte que a prolatou, superando o precedente anterior, que não servirá mais de orientação para o deslinde de casos homogêneos”. BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. *O devido processo legal nas demandas repetitivas*. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador.

⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Dada a importância conferida ao precedente judicial nos últimos tempos pelo ordenamento jurídico brasileiro, torna-se imprescindível realizar a distinção entre os conceitos de súmula, súmula vinculante, decisão, precedente judicial e jurisprudência, já que estes podem gerar algumas confusões terminológicas na prática forense. Além disso, a eficácia do precedente judicial, o efeito vinculativo da coisa julgada e a eficácia da intervenção são fenômenos que também merecem um tratamento neste momento, sanando eventuais dúvidas.

3.4.1 Precedente judicial x decisão judicial

Como visto anteriormente, o precedente judicial pode ser definido como uma decisão judicial, proferida em determinado caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como parâmetro para o julgamento posterior de casos análogos⁸⁹.

É preciso notar que o referido conceito de precedente judicial não se confunde com o conceito de decisão judicial, uma vez que nem toda decisão judicial constitui um precedente. Para que seja considerada como precedente, a decisão judicial deve respeitar às características inerentes ao instituto, principalmente, a anterioridade e a existência de “um núcleo essencial, apreensível por indução, que poderá ou deverá funcionar como premissa para decisões de futuros casos semelhantes”⁹⁰. Sendo assim, é possível afirmar que nem toda decisão judicial constitui um precedente, mas todo o precedente é fruto de uma decisão judicial.

3.4.2 Súmula x Súmula vinculante

A súmula corresponde ao posicionamento adotado pelos tribunais em que se estabelece uma determinada tese jurídica sólida referente à determinado tipo de caso concreto, podendo ser aplicada em casos análogos e que posteriormente servirá de base para a elaboração de um enunciado, previsto no art. 479 do CPC.

⁸⁹ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Curso de Direito Processual Civil*. V 2. 6 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2011.

⁹⁰ Antônio Adonias Aguiar. *O devido processo legal nas demandas repetitivas*. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 90.

Corroborando esse entendimento, Mônica Sifuentes destaca o objetivo do instituto, bem como a existência de uma confusão terminológica em sua utilização:

No âmbito jurídico, a súmula de jurisprudência se refere a teses jurídicas solidamente assentes em decisões jurisprudenciais, das quais se retira um *enunciado*, que é o preceito doutrinário que extrapola os casos concretos que lhe deram origem e pode ser utilizado para orientar o julgamento de outros casos. As duas palavras – *súmula* e *enunciado* -, embora tenham significados diferentes, acabaram por ser usadas indistintamente, de modo que por *súmula*, atualmente, entende-se comumente o próprio enunciado, ou seja, o preceito genérico tirado do resumo da questão de direito julgada.⁹¹

Nesse sentido, é evidente que há uma confusão terminológica instaurada pelos operadores do Direito brasileiro em relação à *súmula* e ao *enunciado*, mas que não gera nenhum prejuízo prático, tratando-se de uma mera confusão entre conteúdo e continente⁹².

O surgimento deste instituto, ainda frequentemente utilizado nos últimos anos, remonta ao ano de 1963, quando o então Ministro do Supremo Tribunal Federal Victor Nunes Leal propôs uma emenda ao Regimento Interno da Corte Suprema, com o intuito de inaugurar a utilização deste instituto pelo sistema jurídico brasileiro, desafogando a imensa quantidade de processos repetitivos tramitando naquela Corte, bem como garantindo a uniformização das decisões para casos semelhantes. Posteriormente, este instituto foi acolhido pela legislação, sendo estendido aos demais tribunais brasileiros, nos moldes do art. 476 e seguintes do CPC⁹³. Para edição de um enunciado de *súmula*, exige-se o julgamento, tomado por maioria absoluta dos votos, consoante o art. 479 do CPC.

Em que pese a sua origem com apenas a eficácia vinculativa interna (dentro do próprio órgão jurisdicional), com o passar do tempo, as *súmulas* passaram a ter efeito vinculante externo em determinadas hipóteses, mitigando a ideia de efeito meramente persuasivo em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, a exemplo da previsão dos arts. 475, §3º, 518, §1º, 544, §4º, II, "b" e "c" e 557 do CPC.

⁹¹ SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 237-238.

⁹² GOMES, Matheus Barreto. *Precedentes vinculantes como instrumentos de efetivação do direito fundamental ao tratamento isonômico. Teses da faculdade baiana de direito*, volume 3. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2011.

⁹³ SIFUENTES, Mônica. *Op. cit.*, 2005; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Súmula, Jurisprudência, Precedente: uma Escalada e seus Riscos. Revista Dialética de Direito Processual*, nº 27, jun. São Paulo: Dialética, 2005.

Com essa tendência de vinculação das súmulas, a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, o legislador constituinte inseriu na Constituição Federal o art. 113-A, consagrando a súmula vinculante, uma súmula em matéria constitucional, elaborada pelo Supremo Tribunal Federal, sendo posteriormente regulamentada pela Lei nº 11.417/2006. Diferente da súmula ordinária, a súmula vinculante, como o próprio nome destaca, deve ser aplicada obrigatoriamente por todos os órgãos jurisdicionais do país e pela administração pública direta e indireta em todas as esferas.

Após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, a edição de um enunciado de súmula vinculante pode se iniciar de ofício ou por provocação, exigindo os arts. 113-A da CF/88 e 3º da Lei nº 11.417/06 a deliberação de dois terços dos membros do STF. Além do próprio STF, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB, o Defensor Público-Geral da União, partido político com representação no Congresso Nacional, entidade de classe ou confederação sindical com representação nacional, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, os demais Tribunais e os Municípios podem propor a edição, revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, na forma do art. 3º da Lei nº 11.417/06.

Conforme o art. 4º da Lei nº 11.417/06, admite-se a modulação dos efeitos da súmula vinculante com fundamento na segurança jurídica ou em excepcional interesse público. Desse modo, caso a edição de determinada súmula vinculante seja propensa a gerar certa instabilidade nas relações jurídicas, o STF deve determinar o momento adequado para o início de sua eficácia com o intuito de minimizar os seus impactos.

3.4.3 Jurisprudência

Dos analisados, o vocábulo jurisprudência é o que mais pode ser confundido visto que, a partir desse termo, é possível retirar diversas acepções e funções.

Utilizado com mais frequência pelos ingleses, o termo jurisprudência pode ser entendido como um sinônimo de ciência do direito ou dogmática jurídica⁹⁴. Em um sentido comum, a jurisprudência pode ser compreendida como o produto do Poder Judiciário, ou seja, a soma indiscriminada das decisões proferidas, independentemente de sua natureza ou predominância. Em um sentido mais próprio, a jurisprudência é expressa por uma sequência de acórdãos sobre uma determinada matéria, seguindo o mesmo entendimento. Em um sentido mais potencializado, a jurisprudência corresponde ao fenômeno de destaque da tese fixada em dado caso concreto resolvido e serve de base para a solução de outras demandas, virtuais ou pendentes, tendo uma eficácia *pan-processual*⁹⁵⁹⁶.

A partir dessa última acepção de jurisprudência, observa-se que esta se confunde com o próprio conceito de precedente judicial apresentado, uma vez que ambas as definições partem da utilização de uma tese jurídica para solucionar futuros casos concretos.

Mesmo existindo essa confusão terminológica acentuada, os termos precedente e jurisprudência, em sua essência, são diferentes em seu caráter quantitativo e qualitativo. Em seu aspecto quantitativo, na forma exposta nos parágrafos anteriores, observa-se que o termo precedente se refere a uma decisão enquanto o termo jurisprudência enquadra uma pluralidade de decisões. Qualitativamente, precedente e jurisprudência divergem a partir do momento em que o precedente, considerado como norma universalizável⁹⁷, é aplicado em virtude da identidade ou da analogia entre os fatos do caso que deu origem ao precedente e os fatos do caso sucessivo enquanto os textos da jurisprudência, em regra, não trabalham com esse cotejo analítico entre os fatos que foram objetos das decisões⁹⁸.

Observa-se ainda que a jurisprudência tem características que se aproximam da noção de costume, o que gerou a utilização do termo costume tribunalício ou

⁹⁴ MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

⁹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

⁹⁶ É preciso consignar que, mesmo havendo todas essas acepções que remontam ao termo jurisprudência, sem dúvida, a mais usada na *praxis* forense é a que se refere ao número reiterado de decisões de um Tribunal sobre determinada matéria, seguindo a mesma linha de entendimento.

⁹⁷ Expressão utilizada em MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução: Waldéa Barcellos. Revisão: Marylene Pinto Michael. 2. ed. São Paulo: Matins Fontes, 2009.

⁹⁸ TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. *Revista de Processo*, nº 199, setembro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

costume jurisprudencial. Contudo, verifica-se que ambas as noções tem características próprias, não havendo motivo para a confusão terminológica. Por exemplo, o costume decorre da conduta de todos em uma determinada sociedade, enquanto a jurisprudência é fruto de um setor específico, os juízes e tribunais; o costume é espontâneo, já que nasce em razão do mero exercício dos direitos e deveres pelo indivíduo, enquanto a jurisprudência é reflexiva, por nascer em decorrência dos conflitos levados à juízo.

No que se refere ao seu papel, segundo Julio Cueto Rua, citado por A. L. Machado Neto, a jurisprudência exerce três funções basilares:

Primero: suministran un contenido más específico a los conceptos generales:

Segundo: definen el ámbito recíproco de aplicación de las diversas normas vigentes:

*Tercero: adecúan la norma legislativa general a las peculiaridades de los casos concretos.*⁹⁹

Nesse sentido, é preciso assinalar que a jurisprudência não serve apenas para ratificar ou repetir o direito legislado. Muito pelo contrário, a jurisprudência tem a função precípua de permitir que o direito acompanhe as evoluções sociais, adequando o direito legislado aos casos concretos submetidos à apreciação dos tribunais.

3.4.4 A eficácia do precedente e o efeito vinculativo da coisa julgada

Por fim, é importante distinguir as noções de eficácia do precedente e o efeito vinculativo da coisa julgada, uma vez que em ambos os casos há uma vinculação dos sujeitos a uma decisão judicial. A distinção básica entre as referidas noções reside no limite objetivo, no limite subjetivo e nos instrumentos de controle.

Em regra, a coisa julgada tem sua eficácia *inter partes* (art. 472, CPC), a sua parte vinculante da decisão está no seu dispositivo e os seus meios de controle são basicamente a ação rescisória, a *querela nullitatis*, desconstituição de sentença inconstitucional (art. 475-L, §1º e 741, par. ún., CPC) e a correção de erro material.

⁹⁹ RUA, Julio Cueto *apud* MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 212-213.

A eficácia vinculativa do precedente judicial, por seu turno, opera os efeitos da *ratio decidendi* de modo *erga omnes* e tem como principais meios de controle a intervenção do *amicus curiae* antes da formação do precedente (arts. 482, §§§1º, 2º e 3º, e 543-A, §6º, CPC) e os mecanismos de superação do precedente, a exemplo do *overruling*¹⁰⁰.

Posto isso, restam nítidas as diferenças entre ambas as hipóteses. Basicamente, mesmo se tratando de coisa julgada *erga omnes*, aquela prolatada em sede de ação coletiva, a parte vinculante da decisão se resume ao seu dispositivo. Em se tratando de precedente judicial, o efeito vinculante serve para aplicar a *ratio decidendi* do precedente paradigma aos casos futuros semelhantes¹⁰¹.

Realizadas as abordagens necessárias sobre os precedentes judiciais e os institutos correlatos, segue-se com a análise dos princípios da segurança jurídica e da igualdade, objeto do próximo capítulo.

¹⁰⁰ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 2. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

¹⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

4 OS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA IGUALDADE

Para iniciar o tratamento dos pilares do presente estudo, uma breve introdução acerca dos princípios jurídicos é de suma importância, já que o problema científico apresentado pretende analisar os precedentes judiciais vinculantes como forma de garantir os princípios da segurança jurídica e da igualdade.

Indubitavelmente, a introdução à uma noção de princípios precisa ser acompanhada da distinção entre princípios e regras, eis que estas duas espécies de comandos se relacionam em todo o ordenamento.

A partir das lições de Robert Alexy, observa-se que os princípios jurídicos e as regras fazem parte de um mesmo gênero: as normas jurídicas. Ambas as espécies são enquadradas como normas jurídicas porque prescrevem o que deve ser a partir de expressões do dever, da permissão ou da proibição¹⁰².

De acordo com Luís Roberto Barroso, "regras são proposições normativas aplicáveis sob a forma de *tudo ou nada* (*all or nothing*). Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir, de modo direto e automático, produzindo seus efeitos"¹⁰³. Desse modo, observa-se que as regras devem ter um conteúdo objetivamente delimitado, de modo que se permita a sua aplicação imediata, caso haja a subsunção¹⁰⁴. Por isso, geralmente, quando há um conflito entre regras, uma deve ser extirpada do ordenamento para que a outra prevaleça para que sobre um mesmo fato decorram resultados contraditórios entre si¹⁰⁵.

Os princípios, por sua vez, não são uma novidade implantada exclusivamente pelo pós-positivismo, uma vez que a sua presença já era notada em diversas passagens históricas, a exemplo da tradição judaico-cristã, ao pregar o respeito ao próximo, e da filosofia grega, ao instituir o princípio da não-contradição, formulado por Aristóteles. Todavia, mesmo presentes desde longa data, os princípios eram vistos

¹⁰² ALEXY, Robert. *Teoria dos direito fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹⁰³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 328.

¹⁰⁴ É importante registrar que esta concepção é ideal, eis que atualmente os legisladores utilizam frequentemente as normas de conceito aberto, aquelas em que é necessário o preenchimento de seu conteúdo pelo próprio intérprete, não tendo o seu conteúdo tão objetivamente delimitado.

¹⁰⁵ Nesse sentido, Robert Alexy leciona: "Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida". ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2008.

apenas como vetores de observação facultativa e somente vieram a ter a sua normatividade reconhecida a partir do pós-positivismo¹⁰⁶. Segundo Humberto Ávila,

os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção¹⁰⁷.

Devido a essa natureza mais maleável, quando há um conflito entre princípios, este deve ser solucionado através de uma ponderação de bens e interesses de acordo com o caso concreto, de modo que um, ao final, deve ceder¹⁰⁸. Contudo, mesmo após a existência de um conflito, os princípios podem continuar convivendo harmoniosamente no ordenamento. Sendo assim, quando há um conflito entre princípios, a extirpação de um deles do ordenamento não será a solução, mas sim a prevalência de um em detrimento do outro naquele determinado caso.

Atualmente, é possível falar em um *Estado Principiológico*, dada a importância que os princípios jurídicos assumiram nos últimos tempos¹⁰⁹, deixando de lado a concepção que reservava a estes somente a função programática, sem ter uma eficácia concreta. Contudo, juntamente com a valorização, a vulgarização dos princípios se tornou uma realidade, já que estes passaram a ser invocados por qualquer motivo, muitas vezes sem nenhum fundamento¹¹⁰.

Sem dúvida, os princípios exercem um papel fundamental em um ordenamento jurídico. Segundo Ricardo Luis Lorenzetti¹¹¹, esta expressão pode assumir diversas acepções como os valores fundantes de um ordenamento jurídico, as noções de uma ciência, o início de algo e os elementos essenciais de um ordenamento.

¹⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

¹⁰⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 78-79.

¹⁰⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹⁰⁹ Ratificando a importância conferida aos princípios, Francisco Alves assevera: "O reconhecimento da importância dos princípios foi tão incontestável que, com o tempo, os próprios legisladores originários asseguraram-lhes os lugares mais privilegiados no ordenamento jurídico". ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 04.

¹¹⁰ ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, 2009.

¹¹¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Ao lado das regras, esses mandamentos de otimização servem para oxigenar o sistema jurídico, possibilitando o seu desenvolvimento ao longo do tempo, de modo a evitar o seu engessamento. Sobre o tema, é importante registrar as lições de Luís Roberto Barroso no seguinte sentido:

Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte isto, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete.

Em razão deste destaque conferido aos princípios jurídicos e da sua utilidade para garantir a unidade e a própria sobrevivência do ordenamento¹¹², a Constituição Federal de 1988 trouxe um arcabouço de princípios processuais, o que concretizou o fenômeno chamado da constitucionalização do processo civil. Por isso, nota-se a estreita relação entre o Direito Processual e o Direito Constitucional, já que “o direito processual tem seus alicerces no Direito Constitucional, que lhe fixa as linhas essenciais, principalmente quanto ao direito de ação e de defesa, ao exercício da jurisdição, função soberana e indelegável ao Estado”¹¹³.

Além disso, em virtude de sua superioridade hierárquica no ordenamento, a Constituição serve de balizamento para a aplicação e interpretação do processo civil, visando atender as suas máximas. Nessa linha, Paulo Henrique dos Santos Lucon afirma:

Exige-se, sempre com uma visão crítica de todo o ordenamento jurídico, que as regras relacionadas com o processo subordinem-se às normas constitucionais de caráter amplo e hierarquicamente superiores. O respeito

¹¹² Destacando essa unidade conferida pelos princípios, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma: "Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra". MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 949.

¹¹³ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O processo civil na nova constituição. *Revista de Processo*, nº 53. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar., 1989, p 78.

aos preceitos constitucionais torna-se premissa ética na aplicação do direito processual.¹¹⁴

É possível notar que a constitucionalização do direito processual civil serve como elemento fundamental para que os operadores do direito validem a importância dada pelo constituinte aos princípios processuais. Reiterando de forma expressa o fenômeno, o Projeto de Novo Código de Processo Civil dispõe em seu art. 1º que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e princípios estabelecido na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

A partir dessa previsão de regras e princípios processuais na Constituição surgem o direito processual constitucional e o direito constitucional processual. O direito processual constitucional consiste no conjunto de normas jurídicas que regulam o procedimento para a solução das questões submetidas ao Tribunal Constitucional, enquanto o direito constitucional processual é expresso pelo pelos princípios e regras processuais positivados na Constituição¹¹⁵. Desse modo, no ordenamento jurídico brasileiro, os princípios do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição, previstos no art. 5º, LIV e XXXV, da CF/88, expressam o direito constitucional processual. Em contrapartida, as normas previstas nos arts. 102 e ss., da CF/88, que disciplinam a atuação do STF no ordenamento jurídico pátrio, constituem o direito constitucional processual.

Realizadas as considerações introdutórias acerca dos princípios jurídicos, segue-se com a análise dos princípios em espécie, objetos do presente trabalho.

4.1 O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

A ideia da busca pela segurança é uma aspiração humana contínua com o intuito de ter parâmetros sólidos para o desenvolvimento regular de suas atividades, sem

¹¹⁴ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Garantia do tratamento paritário das partes*. In: José Rogério Cruz e Tucci (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 91-92.

¹¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003; SIQUEIRA Jr., Paulo Hamilton. *Direito processual constitucional*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2011; NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

instabilidades repentinas¹¹⁶. Em um primeiro plano, essa necessidade não tem relação direta com o ordenamento jurídico, já que o termo segurança pode ser adequadamente empregado no plano não-jurídico¹¹⁷. De todo modo, é a partir dessa característica eminentemente humana que surge a noção do princípio da segurança jurídica.

Conceituar é uma tarefa árdua e nem muitas vezes não obtém o sucesso necessário. Em relação à segurança jurídica não é diferente, visto que frequentemente há o emprego de termos vazios, sem o devido tratamento das diretrizes para o seu preenchimento. É essa a principal crítica levantada por Humberto Ávila em sua obra sobre o tema¹¹⁸.

Em termos gerais, Humberto Ávila define o princípio da segurança jurídica como a “como prescrição, dirigida aos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, que determina a busca de um estado de confiabilidade e de calculabilidade do ordenamento jurídico com base na sua cognoscibilidade”¹¹⁹. Nesse caso, o citado autor frisou a faceta da previsibilidade referente a segurança jurídica e o respeito ao princípio da boa-fé.

Contudo, o referido autor também destaca a necessidade de examinar a segurança jurídica a partir de três acepções distintas: fato, valor ou norma-princípio¹²⁰. Essa proposta tem o principal objetivo de sanar essa vagueza conceitual e esclarecer melhor o substrato do princípio.

Como fato, a segurança jurídica é expressa a partir da possibilidade do indivíduo prever, concretamente, os resultados jurídicos decorrentes de fatos ou comportamentos. Nessa hipótese, a segurança jurídica está pautada mais no aspecto da previsibilidade das relações.

¹¹⁶ Nessa ordem de ideias, J. J. Gomes Canotilho frisa que “o homem necessita de *segurança* para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 965-966.

¹¹⁷ Sobre o tema, Humberto Ávila demonstra o emprego do termo segurança de forma não-jurídica, podendo significar a característica humana de se proteger contra as ameaças externas, a procura por um estado de liberdade diante do medo e da ansiedade, a confiança, o estado de proteção de bens individuais ou coletivos e a proteção contra as ameaças às condições essenciais de sobrevivência. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 101-104.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 112.

¹²⁰ *Ibidem*.

A segurança jurídica como valor, por seu turno, é baseada em um ideal a ser buscado por determinada sociedade em razão de influências políticas, históricas, econômicas ou sociais.

Já a segurança jurídica como norma-princípio “denota, pois, um *juízo prescritivo* a respeito daquilo que deve ser buscado de acordo com *determinado ordenamento jurídico*”¹²¹. A própria elaboração e a aplicação das normas são pautadas em uma ideia de previsibilidade, permitindo que os cidadãos antecipem os efeitos jurídicos futuros dos atos presentes¹²². Assim, observa-se que a segurança jurídica vista como norma-princípio serve como um direcionamento ao legislador e ao aplicador do direito, seja ele gestor ou magistrado.

Passadas essas concepções gerais acerca do princípio, passa-se à análise da segurança jurídica no ordenamento jurídico pátrio e de seus institutos correlatos.

Inerente ao Estado Democrático de Direito e consagrado no art. 1º da CF/88, o princípio da segurança jurídica foi fixado expressamente no art. 5º *caput* da CF/88. Contudo, tradicionalmente, este princípio é lembrado a partir da tríplice composição: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Esta premissa é retirada a partir da interpretação do art. 5º, inciso XXXVI, da CF/88.

O direito adquirido consiste na garantia constitucional segundo a qual, se preenchidos os requisitos para o seu exercício regular, um direito incorpora-se ao patrimônio do seu titular¹²³. Assim, se no momento de seu exercício, o titular cumpre as condições necessárias para o gozo do direito, este poderá continuar exercendo mesmo que posteriormente haja mudanças legislativas ou constitucionais que provoquem a sua alteração ou extinção.

A garantia do ato jurídico perfeito, por seu turno, serve para preservar os atos ou negócios jurídicos praticados em consonância com a ordem jurídica existente no momento de sua formação¹²⁴. Nesse caso, a segurança jurídica auxilia na manutenção dos atos e negócio praticados validamente no momento de sua edição ou celebração, de modo a evitar surpresas com uma eventual mudança legislativa.

¹²¹ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 109.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

¹²⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

Já a coisa julgada é uma garantia constitucional que torna imutável uma decisão judicial, ou melhor, “a coisa julgada é a imutabilidade da norma jurídica individualizada contida na parte dispositiva de uma decisão judicial”¹²⁵. Nessa esteira, o legislador constituinte estabeleceu um marco de segurança no processo civil, evitando que as questões sejam constantemente rediscutidas¹²⁶, o que geraria uma instabilidade nas relações sociais.

Usualmente, essa concepção de coisa julgada é dividida em duas facetas: a formal e a material. A coisa julgada formal consiste na imutabilidade da decisão judicial em relação ao próprio processo em que foi prolatada, não havendo mais disponibilidade de recurso para alterar a decisão. A coisa julgada material, por seu turno, é a impossibilidade de discutir a matéria objeto da decisão judicial naquele processo e em qualquer outro.

Em que pese esta definição tradicional da segurança jurídica, existem outras manifestações do princípio no sistema brasileiro, a exemplo da regra que instituiu a irretroatividade da lei nova, a prescrição, a decadência e da preclusão¹²⁷. De fato, sem a instituição destes institutos, as relações jurídicas seriam pouco previsíveis e, constantemente, os sujeitos se surpreenderiam.

Em sua visão, J. J. Gomes Canotilho¹²⁸ afirma que da necessidade humana referente à segurança surgem dois princípios basilares, os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança.

Esses princípios andam lado a lado, de tal modo que é possível enquadrar a proteção da confiança como um subprincípio do princípio da segurança jurídica. Nesse caso, fala-se na existência de um princípio da segurança jurídica em sentido amplo, que tem espécies a segurança jurídica em sentido estrito e a proteção da confiança.

¹²⁵ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Curso de Direito Processual Civil*. V 2. 5 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, p. 408.

¹²⁶ Sobre o tema, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira afirmam: “Sucedem que a *impugnabilidade* das decisões não pode ser *irrestrita*; a partir de certo momento, é preciso garantir a estabilidade daquilo que foi decidido, sob pena de perpetuar-se a incerteza sobre a situação jurídica submetida à apreciação do Judiciário (por ser objeto de um processo, cujo resultado é incerto, a situação jurídica deduzida é uma mera afirmação)”. *Ibidem*, p. 407.

¹²⁷ Nesse sentido, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. *Revista de Direito do Estado*, ano 2, nº 6. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

¹²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

Em termos gerais, a segurança jurídica em sentido estrito reflete sobre os aspectos objetivos da ordem jurídica, visando precipuamente a garantia de estabilidade jurídica, enquanto a proteção da confiança se concretiza a partir de elementos subjetivos, principalmente, a previsibilidade dos indivíduos em relação aos atos do Poder Público.

Em suma, o princípio da segurança jurídica impõe o respeito às relações jurídicas já constituídas, a obrigação de antecipar os efeitos das decisões que interferirão individual ou coletivamente e, conseqüentemente, a noção de previsibilidade, tornando a relação entre os indivíduos e entre estes e o Poder Público mais segura e salutar e garantindo a efetividade dos direitos fundamentais¹²⁹.

4.2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade está presente em diversas passagens do ordenamento jurídico brasileiro, mas, tradicionalmente, há apenas uma remissão aos fundamentos constitucionais do princípio, quais sejam, o preâmbulo, o art. 3º, III e IV, art. 5º, *caput* e I, XLI, XLII, art. 7º, XXX, XXXI, XXXII, XXXIV, art. 12, §2º, art. 19, III, art. 37, XIII, art. 150, II e art. 152 da CF/88.

Durante a análise do referido princípio proposta pelo trabalho, o ponto de partida será a sua análise histórica para, posteriormente, serem tratadas as suas possíveis dimensões.

4.2.1 Histórico

Em que pese a sua fervorosa defesa e aplicação no Direito contemporâneo, o princípio da igualdade remonta à democracia ateniense, onde a figura do justo era expressa através da igualdade¹³⁰, tendo como seu principal expoente Aristóteles.

¹²⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

¹³⁰ Sobre essa proximidade entre a igualdade e a justiça, Francisco Alves assinala: “Vislumbramos a isonomia como expressão de ideário de justiça, e aqui os gregos mostraram o alto grau de brilhantismo intelectual de seus filósofos, porque pela igualdade se busca, em suma, dar aquilo que é

Contudo, é preciso registrar que a igualdade durante esse período era apenas praticada em relação a alguns aspectos, já que, por exemplo, os gregos tratavam de forma diferente os cidadãos, as mulheres, as crianças, os estrangeiros e os escravos, quebrando a ideia inicial do princípio¹³¹.

Além disso, alguns indícios do princípio da igualdade já podiam ser vistos durante o Império Romano a partir da aplicação da uniformidade processual, já que era utilizado um método único e seguro para dirimir os conflitos¹³².

Após a queda do Império Romano, é possível afirmar que houve um distanciamento entre a humanidade e o princípio da igualdade, já que o regime de feudalismo trouxe a polarização senhor-servo, aumentando as desigualdades presentes na época¹³³. Essa configuração social somente veio a ser modificada a partir do surgimento da burguesia, classe baseada na prática do comércio, já que os burgueses serviram para quebrar a rígida estratificação social imposta pelo sistema feudal, tornando insustentável a antiga polarização senhor-servo¹³⁴.

As mudanças no terreno da igualdade somente vieram à tona a partir da queda do feudalismo e o surgimento do Renascimento e do Iluminismo. Um dos grandes marcos para essa transição foi o nascimento da cláusula do *due process of law*, que, de certa maneira, instituiu uma igualdade mínima no curso do processo¹³⁵.

Já na Idade Contemporânea, o princípio da igualdade foi estampado em importantes textos legislativos, a exemplo da Carta Revolucionária Francesa e da Declaração de Independência dos Estados Unidos¹³⁶.

4.2.2 Dimensões

devido a quem de direito". ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 24.

¹³¹ ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

¹³² ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Op. cit.*, 2003.

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ *Ibidem*.

A depender do enfoque dado ao princípio da igualdade, este pode ser visto sob diversas perspectivas, o que, de certa maneira, dificulta a construção de uma definição una e precisa. Desse modo, neste momento, serão tratadas as dimensões gerais e processuais do princípio que contribuirão para o deslinde do presente trabalho.

Entre o fim do século XVIII e início do século XIX, a noção de igualdade foi utilizada com o intuito de abominar os privilégios sociais conferidos a um determinado grupo de indivíduos. Esse tipo de igualdade ficou conhecido como igualdade em sentido subjetivo, pessoal¹³⁷.

Agora, tradicionalmente, apenas duas principais noções sobre o princípio são difundidas, a igualdade formal e a igualdade material.

Em um primeiro momento de reconhecimento, o princípio da igualdade somente abarcava a sua feição formal, onde se preconizava a ideia de que todos os indivíduos seriam tratados de forma igualitária, independente de suas peculiaridades, e, mais especificamente, que todos seriam tratados igualmente perante à lei¹³⁸. É esta a noção consagrada logo no início do art. 5º da CF/88. Ademais, ainda que indiretamente, o legislador constituinte consagrou o princípio da igualdade como os próprios objetivos fundamentais da República a partir do art. 3º, incisos III e IV, da CF/88.

Essa concepção da igualdade formal tem a sua razão de ser, eis que foi fruto das revoluções liberais e surgiu com o intuito de limitar os poderes dos monarcas, criando um “Estado de Direito” e submetendo o governo e os governados aos ditames legais. A principal vitória alcançada por essa dimensão da igualdade consiste na concretização da previsibilidade, segurança jurídica, permitindo o desenvolvimento social e econômico, sem interferência “surpresa” do monarca¹³⁹.

Com o passar do tempo, percebeu-se que a igualdade formal não era suficiente para afastar todas as situações de injustiça, o que foi devidamente sanado a partir do

¹³⁷ ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

¹³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

¹³⁹ KLIPPEL, Rodrigo; BASTOS, Antônio Adonias. *Manual de Processo Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

reconhecimento da igualdade material. Acerca da importância desse temperamento da igualdade formal, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma:

Rezam as constituições – e a brasileira estabelece no art. 5º, *caput* – que todos são iguais perante a lei. Entende-se, em concorde unanimidade, que o alcance do princípio não se restringe a nivelar todos os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia.¹⁴⁰

Nesse sentido, nota-se que a igualdade material se iniciou a partir da observância do princípio da igualdade pelo Poder Legislativo de modo que fosse garantida igualdade na lei e não somente perante a lei. Ademais, a dimensão material do princípio da igualdade surge com o intuito de evitar o arbítrio com o estabelecimento de critérios materiais de qualificação da igualdade, buscando o ideal de justiça¹⁴¹.

Desse modo, a simples previsão normativa de um fator de discriminação não se mostra suficiente para concretizar uma ofensa à igualdade, uma vez que, se o fator estabelecido seguir os critérios lógicos e não ofender os interesses constitucionais, a igualdade ainda restará incólume. Por este motivo, permite-se apenas o tratamento desigual quando este se mostrar necessário para a realização da própria igualdade, não havendo abertura para a realização de uma discriminação gratuita e arbitrária, sem qualquer fundamento¹⁴².

Para identificar uma ofensa ao princípio da igualdade deve-se investigar o fator discriminatório, a sua justificativa racional e se este fundamento racional é, *in concreto*, alinhado com os ditames constitucionais¹⁴³.

Sobre o tema, cumpre salientar a decisão do STF no julgamento do MI nº 58/DF¹⁴⁴, onde se destacou as distinções entre a igualdade formal e material e as suas diretrizes. No julgamento, o relator, Min. Celso de Mello, consignou a auto-aplicabilidade do princípio da igualdade e a necessidade de garanti-lo durante a elaboração e a aplicação das leis.

¹⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 16. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 09.

¹⁴¹ GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005.

¹⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. *O Precedente na Dimensão da Igualdade*. In: Luiz Guilherme Marinoni (Cord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2010.

¹⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 16. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.

¹⁴⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 58/DF. Impetrante: Airton de Oliveira e outros. Impetrado: Presidente da República. Relator: Min. Carlos Velloso. Relator p/ acórdão: Min. Celso de Mello. Brasília, DJ 14 dez. 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 de mai. 2012.

Unindo estas dimensões, é importante lembrar as lições de Dirley da Cunha Júnior no seguinte teor:

O direito à igualdade é o direito que todos têm de ser tratados igualmente na medida em que se igualem e desigualmente na medida em que se desigualem, quer perante a ordem jurídica (*igualdade formal*), quer perante a oportunidade de acesso aos bens da vida (*igualdade material*), pois todas as pessoas nascem livres e *iguais* em dignidade e direitos¹⁴⁵ (grifos do original)

Nessa esteira, observa-se que atualmente as dimensões formal e material da igualdade caminham lado a lado para que o ideal de justiça seja alcançado da melhor forma.

No processo civil, a menção do princípio da igualdade remete ao intérprete à noção de tratamento paritário no curso da relação jurídica processual, nos moldes do art. 125, I, do CPC. Mesmo não havendo previsão constitucional expressa do princípio da igualdade processual, entende-se que este decorre do próprio princípio da igualdade perante o ordenamento como um todo, previsto no art. 5º da CF/88¹⁴⁶. Em sentido diverso, no julgamento da medida cautelar na ADI nº 1753/DF¹⁴⁷, o relator, Min. Sepúlveda Pertence, destacou que a igualdade das partes é inerente ao princípio constitucional do devido processo legal, previsto no art. 5º, LIV, da CF/88.

Essa visão da igualdade como tratamento paritário durante o processo importou também a sua vinculação ao próprio princípio do contraditório, já que carrega a noção de que as partes devem ter as mesmas possibilidades no curso do processo para formar a convicção do magistrado¹⁴⁸. Agora, isso não quer dizer que todos são iguais na relação jurídica processual, visto que existem tratamentos desiguais no curso do processo que servem justamente para garantir a igualdade, a exemplo do prazo em dobro para a Defensoria Pública, nos moldes do art. 5º, §5º, da Lei nº 1.060/50. Indubitavelmente, esta medida serve para igualar processualmente as partes, já que, notadamente, a Defensoria Pública é uma instituição essencial para a justiça e está assoberbada de processos com um contingente ainda deficiente.

¹⁴⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 696.

¹⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

¹⁴⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.753/DF. Requerente: Conselho Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DJ 12 de jun. 1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 mai. 2012.

¹⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *O Precedente na Dimensão da Igualdade*. In: Luiz Guilherme Marinoni (Cord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2010.

Desse modo, a concepção de tratamento paritário das partes no curso do processo utiliza das premissas acima abordadas de igualdade formal e material, já que formalmente é conferido tratamento igual a todos em virtude da cláusula geral o art. 125, I, do CPC, e materialmente as eventuais injustiças subjacentes são erradicadas através de medidas desiguais com o intuito de igualar, a exemplo da possibilidade de inversão do ônus da prova *ope judicis*, prevista no art. 6º, VIII do CDC.

Ao lado desse conceito tradicional de igualdade processual, fala-se ainda em igualdade ao processo, um conceito mais voltado para o lado econômico do jurisdicionado e das particularidades do direito deduzido em juízo. Trata-se, portanto, de concepção ligada à igualdade de acesso à jurisdição e igualdade de procedimentos e técnicas processuais, permitindo aos jurisdicionados que possuam dificuldades financeiras o acesso à justiça e aos titulares de direitos que necessitam de ritos e técnicas processuais diferenciados um tratamento particularizado¹⁴⁹.

Um bom exemplo da igualdade ao processo é o sistema dos Juizados Especiais Cíveis, que permite o acesso ao Poder Judiciário sem o pagamento de custas processuais e honorários sucumbenciais, nos moldes da Lei nº 9.099/95, bem como os métodos de antecipação de tutela que permitem um tratamento particularizado a determinados tipos de direitos.

¹⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *O Precedente na Dimensão da Igualdade*. In: Luiz Guilherme Marinoni (Cord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2010.

5 A FORÇA VINCULATIVA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA IGUALDADE

Analisados os pressupostos, este é o momento de ingressar no cerne do tema proposto neste trabalho: a força vinculativa dos precedentes judiciais à luz da segurança jurídica e da igualdade.

Atualmente, observa-se que o sistema jurídico brasileiro passa por uma profunda mudança, importando institutos do *common law*, mas isto ainda não se mostrou suficiente para sanar as contradições corriqueiras presenciadas nos Tribunais pátrios. Sem dúvidas, como bem lembra Eduardo Cambi, atualmente temos o contato direto com o fenômeno da jurisprudência lotérica, isto é, quando questões jurídicas idênticas são julgadas de maneira diferente¹⁵⁰. Destarte, a procedência ou improcedência do pleito deduzido em juízo não depende tão somente do direito em si, mas também da variável subjetiva conferida ao magistrado, que, definitivamente, tem o poder de dar ou não a prestação jurisdicional.

Impende consignar que é preciso assegurar a discricionariedade do magistrado para interpretar as normas e aplica-las ao caso concreto, mas esta liberdade não pode ser tomada como absoluta, de tal maneira que se consagre o fenômeno da jurisprudência lotérica, afrontando a segurança jurídica e a igualdade, bem como a própria legitimidade do exercício do poder jurisdicional¹⁵¹.

Ressaltando a necessidade de conferir uma maior solidez e uniformidade jurisprudencial, José Carlos Barbosa Moreira assinala:

Trata-se, pura e simplesmente, de evitar, na medida do possível, que a sorte dos litigantes e afinal a própria unidade do sistema jurídico vigente fiquem na dependência exclusiva da distribuição de feito ou do recurso a este ou àquele órgão¹⁵².

A partir de uma releitura dos princípios constitucionais da segurança jurídica e da igualdade, nota-se que a aplicação da teoria dos precedentes à realidade brasileira, tornando vinculante as decisões das Cortes Superiores, especialmente o STF e o STJ, passa a ser uma necessidade.

¹⁵⁰ CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, ano 90, vol. 786. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril de 2001.

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. v. 5. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p 5.

5.1 O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DOS ATOS JURISDICIONAIS

No capítulo anterior, analisou-se detidamente o princípio da segurança jurídica mais especificamente no seu aspecto objetivo, como formas delineadas pelo Estado de garantir um padrão de segurança nas relações jurídicas e sociais, a exemplo do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, previstos no art. 5º, XXXVI, da CF/88. Contudo, como o presente trabalho visa analisar a aplicabilidade de um sistema de precedentes vinculantes como forma de garantir o referido princípio, observa-se a necessidade de focar em outro aspecto referente à segurança jurídica com o intuito de garantir a uniformização da jurisprudência.

Desse modo, com o intuito de assegurar o próprio Estado Democrático de Direito, uma releitura do princípio da segurança jurídica no campo processual se faz necessária, de modo a tentar implementar a noção de previsibilidade, estabilidade e continuidade da ordem jurídica para tentar alcançar uma maior unidade e coerência do sistema brasileiro¹⁵³.

Essa linha de raciocínio serve, sobretudo, para atender aos anseios inerentes ao próprio ser humano, já que este, em regra, pauta as suas condutas de acordo com o que foi previsto ou com o que é, pelo menos, previsível¹⁵⁴.

Nessa linha de entendimento, Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que

é a ordem jurídica que, por corresponder a um quadro diretivo, enseja às pessoas a possibilidade de se orientarem, graças à ciência que, de antemão, lhes é dada sobre as consequências, isto é, os efeitos, dos atos e relações jurídicas de que participam ou venham a participar¹⁵⁵.

¹⁵³ Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *O Precedente na Dimensão da Segurança Jurídica*. In: Luiz Guilherme Marinoni (Cord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2010.

¹⁵⁴ Sobre a necessidade de garantia da previsibilidade, Renata Polichuk assevera: “Portanto, indene de dúvidas é necessário que o cidadão saiba o que o Estado espera dele, e como deve se portar perante este, e também indispensável que o cidadão tenha a certeza e firmeza na sua ação de que caso haja em desconformidade com as normas, ou assim o façam com relação a ele, pode saber o que se esperar do Estado com relação à solução destas transgressões à ordem jurídica”. POLICHUK, Renata. *Precedente e Segurança Jurídica. A previsibilidade*. In: Luiz Guilherme Marinoni (Cord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 84.

¹⁵⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Segurança jurídica e mudança de jurisprudência*. *Revista de Direito do Estado*, ano 2, nº 6. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, abr/jun, p. 329.

A previsibilidade, portanto, é uma característica fundamental para evitar surpresas¹⁵⁶ e garantir o princípio da boa-fé, já que, ao garanti-la, os jurisdicionados poderão pautar as suas condutas de acordo com o previsto ou previsível.

É preciso consignar que a legislação em abstrato exerce o seu papel de previsibilidade, mas isto é quebrado a partir do momento em que há diversas interpretações judiciais sobre o direito material. Nesse caso, quem deve ter a previsibilidade garantida é a própria decisão judicial, tendo em vista a sua relação estrita com a segurança jurídica¹⁵⁷.

No sistema de *common law*, a previsibilidade das decisões judiciais é inerente ao próprio sistema, uma vez que há uma verticalização dos precedentes judiciais em função do instituto do *stare decisis*, conferindo maior segurança jurídica. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni assevera:

O advogado de *common law* tem possibilidade de aconselhar o jurisdicionado porque pode se valer dos precedentes, ao contrário daquele que atua no *civil law*, que é obrigado a advertir o seu cliente que determinada lei pode – conforme o juiz sorteado para analisar o caso – ser interpretada em seu favor ou não¹⁵⁸.

A partir do referido exemplo, observa-se que, apesar de ser uma garantia fundamental prevista na Constituição, a segurança jurídica não vem sendo garantida de forma plena, uma vez que o sistema atual possibilita uma diversidade de decisões sobre a mesma matéria. Criticando essa ausência de uniformização da jurisprudência no direito brasileiro, José Carlos Barbosa Moreira assinala que:

assim se compromete a unidade do direito – que não seria posta em xeque, muito ao contrário, pela evolução *homogênea* da jurisprudência dos vários tribunais – e não raro se semeiam, entre os membros da comunidade, o descrédito e o cepticismo quanto à efetividade da garantia jurisdicional¹⁵⁹

Ao lado da previsibilidade, a estabilidade é um outro aspecto inerente à segurança jurídica, que serve para completar a sua função.

A estabilidade é considerada como um aspecto objetivo da segurança jurídica, pautado na noção de continuidade da ordem jurídica. Da mesma forma como foi

¹⁵⁶ “A surpresa, o imprevisível, a instabilidade, são, precisamente, noções antiéticas ao Direito, que com elas não poderia conviver, nem seria exequível, tanto mais porque tem como função eliminá-las”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. *Revista de Direito do Estado*, ano 2, nº 6. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, abr/jun, p. 329.

¹⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *O Precedente na Dimensão da Segurança Jurídica*. In: Luiz Guilherme Marinoni (Cord.). A força dos precedentes. Salvador: Juspodivm, 2010.

¹⁵⁸ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁵⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. v. 5. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p 5.

tratada a previsibilidade, a estabilidade não deve ser assegurada apenas em relação à legislação, mas também aos precedentes judiciais, tendo em vista que não adianta nada garantir a estabilidade da legislação e ter um inúmeras decisões judiciais em diversos sentidos, instaurando um caos no sistema e desrespeitando a segurança jurídica¹⁶⁰.

Destarte, a estabilidade serve como uma característica para dar uma maior durabilidade das decisões judiciais, permitindo que os jurisdicionados tenham mais confiança no Poder Judiciário e se sintam mais confortáveis e seguros em suas relações sociais e jurídicas.

Ademais, por se tratar de um ato de poder, a decisão merece um mínimo de estabilidade para não perder a sua credibilidade perante a sociedade e os demais órgãos do Poder Judiciário, de modo a impor que o juiz e o órgão judicial respeitem o que já fizeram e as orientações fixadas pelos tribunais que lhe são superiores acerca da interpretação de uma lei ou da qualificação jurídica de uma situação. Para tanto, os magistrados devem partir da premissa lógica de que fazem parte de um sistema global e integrado, devendo respeitar a estrutura hierarquizada do Poder Judiciário. Desafortunadamente, no Brasil essa diretriz é flagrantemente desrespeitada, haja vista que cada magistrado decide conforme a sua conveniência e convicção, fazendo a “sua justiça” em detrimento da unidade e coerência do sistema jurídico como um todo¹⁶¹.

Se essa noção de sistema fosse adotada pela cultura jurídica brasileira, o respeito aos precedentes judiciais seria inerente à própria praxe forense, já que os magistrados respeitariam as suas próprias decisões e, mais ainda, as decisões dos órgãos hierarquicamente superiores.

5.2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE PERANTE ÀS DECISÕES JUDICIAIS

Como visto no capítulo anterior, tradicionalmente, a aplicação do princípio da igualdade no processo civil se resume ao dever do Poder Judiciário em proporcionar

¹⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *O Precedente na Dimensão da Segurança Jurídica*. In: Luiz Guilherme Marinoni (Cord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2010.

¹⁶¹ *Ibidem*.

às partes o tratamento paritário durante a marcha processual. Todavia, essa concepção não se mostra suficiente para garantir a igualdade em si, eis que, apesar de assegurarem esse tratamento paritário durante o processo, os órgãos judicantes não observam os preceitos da igualdade ao exercerem a sua função primária: decidir¹⁶².

Da forma em que segue, o ordenamento jurídico pátrio passa por uma crise em relação ao princípio da isonomia, uma vez que este princípio não é observado no momento decisório, o que enseja fenômeno da jurisprudência lotérica, impedindo que a lei seja aplicada do mesmo modo para situações jurídicas idênticas.

Isso demonstra a importância da aplicação da igualdade diante das decisões judiciais, de modo a exigir que o Poder Judiciário julgue uniformemente os casos postos à sua apreciação, coibindo a existência de decisões díspares. Cumpre assinalar que este preceito não deve ser aplicado somente aos casos repetitivos ou demandas de massa, ou seja, deve-se observar a igualdade ao decidir em todos os casos, evitando que uns tenham o provimento jurisdicional e outros não.

A aplicação do princípio da igualdade na atividade decisória segue a ideia constituída a partir do princípio da universalidade, exigência própria da concepção de justiça, que preza pelo tratamento igualitário aos iguais¹⁶³. Nesse sentido, o uso dos precedentes judiciais vinculantes tem como alicerce fundamental a concepção de justiça, que, conseqüentemente, acaba por consagrar a igualdade ao decidir.

Ademais, a igualdade perante às decisões judiciais pode ser retirada do preceito contido no art. 5º, *caput*, da CF/88, onde a expressão “lei” deve ser vista como norma jurídica e não somente lei em sentido estrito¹⁶⁴, de modo que todos devem ser tratados de forma igualitária perante à norma jurídica, qualquer que seja ela. Sobre o tema, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira assinalam:

Decerto que o princípio constitucional da igualdade obriga tanto os particulares quanto o Poder Público e, nesta seara, há de ser observado não apenas quando da edição das leis (em sentido amplo) ou da atuação da

¹⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. *O Precedente na Dimensão da Igualdade*. In: Luiz Guilherme Marinoni (Cord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2010.

¹⁶³ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 2.ed. Tradução: Zilda Hutchinson Schild. Revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira: Claudia Toledo. São Paulo: Landy Editora, 2005; PERELMAN, Chaim. *Tratado da argumentação*. 1. ed. 5. tiragem. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹⁶⁴ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 2. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

Administração Pública, mas também quando da concretização função jurisdicional¹⁶⁵.

Na prática, a cláusula geral de igualdade prevista no referido dispositivo constitucional já é observada em outros atos do Poder Público que não são leis propriamente ditas, a exemplo dos atos administrativos, dos decretos, regulamentos. Desse modo, na qualidade de norma jurídica e ato de poder, não pairam dúvidas sobre a necessidade de submeter as decisões judiciais à cláusula geral da igualdade, de modo que seja garantida a igualdade dos jurisdicionados perante às decisões judiciais, uma vez que “não é possível admitir como isonômica a postura de um órgão do Estado que, diante de uma situação concreta, chega a um determinado resultado e, diante de outra situação concreta, em tudo semelhante à primeira, chega a solução distinta”¹⁶⁶.

Em que pese a necessidade de observância do princípio da igualdade perante às decisões judiciais, essa operação não pode ser realizada de uma forma automática, sem critérios e inconsequente¹⁶⁷. Com efeito, a igualdade não deve ser observada somente em sua dimensão formal, mas também na sua dimensão material. Justamente por este motivo, os sistemas jurídicos que adotam a vinculação do precedente judicial como forma de garantir a própria igualdade, bem como a unidade e a coerência do ordenamento, dispõem de um conjunto de técnicas de interpretação e superação do precedente judicial, permitindo a análise das peculiaridades de cada caso concreto.

5.3 AS FUNÇÕES PRECÍPUAS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

A partir da análise da função precípua dos Tribunais Superiores, especificamente, STF e STJ, observa-se que este ponto, ao lado da releitura dos princípios apontados, serve de supedâneo para a adoção de uma teoria dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico pátrio.

¹⁶⁵ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 2. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 396.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

Conforme dispõe o art. 105, III, da CF/88, compete ao STJ a defesa do direito federal, bem como a uniformização da interpretação da lei federal. Contudo, em que pese a previsão de novos institutos que vinculam o precedente formado pelo referido Tribunal Superior, a exemplo do julgamento de recursos especiais repetitivos e da súmula impeditiva de recursos, isso não tem se mostrado suficiente para evitar o fenômeno da jurisprudência lotérica. Corroborando essa linha de entendimento, Luiz Guilherme Marinoni afirma 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 Seções e, o que é pior, entendem-se livres para decidir casos iguais de forma desigual”¹⁶⁸.

Ao atuar dessa forma, o próprio STJ não exerce a sua função de defender o direito federal e unificar a sua interpretação e desrespeita flagrantemente o princípio da igualdade e da segurança jurídica, colocando em xeque a credibilidade de suas decisões e do próprio Poder Judiciário como um todo.

Para exercer a sua atribuição constitucional de forma plena, as decisões proferidas pelo STJ nos recursos especiais, mesmo não sendo repetitivos, deve ter eficácia vinculante, já que esta é a maneira mais coerente de unificar a interpretação da lei federal em todo o território nacional, evitando que o direito seja conferido a uns e não seja conferido a outros.

No âmbito do STF, a situação é um pouco distinta. Cabe à Corte Constitucional, consoante o art. 102 da CF/88, a guarda da Constituição e a uniformização de sua interpretação.

No exercício do controle concentrado de constitucionalidade, tarefa exclusiva desta Corte, o papel de uniformização da interpretação da Constituição é desempenhado de forma satisfatória, já que a coisa julgada formada nas respectivas ações desta seara são dotadas de eficácia *erga omnes*, aplicando-se obrigatoriamente a todos os jurisdicionados, evitando a proliferação de ações que versem sobre a mesma matéria¹⁶⁹. Desse modo, o que resta imutável e aplicável a todos os jurisdicionados é o dispositivo da decisão prolatada em sede de controle concentrado, independentemente dos fundamentos fixados em seu julgamento.

¹⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *O Precedente na Dimensão da Segurança Jurídica*. In: Luiz Guilherme Marinoni (Cord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 216.

¹⁶⁹ DIAS, Jean Carlos. *Análise econômica do processo civil brasileiro*. São Paulo: Método, 2009.

No exercício do controle difuso, por seu turno, a ideia é diferente. Esse controle incidental é exercido através dos julgamentos de sua competência originária (art. 102, I, da CF/88), dos recursos ordinários (art. 102, II, da CF/88) e, em maior número, dos recursos extraordinários (art. 102, III, da CF/88)¹⁷⁰. Nessa modalidade, o controle de constitucionalidade é exercido a partir de uma situação concreta, no curso das respectivas ações ou recursos. Por este motivo, as decisões prolatadas no controle difuso, em regra, operam os seus efeitos apenas *inter partes*, decidindo aquela questão de constitucionalidade apenas em relação àquele determinado caso concreto.

No âmbito da Corte, deve-se aplicar a coisa julgada *erga omnes* às decisões prolatadas em sede de controle difuso e abstrato, de modo a evitar que os demais órgãos do Poder Judiciário decidam em sentido contrário. Nesse caso, ao contrário da realidade do controle abstrato, o que deve se tornar imutável pelos efeitos da coisa julgada é a *ratio decidendi*, possibilitando a sua utilização nos futuros casos análogos. Ainda, se o juízo de constitucionalidade realizado pelo STF residir apenas na interpretação conforme a Constituição, estes fundamentos também são suficientes para vincular os demais órgãos do Poder Judiciário, transcendendo os limites do caso paradigma levado ao Supremo¹⁷¹.

Concluindo esse raciocínio acerca da imprescindibilidade de vinculação dos precedentes emanados do STF, Luiz Guilherme Marinoni assinala:

Não se atribui eficácia vinculante a essas decisões em razão de se supor que, como ocorre na ação direta, se está tratando do controle objetivo das normas, mas da percepção de que os motivos determinantes das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado ou em controle difuso, devem ser observados pelos demais órgãos judiciários, sob pena de a função do Supremo Tribunal Federal restar comprometida¹⁷².

Nada mais coerente, visto que esse posicionamento segue as premissas lógicas fincadas pelo próprio ordenamento ao estabelecer uma hierarquia entre os órgãos do Poder Judiciário, conferindo a determinados Tribunais a tarefa de uniformizar a jurisprudência sobre determinada matéria, como ocorre com o STF e o STJ.

¹⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

¹⁷² *Ibidem*, p. 459.

Sobre a necessidade de uniformização da jurisprudência, que teoricamente deveria ser exercida pelos Tribunais Superiores, A. L. Machado Neto afirma:

É, mesmo, para evitar que a jurisprudência dos diversos tribunais seja vária e contraditória – desse modo prejudicando a coerência interna do ordenamento jurídico e, com ela, a segurança individual – que os diversos sistemas jurídicos positivos dispõem de processos vários de unificação da jurisprudência. A própria hierarquia dos diversos tribunais e juízes é um processo universal de unificação da jurisprudência, já que os tribunais superiores, conhecendo, em grau de recurso, as decisões dos juízes e tribunais inferiores, podem reformar tais decisões¹⁷³

Desse modo, verifica-se que o anseio pela uniformização da jurisprudência e o receio de perda da coerência e unidade do ordenamento já era pauta há muito tempo. Contudo, da forma atual, observa-se que, mesmo com alguns mecanismos de vinculação do precedente, ainda não se assegura plenamente a função primária dos Tribunais Superiores, a segurança jurídica e a igualdade perante as decisões judiciais.

Além de garantir os princípios abordados no curso deste trabalho e assegurar a função precípua do STF e STJ, a adoção do sistema de precedentes vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro serve também como um meio de redução da litigância, da morosidade do Poder Judiciário e, conseqüentemente, dos custos que envolvem o processo judicial. Sem dúvidas, os sistemas vitimados pelo fenômeno da jurisprudência lotérica geram um estímulo à litigância e à resistência, dificultando uma solução negociada para o litígio¹⁷⁴.

Nessa ordem de ideias, os precedentes obrigatórios, naturalmente, servem para inibir diversas demandas que seriam propostas em um sistema de decisões aleatórias, uma vez que, sabendo do resultado e da aplicação sólida do precedente, não haveria motivo para o ajuizamento da demanda, já que seria perda de tempo e dinheiro.

Ademais, atribuindo efeito vinculante às decisões dos Tribunais Superiores em questão, estar-se-ia cumprindo o mandamento constitucional que estabelece as suas respectivas funções de zelar e uniformizar o direito federal e constitucional. É preciso registrar, por oportuno, que este modelo não quebraria a harmonia entre os Poderes como muitos podem pensar. Muito pelo contrário, obrigar o magistrado a

¹⁷³ MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 213.

¹⁷⁴ DIAS, Jean Carlos. *Análise econômica do processo civil brasileiro*. São Paulo: Método, 2009.

somente aplicar a lei, voltando à concepção clássica do juiz como o *longa manus* do legislador, isso sim, é uma afronta direta à harmonia dos Poderes, eis que estar-se-ia conferindo aos legisladores também o poder de julgar e, conseqüentemente, esvaziando a função do Poder Judiciário¹⁷⁵.

¹⁷⁵ Nesse sentido, Renata Polichuk afirma: “Em outras palavras, condicionar o Poder Judiciário, exclusivamente, a função de “la bouche de la loi” (a boca da lei) conforme afirmado por Montesquieu, seria imprimir ao Poder Legislativo não apenas o poder de legislar, mas também de decidir”. POLICHUK, Renata. *Precedente e Segurança Jurídica. A previsibilidade*. In: Luiz Guilherme Marinoni (Cord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 80.

6 CONCLUSÃO

Após toda a pesquisa realizada neste trabalho pode-se concluir que:

O Direito Comparado é uma ciência jurídica que serve para comparar ordenamentos jurídicos distintos através de métodos sistemáticos e específicos, a exemplo da macrocomparação e microcomparação. Sem dúvidas, independente do método utilizado, o Direito Comparado auxilia no desenvolvimento dos sistemas jurídicos e do Direito propriamente dito.

Os principais sistemas jurídicos, *common law* e *civil law*, tem raízes históricas distintas e este motivo foi crucial para que a tradição romano-germânica adotasse a lei como a principal fonte do direito e a tradição de *common law* adotasse os precedentes como principal fonte do direito, surgindo as figuras do *juge bouche de la loi* (juiz boca da lei) e do *judge make law* (juiz legislador), respectivamente.

Atualmente, é possível notar a existência do fenômeno de aproximação entre o *common law* e o *civil law*, uma vez que estes passaram importar características e institutos com o intuito de aprimorar a experiência jurídica. Desse modo, não há uma relação de oposição entre os dois sistemas, não podendo se falar que o *common law* somente se pauta no costume e nos precedentes judiciais e que o *civil law* obedece cegamente os ditames legais.

Em que pese o seu enquadramento tradicional como um sistema tipicamente de *civil law*, tendo como principal fonte do direito a lei, essa não é mais a realidade do sistema jurídico brasileiro. Na forma em que segue, o sistema pátrio pode ser considerado como um modelo único, já que não pode ser literalmente enquadrado como uma ou outra tradição jurídica, haja vista a existência de características e institutos inerentes a ambos os modelos. Por exemplo, a tradição jurídica brasileira ainda é substancialmente pautada na legislação, mas, ao mesmo tempo, foi capaz de criar institutos que vinculam o precedente judicial em determinadas situações, a exemplo da súmula impeditiva de recursos, da súmula vinculante e do julgamento de recursos extraordinários (*lato sensu*) repetitivos.

O precedente judicial é um instituto inerente ao próprio exercício da jurisdição, presente nos mais variados sistemas jurídicos, com um grau de importância diferenciado em cada um deles. Desse modo, é evidente que o estudo do

precedente judicial auxilia substancialmente na compreensão de um sistema jurídico como um todo e, mais especificamente, dos seus aspectos processuais.

A eventual adoção de um sistema de precedentes judiciais não leva ao engessamento do ordenamento, limitando o magistrado a somente repetir as teses jurídicas firmadas nos precedentes paradigmas visto que, como tratado no presente estudo, a adoção de um sistema dessa natureza deve vir acompanhada de um conjunto de técnicas de redação, interpretação e superação dos precedentes judiciais, com o intuito de manter a dinâmica do ordenamento em si e garantir os princípios constitucionais da segurança jurídica e da igualdade, bem como as funções precípua do STF e STJ em prol da uniformização dos atos jurisdicionais. Nesse sentido, a elaboração de precedentes judiciais deve conter termos claros e objetivos, de modo a facilitar a sua futura aplicação aos casos análogos. Além disso, as técnicas de *distinguishing* são suficientes para determinar a aplicabilidade ou não do precedente ao caso sob análise e os métodos de *overruling* e *overriding* são elementares para oxigenar os posicionamentos utilizados pelo Poder Judiciário.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, alguns princípios processuais foram elevados ao status constitucional, inclusive, inseridos no rol de direitos fundamentais do art. 5º, consagrando o fenômeno da constitucionalização do processo civil. Desses, os princípios da segurança jurídica e o da igualdade são os que mais demonstram uma ligação direta com a necessidade de adoção de uma teoria dos precedentes na realidade brasileira.

Em termos gerais, o princípio da igualdade é visto através de sua dimensão formal e material, de modo a garantir igualdade perante à lei e igualdade na lei, enquanto o princípio da segurança jurídica se concretiza através da ideia de estabilidade e previsibilidade do ordenamento.

Através de uma releitura desses princípios constitucionais, identifica-se a necessidade de implementação de um sistema de precedentes vinculantes, acompanhado de suas técnicas de redação, superação e interpretação, no ordenamento jurídico pátrio.

Tradicionalmente, a visão acerca do princípio da segurança jurídica não se mostra suficiente para garantir um sistema de precedentes exitoso. Contudo, se este for repensado, no sentido de segurança dos atos jurisdicionais, provavelmente a

experiência brasileira melhore, transmitindo maior credibilidade e confiabilidade das decisões do Poder Judiciário e oferecendo a previsibilidade tão almejada pela sociedade para pautar a sua conduta.

Em relação ao princípio da igualdade não é diferente. Classicamente, na seara processual, o referido princípio remonta a ideia de paridade de armas no curso do processo, mas a utilização tão somente desta noção se mostra deficiente, não sendo capaz de garantir efetivamente a igualdade para os jurisdicionados. Dessa forma, o princípio da igualdade deve ser lido a partir da cláusula geral prevista no art. 5º, *caput*, da CF/88, entendendo-se a igualdade perante a lei em sentido genérico, ou seja, o referido princípio deve ser considerado não somente em relação à lei em sentido estrito, mas também em relação aos outros tipos de normas jurídicas. No caso, o que se pretende é a garantia da igualdade perante às decisões judiciais, de modo a evitar a ocorrência desenfreada de decisões aleatórias e contraditórias entre si.

Indubitavelmente, além dos referidos princípios constitucionais, um sistema de precedentes judiciais asseguraria as funções precípua dos Tribunais Superiores, mais especificamente STF e STJ, previstas na CF/88. Nesse sentido, compete ao STJ zelar pelo direito federal e unificar a sua interpretação e ao STF a guarda da Constituição e a sua interpretação.

Em que pese a adoção de meios de vinculação do precedente judicial, a exemplo da súmula impeditiva de recursos, do julgamento dos recursos especiais e extraordinários repetitivos e da súmula vinculante, estes se mostraram apenas como paliativos, visto que não foram suficientes para sanar as contradições no sistema pátrio e garantir a credibilidade do Poder Judiciário, bem como a segurança jurídica e a igualdade.

Evidentemente, o sistema jurídico brasileiro não preza pela aplicação uniforme do direito, eis que é possível constatar frequentemente a existência de decisões díspares sobre a mesma matéria, fenômeno este conhecido como jurisprudência lotérica. Isso serve para demonstrar a falta de comprometimento dos membros do Poder Judiciário com a própria lógica do sistema, visto que as decisões prolatadas por órgãos hierarquicamente superiores frequentemente são desrespeitadas. Na forma em que segue, observa-se uma crise instaurada no Poder Judiciário, o que compromete de certa forma a sua credibilidade perante a sociedade.

Desse modo, para cumprir a função primária do STF e STJ, bem como os princípios constitucionais da segurança jurídica e igualdade, é importante a instituição de uma teoria dos precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 2.ed. Tradução: Zilda Hutchinson Schild. Revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira: Claudia Toledo. São Paulo: Landy Editora, 2005.

_____. *Teoria dos direito fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

BRASIL. *Código Civil, Comercial, Processo Civil e Constituição Federal*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, 12 dez. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 07 mai. 2012.

_____. Lei 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Brasília, DF, 20 dez. 2006. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11417.htm>. Acesso em: 05 mai. 2012.

_____, Projeto de Lei nº 8.046/2010. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 05 mai. 2012.

_____, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 58/DF. Impetrante: Ailton de Oliveira e outros. Impetrado: Presidente da República. Relator: Min. Carlos Velloso. Relator p/ acórdão: Min. Celso de Mello. Brasília, DJ 14 dez. 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 de mai. 2012.

_____, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.753/DF. Requerente: Conselho Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DJ 12 de jun. 1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 mai. 2012.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do modelo processual cooperativo no direito brasileiro*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. *O devido processo legal nas demandas repetitivas*. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, ano 90, vol. 786. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril de 2001, p. 108-128.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CROCETTI, Priscila Soares; DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. *Formação Histórica, Aspectos do Desenvolvimento e Perspectivas de Convergência das Tradições de Common Law e de Civil Law*. In: Luiz Guilherme Marinoni (Cord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 11-51.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

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

DIAS, Jean Carlos. *Análise econômica do processo civil brasileiro*. São Paulo: Método, 2009.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

_____; BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Curso de Direito Processual Civil*. V 2. 5 ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 2. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 2. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

GOMES, Matheus Barreto. Precedentes vinculantes como instrumentos de efetivação do direito fundamental ao tratamento isonômico. *Teses da faculdade*

baiana de direito, volume 3. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2011, p. 269-300.

KLIPPEL, Rodrigo; BASTOS, Antônio Adonias. *Manual de Processo Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Garantia do tratamento paritário das partes*. In: José Rogério Cruz e Tucci (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 91-131.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. (Tradução: Waldéa Barcellos; Revisão: Marylene Pinto Michael).

MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 212.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O Precedente na Dimensão da Igualdade*. In: Luiz Guilherme Marinoni (Cord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 227-247.

_____. *O Precedente na Dimensão da Segurança Jurídica*. In: Luiz Guilherme Marinoni (Cord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 211-226.

_____. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELES, Edilton. Estudo do direito comparado. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia: Homenagem ao Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia*, nº 12. Salvador: UFBA, 2005, p.19-28.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 16. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Segurança jurídica e mudança de jurisprudência*. *Revista de Direito do Estado*, ano 2, nº 6. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, abr/jun, p. 327-338.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. v. 5. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. *Revista de Processo*, nº 116, julho-agosto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 313-323.

_____. Súmula, Jurisprudência, Precedente: uma Escalada e seus Riscos. *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 27, jun. São Paulo: Dialética, 2005, p. 49-58.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PASSOS, J. J. Calmon de. Súmula vinculante. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, nº 6, setembro/dezembro. Curitiba: Genesis, 1997, p. 625-638.

PERELMAN, Chaim. *Tratado da argumentação*. 1. ed. 5. tiragem. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

POLICHUK, Renata. *Precedente e Segurança Jurídica. A previsibilidade*. In: Luiz Guilherme Marinoni (Cord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 77-90.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SIQUEIRA Jr., Paulo Hamilton. *Direito processual constitucional*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. 1. ed. (ano 2006), 5. reimpressão. Curitiba: Juruá, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. *Revista de Processo*, Ano 28, nº 110. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, abril-junho, p. 141-158. (Tradução: José Carlos Barbosa Moreira)

_____. Precedente e Jurisprudência. *Revista de Processo*, nº 199, setembro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 139-. (Tradução: Arruda Alvim, Teresa Arruda Alvim Wambier e André Luís Monteiro)

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O processo civil na nova constituição. *Revista de Processo*, nº 53. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar., 1989, p 78-84.

THEODORO Jr., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. “Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória”. *Revista de Processo*, ano 35, nº 189, nov. 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 09-52.

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

VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado: Introdução e parte geral*. 1.ºv. Coimbra: Almedina, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o Estado de Direito - *civil law* e *common law*. *Revista Jurídica*, Ano 57, nº 384, outubro 2009. Porto Alegre: Editora NotaDez, 2009, p. 53-62.

_____. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. *Revista de Processo*, Ano 34, n. 172, jun./2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 121-174.