



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO**

ACÁCIA LINS DE AGUIAR

**PRECEDENTES JUDICIAIS E SEGURANÇA JURÍDICA: ANÁLISE DOS
PRINCIPAIS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E DESFAVORÁVEIS À ADOÇÃO DOS
PRECEDENTES VINCULANTES NO BRASIL**

**FORTALEZA
2014**

ACÁCIA LINS DE AGUIAR

**PRECEDENTES JUDICIAIS E SEGURANÇA JURÍDICA: ANÁLISE DOS
PRINCIPAIS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E DESFAVORÁVEIS À ADOÇÃO DOS
PRECEDENTES VINCULANTES NO BRASIL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Ms. Janaína Soares Noleto
Castelo Branco

**Fortaleza
2014**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

A282p

Aguiar, Acácia Lins de.

Precedentes judiciais e segurança jurídica: análise dos principais argumentos favoráveis e desfavoráveis à adoção dos precedentes vinculantes no Brasil / Acácia Lins de Aguiar. – 2014.
51 f. : enc. ; 30 cm.

Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2014.

Área de Concentração: Direito Processual Civil.

Orientação: Prof. Me. Janaína Soares Noleto Castelo Branco.

1. Garantia (Direito) - Brasil. 2. Precedentes judiciais - Brasil. 3. Processo civil - Brasil. I. Castelo Branco, Janaína Soares Noleto (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

CDD 347.951

Acácia Lins de Aguiar

**PRECEDENTES JUDICIAIS E SEGURANÇA JURÍDICA: ANÁLISE DOS PRINCIPAIS
ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E DESFAVORÁVEIS À ADOÇÃO DOS PRECEDENTES
VINCULANTES NO BRASIL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito
da Universidade Federal do Ceará, como
requisito parcial para obtenção do Título de
Bacharel em Direito.

Aprovada em: ____ / ____ / ____.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Ms. Janaína Soares Noleto Castelo Branco – UFC
(Orientadora)

Prof^a. Julianne Melo dos Santos – UFC
(1º Examinador)

Prof^a. Williana Ratsunne da Silva Shirasu – UFC
(2º Examinador)

*A Deus, por todas suas bênçãos.
Aos meus pais, sempre, por tudo.
Aos meus irmãos, pela cumplicidade em meio às diferenças.*

AGRADECIMENTOS

À professora Janaína Soares Noleto Castelo Branco, pelas riquíssimas discussões no Grupo de Estudos de Direito Processual Civil da Universidade Federal do Ceará, que despertaram o interesse pelo tema desse trabalho e, principalmente, por ser tudo e um pouco mais do que se espera de um mestre.

À Julianne Melo e Williana Ratsunne da Silva Shirasu, por terem aceitado gentilmente o convite para compor a Banca Examinadora.

A todos aqueles que, quando compartilhei a ideia de retornar à graduação, em um curso completamente distinto de minha inicial formação, ofereceram apoio e entenderam minhas razões.

A todos meus verdadeiros amigos, essenciais a minha vida, que foram tão compreensivos com as minhas ausências.

Aos professores desta universidade que, em sua grande maioria, mostraram-me porque a Universidade Federal do Ceará ainda é a melhor.

“Quando eles prenderam os comunistas, eu não disse nada, pois não era comunista. Vieram os socialistas, e eu não disse nada, pois não era socialista. Vieram pelos dirigentes sindicais, e eu não disse nada, pois não era dirigente sindical. Vieram pelos judeus, e eu não disse nada, pois não era judeu. Depois vieram por minha causa e não restava ninguém para dizer alguma coisa.” O pavor que sentimos à leitura desse depoimento deve-se a seu valor de verdade universal. Quer vivamos em uma democracia ou sob o julgo de regimes ditatoriais, [...] em suma, quaisquer que sejam as circunstâncias históricas, nunca devemos ceder nem ao procedimento do silêncio, nem à aceitação de arbitrariedade legal.

Elisabeth Roudinesco

RESUMO

A segurança jurídica é um princípio que determina aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário que adotem comportamentos que contribuam para a promoção de um estado de confiança, previsibilidade e estabilidade do Direito. O princípio da segurança jurídica é tão importante que sequer precisa estar explicitamente positivado em uma Constituição para ser exigível, já que se fundamenta na própria ideia de Direito. Percebe-se, ainda, que no sistema do *civil law*, como é o caso do Brasil, a decisão judicial possui caráter inegavelmente criativo e não pode ser adequadamente prevista a partir do mero conhecimento dos textos das normas gerais e abstratas, sendo inerente a ela um significativo grau de imprevisibilidade. O objetivo central do presente trabalho é demonstrar que o estudo da segurança jurídica deve ser deslocado das normas gerais e abstratas para as decisões judiciais e que, sob essa perspectiva, a adoção de uma doutrina dos precedentes judiciais vinculantes no sistema processual brasileiro pode ser de grande contribuição para a promoção da igualdade, confiança e previsibilidade do Direito, exigidas por aquele princípio. Isso significa que não haverá para os cidadãos um mínimo de previsibilidade acerca das consequências jurídicas das suas condutas, caso não possuam um mínimo de previsibilidade da maneira como o Judiciário provavelmente julgará o seu caso em um eventual processo judicial. Por isso, deve ser o aumento da previsibilidade das decisões judiciais, e não das leis, o principal objetivo das medidas voltadas ao incremento do nível de segurança jurídica. A sistemática de precedentes judiciais vinculantes é uma dessas medidas eficazes para a promoção da segurança jurídica no Direito brasileiro, por meio do incremento da previsibilidade das decisões judiciais. Analisou-se criticamente os principais argumentos favoráveis e desfavoráveis à adoção dos precedentes vinculantes no Brasil. Concluiu-se que a sistemática dos precedentes judiciais vinculantes é uma possibilidade para o sistema processual brasileiro, demandada pelo princípio da segurança jurídica e, por outras inúmeras poderosas razões, como a igualdade, a celeridade processual, a eficiência e a legitimidade dos juízes e dos tribunais, desde que a doutrina nacional elabore com urgência a hermenêutica, os instrumentos legais e mesmo o ensino jurídico dessa nova realidade, sob pena de alcançar-se exatamente o oposto do almejado.

Palavras-chave: Precedentes judiciais. Segurança jurídica. Previsibilidade. *Civil law*. *Common law*.

ABSTRACT

Legal security is a principle that determines the Legislative, Executive and Judiciary Power to adopt behaviors that contribute to the promotion of a state of trust , predictability and law stability. The principle of legal security is so important that does not even need to be explicitly ensured in a constitution to be required , since it is based on the very concept of law. It is also noticed that in the civil law system , as is the case of Brazil , the court decision has undeniably creative character and can not be adequately predicted from the mere knowledge of the texts of general and abstract rules , being inherent in it a significant degree of unpredictability. The following work aims to demonstrate that the study of legal security must be shifted from general and abstract norms for judicial decisions and that, from this perspective, the adoption of a doctrine of binding judicial precedent in the Brazilian legal system can be a great contribution to the promotion of equality, trust and predictability of law required by the principle. This means that there won't be any predictability for the citizens about the legal consequences of their conduct, if the applicant has a minimum of predictability of how the judiciary probably judge his case in any judicial proceedings. Thus, it should be the increase of predictability of judicial decisions, not the laws, the main purpose of the measures aimed at increasing the level of legal security. The system of binding judicial precedent is one effective way to promote legal security under Brazilian law, through out increased predictability of judicial decisions. It was analyzed critically the main favorable and unfavorable topic to the adoption of binding precedent in Brazil arguments. It was concluded that the systematics of binding judicial precedent is a chance for the Brazilian legal system, demanded by the principle of legal security and numerous other powerful reasons such as equality, promptness, efficiency and legitimacy of judges and courts as long as the national doctrine develop urgently the hermeneutics, legal instruments and even the legal education of this new reality, aiming to achieve exactly the opposite of the desired.

Keywords: Judicial precedents. Legal security. Predictability. Civil law. Common law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 PRECEDENTES JUDICIAIS	12
2.1 As técnicas de aplicação, confronto e superação dos precedentes	13
2.2 Precedentes, súmula e jurisprudência: para evitar alguns enganos.....	17
3 SEGURANÇA JURÍDICA E SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS.....	21
3.1 Segurança jurídica e precedentes	21
3.2 Duplo grau de jurisdição: a quem tu serves?	26
4 ANÁLISE DOS PRINCIPAIS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E DESFAVORÁVEIS À ADOÇÃO DA TEORIA DOS PRECEDENTES NO BRASIL	32
4.1 Análise dos principais argumentos favoráveis à adoção dos precedentes vinculantes no Brasil	32
4.2 Análise dos principais argumentos desfavoráveis à adoção dos precedentes vinculantes no Brasil.....	36
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	45
REFERÊNCIAS.....	48

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, uma das coisas que mais chama a atenção do imaginário popular acerca do Poder Judiciário é a indústria de concursos. Editoras, livrarias, gráficas, cursos, *sites*, *blogs*, professores, dentre outros, faturam com o eldorado moderno. Deixando de lado uma discussão mais aprofundada sobre o contexto econômico e sociocultural em que essa “febre” está inserida, espanta a mutabilidade dos entendimentos jurisprudenciais pátrios. É surpreendente a quantidade de vezes que se compra o mesmo livro, pois todo ano há uma nova edição dele no mercado e a antiga tem como destino o lixo reciclável. Essa sensação que todo “concurseiro” tem, da obrigatoriedade de sempre correr atrás de cada informativo publicado, com a certeza de que o STJ (Superior Tribunal de Justiça) ou o STF (Supremo Tribunal Federal) mudaram seu entendimento sobre algo, não pode ser “natural”. Os estudos sobre o precedente judicial e a segurança jurídica escancaram que esta mutabilidade não é inerente ao direito, mas sim um sintoma do sistema judicial brasileiro, algo que gera não apenas angústia ao concurseiro (sendo este o menor dos males), mas ocasiona o mal-estar da insegurança jurídica ao jurisdicionando e, principalmente denuncia o “calcanhar de Aquiles” do direito processual brasileiro. Quando se pensa em processo no Brasil, se pensa em lentidão, desigualdade e insegurança e, por que não, em injustiça. Esta monografia tem com pano de fundo o repúdio à naturalização da insegurança jurídica, sendo de um estudo que objetiva refletir sobre o sistema processual brasileiro, o Poder Judiciário e a segurança jurídica.

Existe uma tendência, materializada na reforma do Código de Processo Civil brasileiro, e na criação de inúmeros institutos no nosso direito, que nos parece notória, de valorização dos precedentes, inerentes aos países do *common law*, em oposição ao *civil law*, sistema ao qual Brasil historicamente é filiado.

A segurança jurídica representa uma das principais finalidades do Direito, sendo essencial a convivência harmônica entre os indivíduos em sociedade, tornando-se evidente a relevância de qualquer investigação que pretenda contribuir com reflexões para o avanço da segurança jurídica de um determinado ordenamento jurídico.

O ordenamento jurídico brasileiro foi historicamente influenciado pelo sistema civilista, que valoriza a produção da norma. Dentre essas diversas leis produzidas, destacam-se os códigos, idealizados para prever o máximo de situações possíveis, a fim de diminuir a atividade criativa do magistrado e de supostamente conferir segurança jurídica aos cidadãos. Com o passar do tempo, entretanto, tal sistema legalista apresentou falhas, pois se demonstrou

a impossibilidade de o Poder Legislativo prever todas as situações do cotidiano, cabendo ao magistrado, no confronto com o caso concreto, interpretar as leis existentes para solucionar a demanda que lhe foi proposta.

O objetivo central do presente trabalho é confirmar a hipótese de que o estudo da segurança jurídica deve ser deslocado das normas gerais e abstratas para as decisões judiciais e que a adoção de uma doutrina dos precedentes judiciais vinculantes no sistema processual brasileiro pode ser de grande contribuição para a promoção da igualdade, confiança e previsibilidade do Direito, exigidas por aquele princípio.

Cumprе ressaltar que as questões aqui discutidas independem da nova redação do Novo Código de Processo Civil, uma vez que não nos propomos a discutir as promessas de inovações. Em caráter amplo, discutimos princípios e direções que devem ser tomadas, independente de qualquer instituto processual criado pelo novo Código.

Nesse contexto, o segundo capítulo é destinado a estudar a teoria dos precedentes judiciais, seus elementos e as técnicas de aplicação, superação e confronto destes.

O terceiro capítulo trata do princípio da segurança jurídica, revelado através da previsibilidade, igualdade e celeridade processual e elaboramos algumas ponderações acerca do duplo grau de jurisdição. No quarto capítulo, é desenvolvida uma análise crítica dos principais argumentos favoráveis e desfavoráveis à adoção dos precedentes vinculantes no Brasil.

Ao final, concluímos que a sistemática dos precedentes judiciais vinculantes é uma possibilidade para o sistema processual brasileiro, demandada pelo princípio da segurança jurídica e por outras inúmeras persuasivas razões, como a igualdade, a celeridade processual, a eficiência e a legitimidade dos juízes e dos tribunais, desde que a doutrina nacional elabore com urgência a hermenêutica, os instrumentos legais e mesmo o ensino jurídico desta nova realidade, sob pena de alcançar-se exatamente o oposto do almejado.

2 PRECEDENTES JUDICIAIS

Segundo Didier Jr. (2011, p. 385), “precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo método essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos.”

O precedente judicial se caracteriza por ser uma decisão tomada por órgão jurisdicional frente a um ou mais casos concretos deduzidos em juízo, cujo núcleo essencial tem o potencial de servir como paradigma para julgamentos posteriores, em causas análogas.

De acordo com Tucci (2004, p. 12), “todo precedente é composto de duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório.” Assim, embora comumente seja feita referência à eficácia obrigatória ou persuasiva do precedente, devemos entender que o que tem caráter obrigatório ou persuasivo é a sua *ratio decidendi*, que é apenas um dos elementos que compõem o precedente.

A *ratio decidendi* (ou *holding*) são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi; trata-se da tese jurídica acolhida pelo órgão julgador no caso concreto (TUCCI, 2004).

O efeito vinculante da coisa julgada é produzido apenas entre os litigantes do caso concreto, submetido à apreciação judicial, e encontra-se radicado fundamentalmente no dispositivo da decisão. No caso do precedente, a eficácia vinculativa se dá *erga omnes* e apenas em relação à sua fundamentação, ou seja, no que diz respeito à sua *ratio decidendi*, daí a importância da demarcação dessas diferenças.

É comum a discussão sobre o risco de possível “engessamento” dos magistrados diante da suposta adoção massiva dos precedentes pelo direito brasileiro. É fato que o direito processual brasileiro já se apropriou dos precedentes na elaboração de diversos institutos, aos quais poderíamos elaborar algumas críticas. Entretanto, para discutirmos sobre essa ideia equivocada dos precedentes, é necessário entender os tipos de precedentes judiciais e as técnicas de aplicação, superação e confronto dos precedentes judiciais.

2.1 As técnicas de aplicação, confronto e superação dos precedentes

Antes de observarmos as técnicas de revogação dos precedentes judiciais, é preciso observar que o sistema jurídico do *common law* fundamenta-se no *stare decisis*¹. Para o *stare decisis*, para o qual coerência do ordenamento não depende apenas da harmonia das normas hierarquicamente consideradas, tal como ocorre no *civil law*, ou seja, não se observa a harmonia das normas entre si e entre elas e a Constituição. Para o *stare decisis*, a coerência do ordenamento depende do que é decidido nos tribunais, da conformidade entre as decisões do passado e as decisões a serem proferidas no futuro, bem como da consonância do que é decidido pela Suprema Corte e o que é decidido pelas Cortes a ela subordinadas.

Essa concepção sistêmica presente no *stare decisis* também está presente nas técnicas de revogação dos precedentes, propiciando o desenvolvimento do direito, seja para acompanhar o desenvolvimento da sociedade, seja para a elaboração de novas teses jurídicas, sem necessariamente que isso signifique uma ruptura com o sistema de precedentes obrigatórios.

Dessa forma, a revogação dos precedentes implica uma continuidade do *common law*, sendo a substanciação da discricionariedade do juiz, porém tal discricionariedade não advém da vontade do magistrado de decidir conforme suas convicções, como comumente verificamos nos tribunais pátrios:

A discricionariedade implica na revogação eventual de alguns precedentes, não por ser facultado ao juiz, mas por ser imposto a ele que revogue o precedente que não mais serve ao direito, como forma de cumprir o papel de coesão interna e externa que o precedente ocupa no sistema jurídico. (PORTES, 2010, p. 109).

Assim, em vez de estarmos diante de uma situação de engessamento, comumente alegada, presenciamos a possibilidade de o magistrado exercer sua discricionariedade, de decidir pela revogação de um precedente, dentro dos limites de sua competência, e de forma coerente com o sistema jurídico existente.

Para discutirmos as técnicas, cumpre salientar a distinção entre precedente persuasivo e precedente obrigatório. A depender da autoridade dos precedentes, isto é, da sua

¹ Segundo Gustavo Nogueira (2014, p. 23), a doutrina dos precedentes judiciais vinculantes é conhecida pela expressão *stare decisis et non quieta movere*, que seria algo como “mantenha-se a decisão e não mexa no que está quieto. É dessa forma que a expressão em latim revela a importância do respeito ao precedente, e é a expressão utilizada para dar nome à teoria segundo a qual os juízes estão vinculados às decisões do passado.”

força, os precedentes podem ser vinculantes (*binding precedents*) ou persuasivos (*persuasive precedents*).

No primeiro caso, um juiz ou tribunal, ao julgar um caso, encontra-se obrigado a seguir um precedente que ele próprio ou um órgão judicial superior tenha proferido, a menos que fundamente que o caso em concreto por ele analisado é distinto do caso paradigmático. Portanto, além da necessidade de respeito pelos juízes e tribunais, por razões de coerência, às suas próprias decisões passadas, a força vinculante de um precedente depende diretamente da autoridade que o órgão judicial que o estabeleceu possui sobre outro.

Já o precedente judicial persuasivo não detém força vinculante, porquanto estabelecido por um órgão judicial que não possui autoridade sobre aquele que está julgando o caso semelhante, mas apenas força de convencimento. Não obstante o caráter não vinculante do precedente persuasivo, vale ressaltar que ele pode influenciar o juiz ou o tribunal que julgará o caso sucessivo em razão da sua força argumentativa.

A aplicação de um precedente passa pela análise da sua força, sendo que o precedente persuasivo “pode” ser seguido em caso similar posterior, enquanto que o precedente obrigatório “deve” ser seguido nos casos futuros. O que vai determinar a aplicação de um precedente ou não é o grau de vinculação, levando-se em conta o ordenamento jurídico, bem como as cortes de justiça que seguem a teoria do *stare decisis*.

Destarte, em que pese à doutrina do *stare decisis* dispor intrinsecamente sobre a hierarquia enquanto elemento determinante para a aplicação dos precedentes obrigatórios, verifica-se que, com a própria evolução do *common law*, técnicas foram desenvolvidas para o afastamento, em determinadas circunstâncias, dos precedentes judiciais.

Assim sendo, ao analisar um determinado caso, o magistrado deve observar se este guarda alguma semelhança com os casos precedentes. Para isso, deve utilizar, *a priori*, a comparação, analisando os elementos objetivos da demanda, confrontando com os elementos estruturais das demandas anteriormente decididas. Depois de encontrar a aproximação entre os casos, o magistrado deve analisar a *ratio decidendi* dessas demandas anteriores.

A partir desse ponto, outra técnica poderá ser adotado pelo juiz, como o *distinguishing*, procedimento utilizado para a não aplicação de um precedente. Nesse caso, os fatos fundamentais de um precedente não coincidem com os fatos fundamentais do caso posterior em julgamento, sendo considerados como casos distintos. Trata-se uma técnica de confronto por meio da qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser

considerado análogo ao paradigma. Dessa forma, pela diferença ocorrida, o precedente não será seguido.

Destacamos que não há como se aplicar um precedente sem antes realizá-lo, ou seja, usar um método de interpretação do precedente. Nessa linha, fala-se em *distinguishing*, quando há distinção entre o caso concreto em julgamento e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante do precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente (DIDIER JÚNIOR; CUNHA, 2011).

Assim, percebendo o magistrado que há distinção entre o caso em análise e aquele que ensejou o precedente, pode restringi-lo, dando uma interpretação restritiva, por entender que as especificidades do caso concreto obstam a aplicação da tese jurídica consagrada no precedente, julgando o caso concreto livremente. Há, nessa hipótese, o chamado *restrictive distinguishing*.

O magistrado pode, caso perceba peculiaridades em relação aos casos anteriores, estender à hipótese em análise a mesma solução conferida aos casos anteriores, por lhe entender aplicável. Há, nessa hipótese, *ampliative distinguishing*.

Tal técnica esclarece, definitivamente, a ideia anteriormente esboçada do engessamento do magistrado, aquela de que o juiz, diante de um sistema de precedentes, é preso ao precedente, sem ter qualquer opção, a não ser aplicar ao caso concreto a solução dada por outro órgão jurisdicional. Vale observar que o magistrado somente ficará “engessado” se preferir não exercer a função externa da motivação, extremando os seus motivos de decidir, interpretando a lei para verificar se os fatos concretos se conformam à hipótese normativa, bem como verificando a adequação da situação posta ao precedente.

Assim, dentro do sistema de precedentes, o magistrado é responsável pelo afastamento ou não do precedente em razão da não coincidência entre os fatos discutidos e os que originaram o paradigma, restando superada, portando, pelo controle repressivo e preventivo, a alegação de impossibilidade de acesso à justiça, pelo impedimento de prosseguimento de recurso e suposta ausência de contraditório.

Em apertada síntese, podemos dizer que existem duas técnicas para se superar um precedente: *overruling* e *overriding*. Na doutrina do *commom law*, o *overruling* é a superação de um precedente por entendê-lo revogado ou ultrapassado; trata-se de poder mudar o entendimento sobre uma matéria, retirar do ordenamento casos desacreditados ou desgastados

com o tempo. O tribunal abandona o precedente e o substitui por um novo. É importante frisar que ao tribunal cabe a modulação dos efeitos da decisão, estabelecendo o marco temporal, bem como se sua eficácia será *ex tunc* (*retrospective overruling*) ou *ex nunc* (*prospective overruling*) (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2011).

Para ocorrer o *overruling* exige-se extensa fundamentação acerca da necessidade de superação do precedente e apresentação de argumentos até então não enfrentados.

O *overruling* pode ser expresso (*express overruling*), quando o tribunal resolve expressamente adotar nova orientação, abandonando a anterior. Pode ser tácito (*implied overruling*), quando uma orientação é adotada em confronto com posição anterior, embora sem expressa substituição desta última (MARINONI, 2010a).

É possível também a aplicação do *retrospective overruling*, ou seja, a substituição por um precedente com eficácia *ex tunc*, abrangendo, inclusive, casos ainda pendentes de julgamento pelos tribunais. Ressaltamos ainda, o *antecipatory overruling*, que é uma espécie de “não aplicação preventiva” por órgãos inferiores do precedente das cortes superiores, justamente por essa, em recentes decisões, ter sinalizado que está na iminência de superar os seus precedentes.

A segunda técnica de superação de precedentes é chamada *overriding*, que ocorre quando o tribunal apenas limita o âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio geral (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2011). Há apenas uma superação parcial do precedente.

Assim, percebemos que o precedente pode ser revisto a qualquer tempo, embora isso não costume acontecer com muita frequência. É possível a revisão de um precedente sempre que houver novos argumentos, criando-se um novo precedente.

Não se pode confundir a técnica de confronto e superação do precedente com o denominado reversal, onde há somente a reforma no julgamento do recurso, sendo alterado pelo órgão *ad quem* o entendimento do órgão *a quo*.

Novamente, cumpre registrar que *overruling* e *overriding* são técnicas que impedem a petrificação do direito, arejando o sistema e o mantendo atualizado. Nessa feita, permite a flexibilidade do ordenamento jurídico da *common law*, indispensável à evolução e ao progresso do direito.

Eis o que intencionávamos demonstrar acerca da teoria do precedente judicial e das técnicas de superação, elementos essenciais para nossa discussão acerca da segurança jurídica e da análise que objetivamos proceder acerca da adoção da teoria de precedentes judiciais no

nosso ordenamento jurídico. No decorrer do nosso trabalho, retomaremos alguns desses elementos, que serão contextualizadamente utilizados na argumentação crítica que pretendemos elaborar.

2.2 Precedentes, súmula e jurisprudência: para evitar alguns enganos

No decorrer da nossa pesquisa bibliográfica ficamos impressionados com a confusão terminológica acerca destes conceitos, que prejudica demais nossa discussão, uma vez que perde seu viés epistemológico, caro a qualquer estudo que se proponha científico. Nas linhas a seguir, tentaremos elaborar as necessárias distinções entre eles.

Precedente judicial não é o mesmo que súmula. A súmula é um enunciado genérico e abstrato de um tribunal acerca de um entendimento jurídico por ele reiteradamente adotado em um conjunto de decisões judiciais sobre um mesmo tema, de aplicação geralmente descontextualizada das minúcias fáticas dos casos que formaram a jurisprudência que a embasou. O precedente judicial, por sua vez, consiste em uma decisão judicial com forte caráter paradigmático e que é indissociável das circunstâncias fáticas do caso originalmente julgado, não podendo servir de referência para as decisões a serem prolatadas em casos futuros similares, a não ser se considerada a correspondência de fatos juridicamente relevantes entre o caso paradigmático e o caso futuro (STRECK; ABBOUD, 2014).

Para Lênio Streck e George Abboud (2014), existem diferenças marcantes entre estes institutos. Primeiro, porque a súmula passa a valer a partir de sua publicação, ou seja, sua constituição tem por objeto o futuro, e não necessariamente a consagração da jurisprudência, visto que apenas um julgado pode dar azo à criação de súmula vinculante – o que demonstra o caráter desvinculado da súmula com a confirmação de jurisprudência, por exemplo. Assim, a forma como os dois institutos ingressam em cada sistema jurídico é diferente. No *common law*, a força do precedente reside na tradição, não estando estabelecida em qualquer regra escrita, sendo, portanto, de estranhar que, no Brasil, a obediência ao “precedente sumular” seja estabelecida mediante emenda à Constituição em um sistema jurídico da família romano-germânica (STRECK; ABBOUD, 2014).

A segunda diferença apontada pelos autores é que a súmula vinculante, ao contrário dos precedentes, vale pelo seu enunciado genérico, e não pelos fundamentos que embasaram determinada decisão de algum tribunal. O autor declara que as súmulas, no modo como são

vistas no imaginário jurídico, são “conceitos sem coisas”. Como esclarece Lênio Streck (2014, p. 6), em outro texto:

Procurando ser mais claro: se a interpretação/aplicação – porque interpretar é aplicar (*applicatio*) – fosse uma “questão de sintaxe” (análise sintática), um bom linguista ou professor de português seria o melhor jurista. Seria o império dos “conceitos” sem coisas. Só que as coisas (fatos, textos, fenômenos em geral) não existem sem conceitos (ou nomes).

Tal como leciona Castanheira Neves (apud STRECK; ABBOUD, 2014, p. 62-63):

[...] o precedente é uma concreta decisão jurisprudencial, vinculada como tal ao caso historicamente concreto que decidiu – trata-se também aqui de uma estrita decisão jurisdicional – que se toma (ou se impõe) como padrão normativo casuístico em decisões análogas ou para casos de aplicação concretamente analógica.

A súmula vinculante desvincula-se do(s) caso(s) que a originaram, ela se impõe como um texto normativo de vinculação geral e abstrata para casos futuros como tal qual a lei, possui dimensão atemporal e duração indefinida, passando a ter validade após sua publicação na imprensa oficial (STRECK; ABBOUD, 2014).

E, por último, há diferença entre súmula vinculante e precedente no modo de aplicação de cada um desses institutos. O precedente constitui-se em um paradigma jurídico que serve como problematização e fundamentação para casos semelhantes. A súmula vinculante tem *status* de entidade geral e abstrata que estabelece uma disposição de natureza legislativa para os casos concretos que ela abrange. Esses casos, então, têm de ser solucionados de maneira lógico-subsuntiva, tal qual a legislação deveria ser aplicada para a metodologia tradicional. Essa questão do método subsuntivo é um elemento caracterizador da disposição legislativa da súmula para Streck e Abboud (2014).

Luiz Marinoni e Daniel Mitidiero (2010, p. 167) expõem a diferença marcante de tal situação, quando em face de precedente paradigma e entendimento sumulado:

Quando há metodologia adequada para se compreender os precedentes, a tese jurídica proclamada na decisão judicial é necessariamente relacionada às circunstâncias do caso, as quais, quando não presentes no caso sob julgamento, podem levar a um *distinguished*, isto é, a uma diferenciação do caso e a não aplicação do precedente. Não obstante, as súmulas simplesmente neutralizam as circunstâncias do caso ou dos outros casos que levaram a sua edição. As súmulas apenas preocupam com a adequada delimitação de um enunciado jurídico.

No que tange à diferença entre precedente judicial e jurisprudência, é comum a confusão, uma vez que muitos entendem que o precedente é uma decisão anteriormente manifestada por um órgão jurisdicional, assim os precedentes do tribunal X seriam as decisões do tribunal X sobre uma determinada matéria. Entretanto, os termos são conceitualmente diferentes, como explica Nogueira (2014). Quando se fala do precedente, refere-se a uma decisão judicial paradigmática relativa a um caso particular, enquanto, quando se fala da jurisprudência, faz-se alusão a uma pluralidade de decisões relativas a vários e diversos casos concretos.

Nos sistemas tradicionalmente fundados sobre o precedente judicial, a decisão acerca de um tema que assume esse *status* é uma só; é fácil reconhecer qual decisão realmente revela o entendimento do órgão judicial sobre certa questão jurídica. Por outro lado, nos ordenamentos – como o italiano, citado pelo autor, e o brasileiro – nos quais se costuma invocar a jurisprudência, faz-se referência, normalmente, a várias decisões.

Afinal, quantas decisões são necessárias para podermos dizer que uma jurisprudência se firmou como entendimento consolidado em um Tribunal Superior? Eis umas das dificuldades, pois a quem se atribui o crivo de selecionar quais decisões são verdadeiramente relevantes e quais são fruto de situações singulares?

Michele Taruffo (2014) destaca diversas dificuldades, dentre elas a de se estabelecer qual a decisão que é realmente relevante ou de se decidir quantas decisões são suficientes para que se possa dizer que existe uma jurisprudência relativa a uma determinada interpretação do Direito. Conforme destaca, o autor, o número descontrolado de decisões favorece a ocorrência frequente de inconsistências, e de evidentes contradições e súbitas mudanças de entendimento no contexto da mesma jurisprudência do Tribunal de Cassação, tornando difícil a identificação da jurisprudência dominante em meio a uma situação de caos jurisprudencial.

Maria Celina Bodin de Moraes (2013, p. 1) acrescenta:

Embora atualmente seja comum a referência ao termo “precedente”, especialmente pelos Tribunais Superiores, não se trata da mesma coisa: o nosso precedente, necessariamente *plural* e relativo ao *direito*, denota, na verdade, o comportamento da “jurisprudência”, enquanto o “precedente” em sua acepção original, de matriz anglo-americana, normalmente é *único* e refere-se aos *atos* principais da demanda. Trata-se, portanto, de diferenças estruturais, qualitativas e quantitativas. (Grifos no original).

Ainda de acordo com Taruffo (2014), esses problemas não existem, ou surgem somente em pouquíssimos casos, nos ordenamentos que são realmente fundados no uso do precedente:

Para explicar essa diferença é suficiente um fato a *House of Lords*, quando ainda proferia decisões judiciais, costumava pronunciar, em média, menos de 100 sentenças por ano, enquanto que a Corte Suprema dos Estados Unidos, que é também juiz de constitucionalidade, pronuncia menos de 200. Nossa “Corte di Cassazione” julga cerca de 50.000 por ano. (TARUFFO, 2014, p. 6, tradução nossa).²

Essa diferença apontada pelo autor italiano, no que concerne a quantidade de ações distribuídas e processadas nos Estados Unidos e Inglaterra, de um lado, e Itália, de outro, é espantosa e lembra a realidade brasileira. O STJ, por exemplo, teve somente no ano de 2013, o total de 309.677 processos distribuídos³. Essa imensa quantidade de processos, como visto no Brasil e na Itália, teria relação com o sistema *civil law*, adotado em ambos os países? Será que o *civil law* estimula a litigiosidade? Essas são questões a se pensar, mas podemos dizer, inicialmente, que quanto ao sistema processual italiano, apenas sabemos o posicionamento de Michelle Taruffo (2014), porém quanto ao sistema processual brasileiro, acreditamos que ele estimula a litigiosidade, pelos fatos e fundamentos que passaremos a expor nos próximos capítulos.

Feitas tais demarcações, passamos ao próximo capítulo deste estudo, no qual analisamos a contribuição dos precedentes judiciais à efetividade do princípio da segurança jurídica.

² Texto original: “A spiegare questa differenza basti un dato: attualmente la House of Lords pronuncia in media meno di 100 sentenze all’anno, mentre la Corte Suprema degli Stati Uniti, che è anche giudice di costituzionalità, ne pronuncia meno di 200. La nostra Corte di Cassazione pronuncia mediamente circa 50,000 sentenze all’anno.”

³ Uma amostra desses números, no STJ, pode ser encontrada no “Boletim Estatístico do Superior Tribunal de Justiça”, disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/sumario.asp>>.

3 SEGURANÇA JURÍDICA E SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS

A segurança jurídica representa uma das primordiais finalidades do Direito, sendo fundamental a convivência harmônica em sociedade, tornando-se relevante qualquer investigação que pretenda contribuir com reflexões para a ampliação do nível de segurança jurídica de um determinado ordenamento jurídico.

Como observa Canotilho (1993, p. 208): “O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança como elementos constitutivos do Estado de direito.”

Nesse contexto, entendemos como de suma importância a investigação sobre a segurança jurídica para promovê-la, mesmo não sendo uma missão fácil defini-la.

3.1 Segurança jurídica e precedentes

A Constituição brasileira refere-se à segurança jurídica em seu artigo 5º, como valor fundamental e direito inviolável, tais como o direito à vida, liberdade, igualdade e propriedade. Embora a nossa Constituinte não cite expressamente um direito à segurança jurídica, este acabou sendo contemplado em diversos dispositivos na Constituição Federal, como os incisos II, XXXVI, XXXIX e XL do artigo 5º, que versam respectivamente sobre princípio da legalidade, inviolabilidade do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito, princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal e irretroatividade da lei penal desfavorável.

Humberto Ávila (2011, p. 682) traz aquela que consideramos a melhor conceituação de segurança jurídica, definida como uma “norma-princípio”:

Pode-se conceituar a segurança jurídica como sendo uma “norma-princípio” que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídicas, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsavelmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro.

Nesse sentido, convém discriminar **dois** elementos essenciais à caracterização da segurança jurídica. Segundo Marinoni (2010a), para que o cidadão possa esperar um comportamento ou se portar de determinado modo na vida em sociedade, é essencial que haja univocidade na qualificação das situações jurídicas, ou seja, ao cidadão é necessário um mínimo de coerência, uma única interpretação acerca das normas que regem suas atitudes e delimitam o que pode ou não fazer em sociedade.

Além disso, é fundamental a previsibilidade em relação às consequências das suas ações, “o cidadão deve saber não apenas os efeitos que as suas ações poderão produzir, mas também como os terceiros poderão reagir diante delas.” (MARINONI, 2010a, p. 212). Para o autor, “a previsibilidade das consequências oriundas da prática de conduta ou ato pressupõe univocidade em relação à qualificação das situações jurídicas, o que torna esses elementos indissociavelmente ligados.” (p. 212).

Podemos definir e fundamentar a segurança jurídica através de dois pilares: a previsibilidade e a efetividade, sob os quais nos debruçaremos nas linhas a seguir.

Considerando a importância da previsibilidade para a efetividade da segurança jurídica no âmbito do processo civil, Marinoni (2010a) aponta que a previsibilidade tem como requisito a possibilidade do jurisdicionado ter conhecimento das normas que fundamentam suas ações no seu cotidiano. Além disso, assegura que “também é incontestável que estas dependem, para gerar previsibilidade, da possibilidade da sua compreensão em termos jurídicos e da confiabilidade naqueles que detêm o poder para afirmá-las.” (p. 213).

Ainda que esses aspectos, acima mencionados, não sejam necessariamente admitidos como requisitos para a previsibilidade, têm relevância para proporcionar uma discussão válida acerca do tema na dimensão dos precedentes.

Segundo Marinoni (2010a, p. 213), o conhecimento das normas guarda relação com a Codificação:

[...] ou com a pretensão de se ter Códigos capazes de regular todas as situações, eliminando quaisquer dúvidas que sobre elas pudessem pairar. Lembre-se que na tradição do *civil law*, em que se afirmava a supremacia do legislativo, a lei e os códigos deveriam ser tão claros e completos que não poderiam suscitar quaisquer dúvidas ao juiz.

O ordenamento jurídico brasileiro foi historicamente influenciado pelo sistema civilista, que valoriza a produção da norma. Dentre essas diversas leis produzidas, destacam-se os Códigos, os quais foram idealizados para prever o máximo de situações possíveis, a fim de diminuir a atividade criativa do magistrado e de supostamente conferir segurança jurídica

aos cidadãos. Com o passar do tempo, entretanto, tal propósito legalista apresentou falhas, dada a impossibilidade lógica de o Poder Legislativo prever todas as situações do cotidiano, cabendo ao magistrado, no confronto com o caso concreto, interpretar as leis existentes para solucionar a demanda que lhe foi proposta.

Contudo, o conhecimento de toda a legislação brasileira, além de tarefa árdua, é, desnecessário para a previsibilidade e para a tutela da segurança. No Brasil, embora de tradição civilista romano-germânica, percebe-se que a decisão judicial não é mera aplicação da norma jurídica (como o imaginário jurídico pode pensar), pois possui caráter inegavelmente criativo e não pode ser prevista a partir do mero conhecimento dos textos das normas gerais e abstratas; sendo inerente à decisão judicial um significativo grau de imprevisibilidade.

Assim, seja porque as normas gerais e abstratas são, em grande medida, abertas e indeterminadas, seja porque a tomada de decisão pelos juízes é frequentemente influenciada por inúmeros fatores outros que não apenas os textos daquelas citadas normas, as decisões judiciais, mesmo no *civil law*, não são mera reprodução do seu conteúdo, que nem sequer pode ser considerado pronto e acabado.

O próprio *common law* não relaciona a previsibilidade com o conhecimento das leis, mas com previsibilidade das decisões do Poder Judiciário. Em síntese, podemos afirmar que a previsibilidade não depende da norma em que a ação se funda, mas da sua interpretação judicial, razão pela qual temos que a segurança jurídica está intrinsecamente relacionada à decisão judicial e não à norma jurídica em caráter abstrato, ou seja, à concretização da norma no caso concreto.

Ademais, outra questão primordial é o modo como o *civil law* é efetivamente praticado no Brasil, já que faz parte do cotidiano jurídico saber que, dependendo da distribuição do processo, podemos ter uma sentença favorável ou desfavorável. Essa “liberdade”⁴ dada ao magistrado no nosso sistema judicial, que pode decidir com base em suas íntimas convicções⁵, estimula a litigiosidade, o acúmulo de ações e a morosidade do Judiciário brasileiro.

Por essa tradição do direito brasileiro, temos, de fato, a nítida sensação de que o *commom law* é capaz de fornecer maior previsibilidade em suas decisões.

⁴ Ressaltamos que discutiremos adequadamente essa questão da liberdade de decidir do magistrado em momento mais oportuno, ao longo do nosso texto.

⁵ Muitas vezes, o magistrado busca qualquer jurisprudência, por mais antiga e remota que seja, para fundamentar sua decisão, como se ao apontar “não sou o único que pensa assim”, estivesse fundamentando adequadamente sua decisão.

Todavia, é importante salientar que os precedentes judiciais vinculantes também necessitam ser interpretados e, portanto, reduzem, mas não eliminam, as incertezas do Direito. Os precedentes evoluem na medida em que se submetem, ao longo do tempo, à interpretação, como demonstramos no segundo capítulo.

Chegamos à conclusão inicial de que o conhecimento das normas jurídicas não é pressuposto para a previsibilidade, entretanto, a interpretação convergente das normas, ou melhor, o caráter uníssono de interpretação, certamente é requisito para a previsibilidade. Novamente, não defendemos a situação de transformar os juízes em robôs, com decisões prontas e idênticas; argumentamos que se deve minimizar o máximo possível, as divergências interpretativas acerca das normas, colaborando-se, assim, para a proteção da previsibilidade, indispensável ao encontro da segurança jurídica.

Para os defensores da adoção do sistema de precedentes no Brasil, a forma de conseguir tal objetivo seria através da efetividade do sistema jurídico em sua dimensão de capacidade de permitir a previsibilidade. Para Osmar Mendes Paixão Cortes (2009, p. 221), “de nada adiantaria um corpo de normas gerais se, na aplicação, houvesse arbitrariedade, imprevisibilidade e instabilidade: a segurança jurídica liga-se, portanto, à existência de normas e à sua aplicação de forma estável e previsível.”

Nesse aspecto, o sistema jurídico brasileiro caminha no contrafluxo, pois não é capaz de produzir níveis aceitáveis de previsibilidade. Segundo Marinoni (2010a, p. 216):

Há alguma preocupação, na ordem jurídica brasileira, com a previsibilidade. Neste sentido, podem ser citadas as normas constitucionais que prevêm as funções do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, de uniformizar a interpretação da lei federal e de “afirmar” o sentido das normas constitucionais. Deixando-se de lado a questão relacionada ao Supremo, torna-se estarrecedor perceber que a própria missão de garantir a unidade do direito federal, atribuída e imposta pela Constituição ao Superior Tribunal de Justiça, é completamente desconsiderada na prática jurisprudencial brasileira. **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.** Resultado disso, como não poderia ser diferente, é o completo descaso dos juízes de primeiro grau de jurisdição e dos Tribunais Estaduais e Regionais Federais em relação às decisões tomadas pelo Superior Tribunal de Justiça. Isso configura um atentado contra a essência do direito e contra a efetividade do sistema jurídico. Como é óbvio, também porque a segurança jurídica é direito fundamental e subprincípio concretizador do princípio do Estado de Direito, tais decisões não podem ser ignoradas, admitindo-se a sua fácil e constante alteração no âmbito da Corte e permitindo-se que os juízes de primeiro grau e tribunais ordinários possam livremente delas discordar ou sequer considerá-las. (Grifo nosso).

No Brasil, temos uma situação, que pode ser considerada quase caótica, no que concerne à previsibilidade e estabilidade das decisões. Pensamos, inclusive, que os operadores do Direito não relacionassem a segurança jurídica e previsibilidade como requisitos indispensáveis à decisão judicial.

No sistema do *common law*, existe uma grande preocupação com a previsibilidade, como imprescindível para a segurança jurídica das relações. O sistema de precedentes é defendido nos Estados Unidos e Inglaterra (o sistema de precedentes nesses dois países não é igual, mas possui muitos pontos de convergência), tendo por fundamento a máxima de que a certeza jurídica seria a mais importante causa para a instituição do *stare decisis* ou para o estabelecimento de um sistema de precedentes vinculantes.

Cumpramos ressaltar que a previsibilidade, embora aqui relacionada com as decisões judiciais, promove, em amplo aspecto, a confiabilidade do cidadão nos seus próprios direitos, uma vez que permite a concretização da cidadania, através do conhecimento dos direitos e deveres do brasileiro.

O segundo aspecto sob o qual a segurança jurídica deve ser observada é a perspectiva da estabilidade. Ao contrário da ideia de rigidez e imobilidade, a estabilidade estaria relacionada à continuidade, ausência de interrupção abrupta, ou seja, a estabilidade denota que as decisões judiciais tenham uma continuidade, para que mesmo suas mudanças (quando necessárias aos fins de atualização do Direito às transformações sociais) sejam coerentes, em respeito aos precedentes. Obviamente, essa estabilidade não seria desejável somente na legislação e normas produzidas; as decisões judiciais também deveriam ser dotadas de estabilidade, pois, como expressão de poder, não podem ser desconsideradas pelo próprio judiciário.

Em nosso entendimento, seria uma tarefa inerente à função do órgão judicial, pois a estabilidade é sinônimo de congruência e, principalmente, de distribuição de justiça, como corrobora Marinoni (2010a, p. 218):

Não apenas o juiz e o órgão judicial devem respeito ao que já fizeram, ou seja, às decisões que tomaram, mas também às decisões dos tribunais que lhes são superiores, claramente quando estes decidem conferindo interpretação a uma lei ou atribuindo qualificação jurídica a determinada situação. Trata-se de algo que além de advir da mera visualização da tarefa atribuída aos tribunais superiores, decorre da percepção da lógica do sistema de distribuição de justiça e da coerência que se impõe ao discurso do Poder Judiciário.

Portanto, esta incumbência implica em uma percepção ampla do sistema jurídico em sua dimensão de capacidade de permitir a estabilidade, significa que os próprios magistrados, por exemplo, se vejam como peças de uma grande engrenagem, que não funciona autonomamente. Assim sendo, os juízes não podem decidir o que querem, conforme “pensam”, porque compete ao juiz decidir conforme um sistema jurídico do qual faz parte, superior a qualquer operador do direito, inerente à função do magistrado. Ser juiz não é apenas aplicar a lei, tentar decidir de forma justa, como “eu acho justo”. Ser juiz é anuir que se está imerso em um sistema maior que si mesmo, ao qual se deve reconhecimento e, acima de tudo, aquiescer que a justiça não está em decidir conforme se pensa individualmente; fazer justiça é colaborar com o exercício do dever estatal de prestar a adequada tutela jurisdicional.

3.2 Duplo grau de jurisdição: a quem tu serves?

A seguir, faremos algumas ponderações acerca do duplo grau de jurisdição, para, em seguida, correlacionar com nossa hipótese de que o duplo grau de jurisdição, da forma como é aplicado no Brasil, desfavorece a garantia da segurança e estabilidade jurídica.

Em síntese, como não é objetivo do nosso trabalho debater acerca das divergências doutrinárias da conceituação do duplo grau de jurisdição, adotamos a definição de Orestes Nestor de Souza Laspro⁶ (1995, p. 27) neste estudo, que conceitua o duplo grau de jurisdição “como o sistema jurídico em que, para cada demanda, existe a possibilidade de duas decisões válidas e completas do mesmo processo, emanadas por juízos diferentes, prevalecendo sempre a segunda em relação à primeira.”

A obrigatoriedade, enquanto garantia constitucional, do duplo grau de jurisdição é matéria controversa e divide a doutrina (DIDIER JÚNIOR, 2011), visto que não há, na Carta Constitucional de 1988, menção expressa ao duplo grau de jurisdição como princípio. Segundo Nelson Nery Jr. (1995), desde a primeira Constituição brasileira de 1824, nenhuma outra constituição o consagrou, ao menos expressamente:

[...] as constituições que se lhe seguiram (à de 1824), limitaram-se a apenas mencionar a existência de tribunais, conferindo-lhes competência recursal. Implicitamente, portanto, havia previsão para a existência do recurso. Mas, frise-se, não garantia absoluta do duplo grau de jurisdição. (p. 152).

⁶ Na citada obra, temos um debate bastante interessante os pontos positivos e negativos da adoção do duplo grau de jurisdição no direito civil.

Conquanto não se tenha previsão expressa, parte da doutrina defende a ocorrência, de maneira implícita, do duplo grau:

O princípio não é garantido constitucionalmente de modo expresso, entre nós, desde a República; mas a própria Constituição incumbe-se de atribuir a competência recursal a vários órgãos de jurisdição, prevendo expressamente, sob a denominação de tribunais, órgãos judiciais de segundo grau. [...] Casos há, porém, em que inexiste o duplo grau de jurisdição: assim, v.g., nas hipóteses de competência originária do Supremo Tribunal Federal, especificada no art.102, inc. I, da Constituição. Mas trata-se de exceções constitucionais ao princípio, também constitucional. A Lei Maior pode excepcionar suas regras. (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2005, p. 77, grifo nosso).

Desta feita, podemos identificar situações em que o duplo grau de jurisdição encontra limitações. A Constituição Federal de 1988 atribui a certos Tribunais competência originária. Além disso, as leis podem limitar o princípio, em nome da efetividade. É o caso, por exemplo, da apreciação direta, pelo Tribunal, do mérito da apelação em processo extinto sem julgamento de mérito (art. 515, § 3º, CPC). A legislação infraconstitucional impede o recurso de ofício em causas de pequeno valor, nos termos do art. 475, § 2º, CPC ou, ainda, em causas que julgarem procedentes os embargos à execução, desde que tais recursos estejam em confronto com jurisprudência do Plenário do STF ou Súmula do STF ou Tribunal Superior competente (art. 475, parágrafos 2º e 3º, CPC). Outro exemplo de minimização do duplo grau de jurisdição é o julgamento dos crimes de responsabilidade pelo Senado, pois o STF já decidiu que não ofende o princípio do duplo grau de jurisdição, a falta de recurso da decisão do órgão legislativo.

Segundo Didier Jr. e Cunha (2011), diversas são as críticas ao duplo grau de jurisdição, apontadas por respeitável doutrina, dentre elas, temos: a dificuldade de acesso à justiça, o desprestígio da primeira instância, a quebra da unidade do poder jurisdicional, gerando insegurança, a dificuldade da descoberta da verdade mais próxima possível da real e a inutilidade do procedimento oral.

A dificuldade de acesso à justiça pode ser visualizada na extenuante prolongação do processo judicial que, muitas vezes, representa uma denegação de justiça, trazendo elevados custos às partes e, costumeiramente, tornando um instrumento àqueles que demandam sem ter razão.

Como a grande maioria das decisões de primeira instância são recorríveis, as decisões dos magistrados de primeiro grau são praticamente desnecessárias à parte, em nada mudando seu cotidiano, como pondera Marinoni (1998, p. 215):

[...] o leigo, quando se depara com um juiz na instrução, e depois espera ansiosamente a sentença, imagina que ela terá algum efeito na sua vida. Entretanto, com o duplo grau, a decisão do juiz não interfere em nada na vida das pessoas; ela é, talvez, um projeto da única e verdadeira decisão: a do tribunal.

Assim, o magistrado de primeiro grau é um “coletor” de provas, sua opinião, que deveria valer muito, considerando que esteve em contato direto com as partes e com a produção de provas e, portanto, teria melhores condições de extrair a verdade dos fatos, pode ser completamente desconsiderada, uma vez que apenas no segundo grau a questão de mérito pertinente ao caso concreto será definitivamente decidida. Segundo Didier Jr. e Cunha (2011, p. 23): “assim, o primeiro grau seria uma ampla fase de espera, onde o processo seria ‘preparado’, instruído para a fase do julgamento definitivo, em sede de apelação, e somente para aquela parte que tem condições econômicas para chegar até esta fase.”

O duplo grau de jurisdição é ainda responsável pela inutilização do procedimento oral, pois todo o sistema processual se movimenta para a celeridade e oralidade, mas, ao final, deságua nos Tribunais (ou Turmas Recursais, por exemplo) que têm um procedimento escrito. Orestes Laspro (1995, p. 133) denuncia tal questão de forma magistral:

O sistema processual em vigor, portanto, se por um lado procura garantir a oralidade e seus consectários lógicos, a fim de que profira a sentença o julgador que participou do processo e teve contato direto com as provas, de outro possibilita que essa decisão seja substituída por uma decisão cujo prolator não teve nenhum contato com a produção das provas e que julga, portanto, com base na documentação dos atos processuais. Podemos concluir, então, que o procedimento em segundo grau é um procedimento escrito. Destarte, no sistema processual brasileiro, afasta-se com o duplo grau a grande vantagem do sistema oral que é a valorização da percepção do julgador, que, em contato direto com as partes e com a produção de provas, tem melhores condições de extrair a verdade dos fatos.

A respeito desse aspecto negativo do duplo grau de jurisdição, a doutrina sustenta que a apreciação do recurso, seja mantendo ou reformando a decisão, gera verdadeiro descrédito da atividade jurisdicional, um desprestígio da atuação do magistrado de primeiro grau. Segundo Orestes Laspro (1995, p. 116), “se através da jurisdição o Estado tem como principal objetivo a aplicação da vontade concreta da lei, as divergências entre as decisões de primeira e segunda instância apontam para um conflito na interpretação das normas, o que conduz à desestabilização de todo o sistema estatal.”

Por fim, diante de todo o exposto, Didier Jr. e Cunha (2011) concluem que o duplo grau de jurisdição seria um princípio, mas não consiste em uma garantia, pois a Constituição

se refere a ele, mas não dessa forma, limitando, assim, sua atuação, como citado anteriormente. Assim, entendemos que seria inconstitucional a abolição do direito de ação ou a garantia do contraditório, por exemplo, mas a restrição ao duplo grau de jurisdição, por não estar prevista expressamente e não ser absoluta, pode ocorrer, visto que não tem o *status* de garantia.

A própria origem do duplo grau de jurisdição nos permite refletir sobre sua suposta necessidade e obrigatoriedade. Marinoni (2010a) denuncia que o *double degré de juridiction*, surgiu, em verdade, de uma desconfiança dos magistrados de primeiro grau franceses, pois acreditava-se que os magistrados poderiam não aplicar a lei corretamente.

Sua origem remonta à formação da Corte de Cassação francesa, instituída pelos revolucionários, no ano de 1790, que tinha como objetivo limitar o poder dos juízes, cassando as decisões que julgasse divergentes da lei.

Nesse sentido, a Corte de Cassação foi criada dentro do contexto de instalação de um novo Parlamento, personificação de um novo regime, com o nítido objetivo de controlar o Poder Judiciário, que não representava os ideais revolucionários com a finalidade de garantir a correta aplicação da lei. Desta feita, a revolução francesa desejava limitar o Judiciário, para que interpretasse a lei conforme o entendimento do novo regime. Compreendia-se que competia ao magistrado a mera aplicação da lei.

Assim, como pensar em um sistema de precedentes, ou em respeito à decisão dos magistrados de primeiro grau, se o próprio duplo grau de jurisdição foi criado em uma atmosfera de desconfiança? Tal desconfiança ainda encontra vestígios nos dias de hoje? Acreditamos que sim.

Esta é a contradição em que estamos inseridos no direito brasileiro, pois percebemos a obrigatoriedade dos precedentes como um desrespeito à liberdade de convicção do juiz, mas simultaneamente defendemos o duplo grau de jurisdição, que é responsável pelo descrédito dos mesmos magistrados, uma vez que cabe aos Tribunais a decisão definitiva acerca do mérito da causa.

Nesse sentido, acreditamos ser realmente impossível uma prestação jurisdicional de qualidade com o expressivo número de recursos que aportam nos nossos tribunais superiores. Defendemos a utilização de mecanismos restritivos, ressalte-se, conjugados com outras mudanças que fariam do STF e do STJ tribunais não de solução de conflitos, função que deve ficar reservada para os Tribunais hierarquicamente inferiores, mas sim como Tribunais competentes para pronunciar julgamentos paradigmáticos, capazes de orientar não só todos os

órgãos do Judiciário, como os próprios cidadãos. Infelizmente, excede os limites dessa monografia a discussão de tais mecanismos restritivos.

No que concerne à ideia de desrespeito à liberdade de atuação do juiz, cumpre ressaltar que a tese de “decidir livremente”, da livre convicção do magistrado, não implica em decidir ao *libre alvedrio*. Não se pode confundir a independência do juiz (materializada no artigo 95 da CF/88) com a atuação divorciada do entendimento dos tribunais a que está vinculado, pois é parte integrante de um todo, o Poder Judiciário.

Um sistema judicial que funciona a partir do respeito aos precedentes não se propõe a afastar do juiz a liberdade na apreciação das provas e na forma como enxerga os fatos em julgamento. O sistema de precedentes apenas impõe a observância do juiz ao entendimento consolidado pelos tribunais sobre o direito aplicável à espécie, por todos os motivos anteriormente debatidos, mas unicamente se o caso apresentado a julgamento reunir as condições de fato que possibilitam a aplicação daquele entendimento. É nesse contexto que se aplicam as técnicas citadas no segundo capítulo, nas quais o magistrado faz a distinção entre o caso concreto e o paradigma, o chamado *distinguish*. Assim sendo, deve o magistrado fazer a identificação entre as razões de decidir constantes no precedente e as singularidades do caso concreto que tem em mãos. Nessa ordem de ideias, a vinculação do julgador a um precedente é fruto de sua própria atividade intelectual, após considerar que a questão a ele submetida é igual àquela já definida pelo Tribunal Superior em um julgamento anterior.

Portanto, o duplo grau de jurisdição, tão valorizado em nosso país, possibilita a desvalorização das decisões judiciais de primeiro grau, e contribui enormemente para a insegurança jurídica. Estimular aos juízes de primeiro grau a confrontar com os tribunais superiores e deixar de conceder autonomia a esses mesmos juízes para decidir as questões de menor complexidade (pois atualmente as partes que possuem condição financeira razoável recorrem de todo e qualquer tipo de ação) apenas deslegitima o poder dos magistrados e gera insegurança jurídica.

Tal desvalorização e insegurança, segundo Marinoni (2010a, p. 221-222) é rara nos países que adotam o sistema do *commom law*:

Saliente-se que, no *common law*, muito mais do que no *civil law* e, especialmente, do que no Brasil – que é um dos raros países no mundo em que o duplo grau ainda é endeuado –, confere-se importância e dignidade ao juiz de primeiro grau. Nos Estados Unidos, o juiz de primeiro grau goza de grande prestígio. O *trial-judge*, ao menos em nível federal, é considerado um magistrado que nada deve aos juízes das cortes superiores em termos de conhecimento e experiência. O sistema do *common law*, por confiar no juiz, confere-lhe poder para julgar sozinho inúmeras demandas. Basta lembrar

que, como regra, o *appeal* somente é admitido em hipóteses de erro de direito, consoante a ideia de limitar os poderes do juiz no *review*.

Por consequência, demonstrada a contradição entre a apologia ao duplo grau de jurisdição e a defesa da liberdade do juiz decidir em desrespeito ao entendimento sedimentado nos Tribunais Superiores, resta evidente que é necessário relativizar o duplo grau para respeitar os precedentes. Afinal, a quem serve o duplo de grau de jurisdição, aos juízes ou ao jurisdicionado? O poder do juiz não consiste em sua liberdade para decidir, nem os precedentes retiram a autonomia do magistrado, o poder do juiz “depende da circunstância dele fazer parte de um poder que se respeita, que é respeitado e que se faz respeitar.” (MARINONI, 2010a, p. 222).

4 ANÁLISE DOS PRINCIPAIS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E DESFAVORÁVEIS À ADOÇÃO DA TEORIA DOS PRECEDENTES NO BRASIL

Este último capítulo da monografia tem por objetivo analisar as propostas de adoção dos precedentes judiciais no Brasil por dois prismas. No primeiro deles, serão investigadas as principais vantagens normalmente atribuídas pela doutrina à adoção dos precedentes judiciais vinculantes. Com esse aspecto, destacamos, especialmente, os seus frequentemente apontados benéficos efeitos para a segurança jurídica, a celeridade processual, igualdade material, a eficiência e a legitimidade do Poder Judiciário (sob a ótica da redução da arbitrariedade judicial e à maior aceitabilidade social das decisões judiciais). De mesmo modo, serão discutidas as principais objeções à sistemática dos precedentes judiciais vinculantes, como a incompatibilidade com o sistema do *civil law*, o desprestígio à democracia interna no âmbito judicial, o engessamento do Direito, a possível injustiça dos precedentes, a violação dos princípios da separação dos poderes e da independência funcional dos juízes.

Nosso objetivo final é que, como resultado da investigação a que serão submetidos esses argumentos seja possível contribuir para uma discussão mais esclarecida acerca das razões ou não para se desejar a adoção, no Brasil, da teoria dos precedentes vinculantes, à luz da segurança jurídica. Nossa hipótese é que a adoção de uma doutrina dos precedentes judiciais vinculantes no sistema processual brasileiro pode ser de grande contribuição para a promoção da igualdade, confiança e previsibilidade do Direito, exigidas pelo princípio da segurança jurídica, desde que observadas algumas questões, conforme apontamos a seguir.

4.1 Análise dos principais argumentos favoráveis à adoção dos precedentes vinculantes no Brasil

Um dos primeiros argumentos favoráveis citados pela doutrina é o aumento do nível de segurança jurídica. No capítulo anterior, defendemos que o estudo da segurança jurídica deve ser deslocado das normas gerais e abstratas para as decisões judiciais, e que a adoção de uma doutrina dos precedentes judiciais vinculantes no sistema processual brasileiro pode ser de grande contribuição para a promoção da igualdade, confiança e previsibilidade do Direito, exigidas por aquele princípio.

Discutimos que as decisões judiciais criam direito, com conteúdo que não pode ser previsto a partir do conhecimento dos textos das normas gerais e abstratas, defendemos a

necessidade de se implementar medidas orientadas para a ampliação da previsibilidade das decisões judiciais para que os cidadãos alcançassem um nível aceitável de segurança jurídica.

Nesse contexto, defendemos que a sistemática de precedentes judiciais vinculantes é uma dessas medidas eficazes para a promoção da segurança jurídica no Direito brasileiro, a partir do incremento da previsibilidade das decisões judiciais.

De fato, esse aspecto já foi amplamente debatido por nós no capítulo anterior, restando apenas enfatizar que os precedentes, por si só, nada significam, em termos de aumentar ou diminuir a segurança jurídica. Afinal, como esclarecemos, o sistema de precedentes, visto em caráter amplo, significa a inclusão de uma nova perspectiva em direito, um implemento de uma visão diferente, um sentimento de pertença inculcado em cada magistrado de que é parte de algo maior que si mesmo, o Poder Judiciário. Enfim, a adoção dos precedentes, em sua amplitude, exige, por parte da doutrina, urgente elaboração da hermenêutica, dos instrumentos legais e mesmo o ensino jurídico desta nova realidade, sob pena da ruína do sistema. Caso contrário, estaria a adoção dos precedentes fadada ao fracasso, no que concerne ao aumento do nível de segurança jurídica.

Um aspecto interessante que cabe demarcar é o fator de racionalização que a adoção dos precedentes impõe a jurisprudência, como uma uniformização em meio à quantidade e variedade de casos que são discutidos nos Tribunais.

Além da segurança jurídica, a igualdade perante as decisões judiciais é outro benefício extremamente relevante decorrente da prática de respeito aos precedentes judiciais por juízes e tribunais.

Leonardo Greco (2006, p. 296) afirma que “o direito fundamental à igualdade não se limita a um direito perante a lei, a que corresponde um dever imposto ao legislador, mas inclui a igualdade na lei, ou seja, na sua aplicação, por parte dos administradores e do próprio Judiciário.”

Marinoni (2010a) leciona que se pode falar em igualdade ao processo, em igualdade no processo e em igualdade diante das decisões judiciais. A primeira circunstância é representada, sobretudo, pela isonomia de acesso à jurisdição. A igualdade no processo refere-se à “paridade de armas” e de oportunidade de convencimento do juiz, no curso do processo judicial. A igualdade diante das decisões judiciais é pertinente à uniformidade de entendimentos, demandando decisão judicial igual para os casos iguais. Para Marinoni (1998, 2010a), no Brasil, a igualdade diante das decisões judiciais é negligenciada, sendo que é

insuficiente o atendimento dos outros dois primeiros aspectos que compõem a “igualdade perante a jurisdição”, se não se alcança a igualdade diante das decisões judiciais.

A igualdade jurídica material não se realiza ao nível do abstrato com prescrições genericamente formais, mas ao nível da realização concreta e com atenção às condições e circunstâncias reais dos problemas. A igualdade pretendida não é uma igualdade legislativa, mas uma igualdade de realização concreta das normas jurídicas.

No terceiro capítulo, debatemos que os precedentes judiciais vinculantes intencionam uniformizar entendimentos no âmbito do Poder Judiciário e, dessa forma, assegurar a igualdade de tratamento dos jurisdicionados perante as decisões judiciais.

Para obter-se essa igualdade perante as decisões judiciais, a sistemática dos precedentes judiciais vinculantes aufere grande importância aos detalhes fáticos do caso em exame, uma vez que a aplicação do precedente judicial é obrigatoriamente contextualizada, pois o magistrado deve fazer a identificação entre as razões de decidir constantes no precedente (paradigma) e as singularidades do caso concreto que tem em mãos.

Essa faticidade inerente à aplicação correta dos precedentes judiciais parece ser, inclusive, o principal critério pelo qual a eles não devem ser estendidas as críticas do instituto dos assentos portugueses ou das súmulas vinculantes brasileiras (sendo que estes dois institutos em muito se assemelham). Segundo Streck e Abboud (2014), diferentemente da sua contextualizada aplicação proposta pela doutrina do *stare decisis*, os assentos e as súmulas vinculante são incapazes de promover igualdade de realização concreta, pois são meros enunciados genéricos e abstratos vinculantes de aplicação desconectada dos fatos que lhe deram origem. Cumpre ressaltar que embora Streck e Abboud (2014) demarquem distinções entre os precedentes e as súmulas vinculantes, estes autores tecem diversas críticas à adoção dos precedentes no direito brasileiro, sobre as quais nos debruçaremos mais adiante neste trabalho.

Para os defensores da adoção da teoria dos precedentes judiciais, é impossível a igualdade diante das decisões judiciais e a obtenção de um nível adequado de previsibilidade, confiança e segurança do Direito sem o respeito aos precedentes judiciais.

Neil Duxbury (2008), Marinoni (2010a) e Brenner e Spaeth (2006) ainda apontam alguns malefícios por não se seguir os precedentes judiciais, tais como: a) o desgaste da parte que obteve decisão favorável aos seus interesses, mas contrária a um precedente de órgão judicial superior e que, por isso mesmo, será adiante reformada; b) o maior custo financeiro com advogados, custas recursais, dentre outros; c) a sobrecarga e morosidade do Judiciário,

em razão da necessidade de cada juiz repensar constantemente o mérito de uma mesma questão jurídica e do prosseguimento, até os Tribunais superiores, de processos que, poderiam encerrar-se nas instâncias inferiores, caso as partes não especulassem a provável obtenção de um resultado diferente nos tribunais superiores, já que os entendimentos destes já teriam sido seguidos⁷; d) há o incentivo à chamada justiça lotérica, em que as partes arriscam, tentam obter decisões procedentes em demandas, com fundamento na contrariedade de decisões; e) desestímulo aos acordos judiciais.

Nogueira (2014) argumenta, ainda, como favorável à adoção dos precedentes, o aumento do grau de imparcialidade do juiz, diminuindo a corrupção judicial. Inicialmente, pensamos que esta questão talvez não fosse tão relevante no contexto mundial, afinal, parecemos tão brasileira tal ideia, mas o autor tece diversas considerações fundadas em relatório das Organizações das Nações Unidas (ONU), através do Grupo de Integridade Judicial, que esclarece a grande preocupação da Comissão como a “frequência e extensão do fenômeno da corrupção dentro do Judiciário em torno do mundo”, convencendo-nos da relevância de seu argumento.

Para o autor, a naturalidade das decisões contraditórias é ambiente oportuno para a atuação de juízes parciais, porém se tivermos um sério e fundado sistema de aplicação de precedentes será muito mais difícil para o “corrompido juiz” justificar sua decisão, pois necessitaria de fortes argumentos para justificar o afastamento da aplicação do precedente. O autor ilustra a situação com um suposto devedor de alimentos, que oferece uma vantagem indevida ao magistrado para evitar ser preso. No exemplo ficto, a prisão civil do devedor de alimentos, no mesmo contexto do caso narrado, é prevista em um precedente judicial. Assim, esclarece Nogueira (2014, p. 83):

Caso o juiz, o mau juiz, diga-se de passagem, resolva ceder à pressão, tentado pela desvantagem que lhe foi prometida ou já entregue, queira livrar o devedor da prisão, ele terá que contrariar os precedentes, sendo que a situação se agrava se o próprio juiz já tiver decidido casos semelhantes no mesmo sentido dos precedentes. **Na verdade, a vinculação aos precedentes, como dito, não evita a corrupção, ou seja, não é porque resolvemos adotar um sistema de precedentes que desaparecerá a corrupção no Judiciário, mas uma das vantagens desse sistema é que ele dificulta a prática da corrupção judicial.** (Grifo nosso).

⁷ A desfuncionalidade do sistema judicial, leva ao distanciamento entre o juiz e a sociedade/cidadão e concorre também para manutenção de um sistema que reproduz vertiginosamente conflitos judiciais, materializados em um número inadministrável de processos. O STJ, por exemplo, teve somente no ano de 2013 o total de 309.677 processos distribuídos. Uma amostragem desses números, no STJ, pode ser encontrada no “Boletim Estatístico do Superior Tribunal de Justiça”, disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/sumario.asp>>.

Seria, assim, no entendimento do supracitado autor, mais fácil favorecer uma parte se é possível ao magistrado optar por fundamentar a sua decisão com qualquer entendimento jurídico, como fazemos com a colagem de jurisprudências em decisões, sem compromisso algum com a aplicação de um mesmo precedente judicial a todos os casos fundamentalmente similares.

Para Duxbury (2008), a influência dos atributos pessoais do julgador sobre o conteúdo da decisão judicial é bastante diminuída se o juiz se encontra vinculado a adotar a mesma solução tomada pelo órgão judicial autor de um precedente aplicável ao caso concreto. Desta feita, se não se espera que os juízes tratem os precedentes judiciais como vinculantes, a capacidade do Direito de evitar arbitrariedades judiciais seria significativamente reduzida.

Sob esta linha de raciocínio, cumpre enxergar o princípio do *stare decisis* e o reconhecimento da força vinculante dos precedentes judiciais como um instrumento de grande legitimação da atividade judicial.

4.2 Análise dos principais argumentos desfavoráveis à adoção dos precedentes vinculantes no Brasil

Os principais argumentos desfavoráveis aos precedentes judiciais vinculantes, encontrados na doutrina, são os de suposta dicotomia entre as famílias jurídicas do *civil law* e *common law*, engessamento do Direito, o precedente como propagador de injustiça, a violação dos princípios da separação de poderes, a liberdade de decidir do magistrado e desprestígio à democracia interna no âmbito judicial.

O primeiro argumento é de que os precedentes vinculantes seriam um mecanismo intrinsecamente ligados ao *common law*, que pressupõem o reconhecimento do caráter criativo das decisões judiciais, algo que seria dissonante das características do *civil law*, pois tal sistema estaria baseado na premissa da natureza meramente declaratória das decisões judiciais.

Entretanto, no terceiro capítulo deste trabalho já demonstramos que mesmo no *civil law* não temos um caráter meramente declaratório da decisão judicial. De fato, o *common law* tem como metodologia o “*case method*, que é radicalmente diferente do método dedutivo preponderante no *civil law*.” (STRECK; ABBOUD, 2014, p. 32). Entretanto, para Streck e Abboud (2014), o problema de interpretar o direito como atividade reprodutiva de vontade da lei ou do legislador não tem como palco a dicotomia *civil law* ou *common law*. O que

verdadeiramente funciona como pano de fundo dessa questão é o paradigma da interpretação judicial, a saber, o positivismo por meio do qual se postula a possibilidade de solucionar questões jurídicas através de silogismo, dispensando-se a interpretação. Obviamente, existem positivistas tanto no *common law* quanto no *civil law*.

A questão de a decisão judicial ser meramente declaratória, portanto, é um falso problema, pois a hermenêutica jurídica há tempos, através do giro ontológico-linguístico, com as obras de Wittgenstein, Gadamer, dentre outros, demonstrou a impossibilidade de se extrair um sentido intrínseco ao texto jurídico. Na verdade, desde que a hermenêutica e a filosofia se preocupam acerca da linguagem, sabemos que não se trata de extrair sentido da norma, ou mesmo se atribui “o” sentido, a tarefa do intérprete do direito é atribuir sentidos.

Por tal razão, tanto o *civil law*, quanto o *common law* consideram que o conteúdo da decisão judicial não é fruto de um raciocínio mecânico, silogístico, automático que se limita a espelhar, na solução do caso concreto, o exato conteúdo de uma norma jurídica geral e abstrata emanada do legislador, como se acreditou em outros tempos. A questão se refere ao intérprete, se positivista ou não, e não ao sistema processual em si. Tudo isso permite perceber a inexistência do óbice apontado e ora examinado.

Ainda sobre essa questão, deixamos as palavras de Didier Jr., que denuncia que não somos tão “*civil law*” assim, e que, a adoção dos precedentes é uma importação americana, mas se observamos os exemplos trazidos pelo autor, “importamos” muito mais do que imaginamos. Somos “miscigenados”, diz o autor e este não seria fato isolado e único no direito brasileiro. Se tais “importações” são problemáticas ou não, isso discutiremos mais à frente, mas adiantamos que é tema amplo, para um outro trabalho. Importa ressaltar que o simples incômodo de se trazer um instituto americano porque não é do *civil law* não é um argumento necessariamente válido. Eis o excelente comentário de Didier Jr. (2011, p. 42-43):

O sistema brasileiro tem uma característica muito peculiar, que não deixa de ser curiosa: temos um direito constitucional de inspiração estadunidense (daí a consagração de uma série de garantias processuais, inclusive, expressamente, do devido processo legal) e um direito infraconstitucional (principalmente o direito privado) inspirado na família romano-germânica (França, Alemanha e Itália, basicamente). Há controle de constitucionalidade difuso (inspirado no *judicial review* estadunidense) e concentrado (modelo austríaco). Há inúmeras codificações legislativas (*civil law*) e, ao mesmo tempo, constrói-se um sistema de valorização dos precedentes judiciais extramente complexo (súmula vinculante, súmula impeditiva, julgamento modelo para causas repetitivas, etc), de óbvia inspiração no *common law*. Embora tenhamos um direito privado estruturado de acordo como o modelo de direito romano, de cunho individualista, temos um microssistema de tutela de direitos coletivos dos mais avançados e complexos do mundo;

como se sabe, a tutela coletiva de direitos é uma marca da tradição jurídica do *common law* [...]. Os problemas jurídicos repetem-se nos mais diversos recantos do mundo. O ser humano é muito parecido, seja ele japonês, norte-americano, índio, judeu, ateu, brasileiro. A solução desses problemas variará, obviamente, conforme os modelos teóricos e os aspectos culturais de cada país. Assim, por exemplo, os problemas relacionados à boa-fé processual são resolvidos nos Estados Unidos pela cláusula do devido processo legal; na Alemanha, pela expansão do § 242 do BGB (Código Civil alemão) aos “domínios não-civis”, e assim sucessivamente. Muitas vezes a discussão doutrinária é puramente terminológica. A questão da ilicitude do comportamento contraditório, por exemplo, foi, na Alemanha, resolvida pelo desenvolvimento da proibição do *venire contra factum proprium*; na Espanha e na Argentina, pela doutrina de *lós actos propios*; e nos países do *common law*, pelo *estoppel*. [...] Trata-se da mesma solução, com nomes e pressupostos teóricos diversos. A observação é muito importante. O Direito brasileiro, como seu povo, é miscigenado. E isso não é necessariamente ruim. Não há preconceitos jurídicos no Brasil: busca-se inspiração nos mais variados modelos estrangeiros, indistintamente. [...] Enfim, para bem compreender o Direito processual civil brasileiro contemporâneo não se pode ignorar essa circunstância: é preciso romper com o “dogma da ascendência genética”, não comprovado empiricamente, segundo o qual o Direito brasileiro se filia a essa ou àquela tradição jurídica.

O próximo argumento a ser discutido é o do engessamento do Direito (NOGUEIRA, 2014; MARINONI, 2010a, 2010b; STRECK, 2014), em virtude da adoção dos precedentes judiciais vinculantes. Essa alegação também não deve prosperar, em razão do que apontamos no segundo capítulo, ou seja, das demonstrações dos diversos mecanismos de modificação, superação, afastamento e evolução interpretativa dos precedentes, como *distinguishing*, *overruling*, *overriding*, dentre outros existentes na sistemática dos precedentes judiciais vinculantes, os quais garantem a estabilidade do Direito, bem com sua flexibilidade, necessárias para o equilíbrio entre segurança jurídica e dinamismo, para melhor adequação às diversas mudanças sociais.

O suposto engessamento do Direito, em especial do magistrado, além do que já debatemos no terceiro capítulo, é também argumentado no sentido de que a vinculação dos precedentes dos órgãos superiores seria um desprestígio à “democracia interna do tribunal” (STRECK; ABOUD, 2014), porque deixaria na mão de poucos, a saber os ministros do STF, no que concerne às questões constitucionais, e do STJ, tratando de matéria infraconstitucional, o arbitramento da melhor interpretação das normas.

Mas tal situação já ocorre no Poder Judiciário, pois a concentração da interpretação do direito nos Tribunais Superiores já existe, sendo previsto constitucionalmente o sistema recursal hierarquizado. Porém, o que aconteceria com a adoção da doutrina do *stare decisis* seria apenas que, após os órgãos judiciais superiores formarem um entendimento sobre um

determinado tema jurídico, tal decisão passaria a ser respeitada pelos órgãos judiciais inferiores, por razões de segurança jurídica, igualdade substancial dos cidadãos, celeridade processual, eficiência. Assim, evitar-se-ia a crucial tarefa dos jurisdicionados de esgotar todos os recursos possíveis, prolongando o curso do processo, para chegar-se à mesma conclusão.

Ademais, os precedentes somente ocorreriam quando a questão já tiver sido decidida pelas instâncias inferiores e alcançado as instâncias superiores em grau de recurso. Dessa maneira, o tema já terá tido debate jurídico nos órgãos judiciais inferiores suficiente para que as argumentações traçadas nos julgados possam influenciar o entendimento a ser formado pelos tribunais superiores. Por conta da própria lógica da hierarquia judicial, um órgão judicial inferior normalmente já teria elaborado um precedente sobre ele, quando o órgão judicial superior vier a formar seu próprio precedente. Portanto, a “liberdade de decidir” do juiz ou tribunal só passa ser limitada após a formação do precedente pelos tribunais superiores.

Nogueira (2014) sugere que deve ser ampliada a participação da sociedade no debate jurídico travado nos tribunais superiores na formação de precedentes judiciais, como forma de fomentar o caráter democrático do processo de formação de precedentes, apontando como alternativas: a prévia divulgação para a sociedade dos pontos a serem debatidos, a formação de audiências públicas, a exposição dos fatos da causa desde a origem, a ampliação das hipóteses de intervenção do *amici curiae*, dentre outras. Ressaltamos que nos filiamos a essas e outras sugestões apontadas pelo autor.

No que tange à argumentação de que um precedente pode ser propagador de injustiça (NOGUEIRA, 2014), deve-se, primeiramente, considerar que a utilização do critério do risco de injustiça para justificar que os precedentes dos órgãos judiciais superiores não sejam obrigatoriamente seguidos, promoveria a injustiça, pois acarretaria o que amplamente já debatemos no terceiro capítulo: a egoística possibilidade de que cada juiz decida diferentemente uma questão, com fundamento em seu individual sentimento de justiça e suas íntimas convicções. Ademais, as técnicas de superação dos precedentes nos permitem demonstrar as possibilidades de mudança, em caso de um precedente injusto.

A doutrina também aponta como crítica a adoção da teoria dos precedentes a suposta lesão ao princípio da separação dos poderes, pois o Poder Judiciário usurpava uma função exclusiva do Poder Legislativo, aquela de editar leis (FILIPPO, 2010). Tal afirmação seria equivocada, pois funda-se na ideia de que precedentes judiciais seriam leis. Em verdade, os

precedentes são meras decisões judiciais, produtos da função típica do Poder Judiciário, não se confundindo com leis, que são produto da função legislativa e vinculam todos os cidadãos e todos os poderes. O caráter vinculante dos precedentes que possuem força vinculante apenas no âmbito do Poder Judiciário, é motivado por questões de segurança jurídica, já amplamente debatido e, repetimos, os precedentes não devem ser obrigatoriamente seguidos pelos magistrados, caso haja distinções entre o caso paradigma e o caso concreto sob análise. Assim sendo, seriam os precedentes um comando atento aos detalhes fáticos, não essencialmente abstrato.

A sistemática dos precedentes judiciais vinculantes é, ainda, frequentemente acusada de ser incompatível com o princípio da independência funcional dos juízes. Como já mencionamos, não se pode confundir a independência do juiz (materializada no artigo 95 da CF/88) com a atuação divorciada do entendimento dos tribunais a que está vinculado, uma vez que ele é parte integrante de um todo, o Poder Judiciário.

Um sistema judicial que funciona a partir do respeito aos precedentes não se propõe a afastar do juiz a liberdade na apreciação das provas e na forma como enxerga os fatos em julgamento. O sistema de precedentes apenas impõe a observância do juiz ao entendimento consolidado pelos tribunais sobre o direito aplicável à espécie, por todos os motivos anteriormente debatidos, mas unicamente se o caso apresentado a julgamento reunir as condições que possibilitam de fato a aplicação daquele entendimento. Assim, teríamos um juiz integrante do Poder Judiciário que respeita, acima de tudo, o contexto de formação de um precedente.

Como leciona Dworkin (2000, p. 238):

Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou tema da prática até então.

Ademais, cumpre refletir, que se os precedentes podem, ao final de todo esse processo, retirar liberdade do magistrado em decidir, entendemos que, se os precedentes forem elaborados como devem ser, não seria uma limitação em prol de um bem maior? Acreditamos que em nome da segurança jurídica, igualdade, celeridade processual e outros

valores tão discutidos nesse texto, a referida limitação é mínima, se considerada as benesses que traria. Afinal, o sistema processual não foi criado para os juízes, e sim para os jurisdicionados, como forma de distribuição de justiça. Mas se os precedentes forem deturpados, desvirtuados, se os tribunais pátrios derem um jeitinho brasileiro à teoria dos precedentes, de fato, se evapora toda essa defesa traçada nessas linhas.

Dallari (2007, p. 47) denuncia que “longe de ser um privilégio para os juízes, a independência da magistratura é necessária para o povo, que precisa de juízes imparciais para harmonização pacífica e justa dos conflitos de direitos.” Não se trata, portanto, de um privilégio de uma categoria profissional a ser mantido custe o que custar, ainda que em grave prejuízo dos cidadãos em cujo exclusivo interesse existe. O que temos em discussão é que a imparcialidade da jurisdição é bastante ampliada pela adoção dos precedentes judiciais vinculantes, na medida em que esses restringem a discricionariedade do julgador e impõem coerência interna no âmbito judicial, reduzindo o risco de arbitrariedade e promovendo a uniformidade das interpretações dos juízes e tribunais sobre uma mesma questão de direito.

Uma vez que se presume que a decisão judicial que estabeleceu o precedente foi imparcial, o órgão de primeiro grau, ao segui-lo de maneira obrigatória, também estará decidindo imparcialmente.

Para Luiz Guilherme Marinoni (2010b, p. 206-207):

Um organismo que tem manifestações contraditórias é, indubitavelmente, um organismo doente. Portanto, é preciso não confundir independência dos juízes com ausência de unidade, sob pena de, ao invés de se ter um sistema que racional e isonomicamente distribui justiça, ter-se algo que, mais do que falhar aos fins a que se destina, beira a um manicômio, onde vozes irremediavelmente contrastantes, de forma ilógica e improdutora, se digladiam. O juiz e os órgãos judiciários são peças dentro do sistema de distribuição de justiça. Para que este sistema possa realmente funcionar em um Estado de Direito, cada um dos juízes deve se comportar de modo a permitir que o Judiciário realmente possa se desincumbir dos seus deveres perante os cidadãos, prestando a tutela jurisdicional de forma isonômica e com coerência. Deveria ser evidente, mas não é, que o cargo de juiz não existe para que aquele que o ocupa possa proferir “a sua decisão”, mas para que ele possa colaborar com a prestação jurisdicional – para o que a decisão, em contraste ao precedente, nada representa, constituindo, em verdade, um desserviço.

O processo é um instrumento para que o jurisdicionado tenha os seus direitos efetivados e os poderes dos juízes existem exclusivamente em razão da devida concretização desses direitos.

Na mesma direção, defende Teresa Arruda Alvim Wambier (2011, p. 4) que:

É familiar à nossa época a ideia de que não há direitos ilimitados. Até a propriedade, hoje, há de exercer sua função social. A noção de abuso do direito tem-se estendido a todos os campos, até ao próprio processo. E aqui, veja-se, a liberdade do juiz está sendo limitada em nome de princípios cuja aplicação tem expressivo alcance social, principalmente os da previsibilidade e da segurança jurídica. A súmula vinculante é, **sem dúvida, uma das formas de pôr limites à liberdade de decidir do juiz. E de, paradoxalmente, dar mais valor ao Judiciário como um todo, que, agindo sem coesão e harmonia, demonstra sua fragilidade e perde a respeitabilidade, decepcionando a sociedade.** (Grifo nosso).

No mesmo sentido, sustenta Neil Duxbury (2008, p. 166): “[...] a vinculação dos órgãos judiciais aos precedentes, paradoxalmente, ao limitar a autoridade de um juiz acaba a reforçando, porque os cidadãos tendem a mais facilmente aceitar – e nelas confiar – as decisões de um julgador que não insiste em exercer poderes irrestritos.”

Segundo Thiago Baldani Gomes de Filippo (2010, p. 109):

Ao contrário do que possa parecer, a adoção de súmulas vinculantes pelo magistrado de primeiro grau implica em prestígio deste, pois, seguindo a orientação dominante da Corte, dificilmente sua sentença será reformada, afinando-se, afinaria também com uma prestação jurisdicional mais célere e menos burocratizada, com a possibilidade, inclusive, de o magistrado rejeitar o recurso na origem, se em flagrante afronta à súmula vinculante do Tribunal que embasou o julgamento. Com o passar do tempo, a prática também assentaria na comarca o pensamento de que não adianta recorrer, pois dificilmente a sentença será reformada, prestigiando-se, assim, as decisões proferidas em primeiro grau de jurisdição.

Ademais, não custa lembrar que os precedentes judiciais vinculantes necessitam ser adequadamente interpretados pelos magistrados. Os juízes mantêm uma margem de discricionariedade na definição da solução a ser dada aos casos por eles julgados, afastando, por exemplo, a aplicação de um precedente (DUXBURY, 2008).

Desta feita, as objeções opostas contra a doutrina do *stare decisis* não resistem a uma análise mais pormenorizada, quanto mais se esta for sopesada com as razões para a adoção dos precedentes judiciais vinculantes, como o fomento da segurança jurídica, a isonomia material perante as decisões judiciais, a celeridade processual e a diminuição da arbitrariedade judicial.

Contudo, antes de encerramos, convêm algumas advertências.

Primeiramente, não se admite uma visão ingênua dos precedentes judiciais vinculantes como meio de eliminação de toda a incerteza na aplicação judicial do Direito. Eles devem ser percebidos como um instrumento – dentre vários outros que devem ser imaginados e efetivados – capaz de contribuir com o desejável aumento da segurança jurídica

e igualdade material, sem a pretensão de configurar uma mágica solução para o problema da insegurança jurídica em sua totalidade.

Por fim, cumpre destacar o temor das adaptações, dos “jeitinhos brasileiros”. Obviamente, o ecletismo, a miscigenação processual brasileira, citada anteriormente, não é uma coisa ruim em si mesma. Entretanto, tememos os “jeitinhos”. Dito em outros termos: é preciso estar atento ao perigoso ecletismo pelo qual passa o sistema jurídico brasileiro, buscando a “fórmula” dos precedentes, sem a correspondente obrigatoriedade da motivação/justificação.

Como denuncia Streck (2007, p. 42):

Destarte, as decisões devem estar justificadas e tal justificação deve ser feita a partir da invocação de razões e oferecendo argumentos de caráter jurídico, assinala Ordóñez Solis. O limite mais importante das decisões judiciais reside precisamente na necessidade da motivação/justificação do que foi dito. O juiz, por exemplo, deve expor as razões que lhe conduziram a eleger uma solução determinada em sua tarefa de dirimir conflitos. A motivação/justificação está vinculada ao direito à efetiva intervenção do juiz, ao direito dos cidadãos a obter uma tutela judicial, sendo que, por esta razão, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos considera que a motivação integra-se ao direito fundamental a um processo equitativo, de modo que as decisões judiciais devem indicar de maneira suficiente os motivos em que se fundam. A extensão deste dever pode variar segundo a natureza da decisão e deve ser analisada à luz das circunstâncias de cada caso particular.

O problema, reafirmamos, é de interpretação, algo que culturalmente deixamos de exercitar com o aprisionamento dos verbetes jurisprudenciais, dos ementários e das súmulas com seus sentidos previamente interpretados, sob o domínio do método subsuntivo, igual ao utilizado no século XIX. Lênio Streck (2014, p. 128), ampliando a questão para o contexto da súmula vinculante, delata: “O problema, pois, está no fato de que os próprios verbetes (sumulares ou não) têm a função de servirem, ao mesmo tempo, de fundamento e de justificação. Ora, a súmula, ao servir de fundamento, metafisicamente abarca a própria justificação, porque, afinal, ela foi feita para isto: para aprisionar substâncias e sequestrar o tempo.”

Assim, não se pode imaginar que uma súmula resolve um litígio, pois cabe ao juiz, o intérprete, realizar uma fusão de horizontes para dirimir o conflito. O juiz não pode ser um aplicador de súmula ou precedentes, pois se exaure seu maior papel, o de intérprete, a partir da particularidade do caso, da faticidade e historicidade em que estão inseridos os atores jurídicos.

Infelizmente, os precedentes ou súmulas não são o cerne da questão; preocupante é o modo como a comunidade jurídica compreende as súmulas, pensando-as como precedentes do *common law* (já discutimos, no segundo capítulo, que não são). Afinal, se fosse assim, teríamos que aplicá-las de acordo com o *common law*.

Aqui, calha à fiveleta a importantíssima lição de Lenio Streck (2014, p. 129):

É nisso que reside o perigo de pensar que no Brasil existem “precedentes” no modo do *common law*. Trata-se, ente outras coisas, da introdução de um paradoxo em nosso sistema jurídico: os juízes podem contrariar leis, se o fizerem, caberá recurso. O que os juízes não podem fazer é ousar contrariar súmula. Nesse caso, conforme a EC 45, não caberá recurso, e sim reclamação. Ou seja, **em *terrae brasiliis* a lei não vincula; a súmula sim, mesmo que ela seja ilegal/inconstitucional!** (Grifo do autor).

Sem a tradição da *common law*, mas com a importação da noção de precedentes vinculantes, é de se desconfiar que o intérprete brasileiro disponha de técnica necessária para produzir a distinção entre casos concretos aos quais se aplica ou não determinado precedente (*distinguishing*). O projeto do novo Código de Processo Civil é um dos exemplos mais ilustrativos do caminhar, talvez irreversível, em direção à construção desse modelo e um exemplo de como a **doutrina precisa elaborar com urgência a hermenêutica, os instrumentos legais e mesmo o ensino jurídico dessa nova realidade, sob pena da ruína do sistema**. Assim, acreditamos que a adoção dos precedentes demanda uma mudança cultural por parte dos profissionais da área jurídica no Brasil. Sem tais preocupações, o sistema de precedentes vai ser mais uma ideia que tinha tudo pra dar certo, mas se transforma apenas um infrutífero mecanismo instrumentalista.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A segurança jurídica é um princípio que determina aos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário que adotem comportamentos que contribuam para a promoção de um estado de confiança, previsibilidade e estabilidade do Direito. O princípio da segurança jurídica é tão importante que sequer precisa estar explicitamente positivado em uma Constituição para ser exigível, já que se fundamenta na própria ideia de Direito.

Entretanto, vivemos um Judiciário de insegurança. Ao jurisdicionado, não interessa ser um princípio, uma norma, uma norma-princípio, ou outra coisa, ele apenas sabe, sente e vê que o Direito não é para todos, que depois de toda a morosidade infernal que atravessou seu processo é julgado de forma inesperada, e o advogado diz que ele teve “o azar de cair na Vara do Fulano”, mas que “vamos recorrer”. E “quanto tempo isso vai levar?” “Mas não era certo o meu direito, não tem na lei?”; “E vai dar certo esse recurso?” – se pergunta a parte. Bem, no Brasil, nem Deus sabe.

Diante desse desestimulante contexto, analisou-se que não haverá para os cidadãos um mínimo de previsibilidade acerca das consequências jurídicas das suas condutas, caso não possuam um mínimo de previsibilidade da maneira como o Judiciário provavelmente julgará o seu caso em um eventual processo judicial. Por isso, deve ser o aumento da previsibilidade das decisões judiciais, e não a das leis, o principal objetivo das medidas voltadas ao incremento do nível de segurança jurídica.

A sistemática de precedentes judiciais vinculantes se propõe a ser uma medida eficaz para a promoção da segurança jurídica no Direito brasileiro, por meio do incremento da previsibilidade das decisões judiciais. Em decorrência da vinculação (ainda que superável diante de razões especiais) dos órgãos judiciais aos seus próprios precedentes na doutrina do *stare decisis*, esta estimula a permanência dos entendimentos judiciais e consequente elevação do patamar de estabilidade do Direito. Isso acaba por garantir aos cidadãos razoável margem de previsibilidade acerca das consequências jurídicas futuras dos seus atos.

O sistema de precedentes vem sendo muito discutido na doutrina, com opiniões favoráveis e desfavoráveis. Nesse trabalho, analisou-se criticamente os principais argumentos positivos e negativos à adoção dos precedentes vinculantes no Brasil. O exame crítico dos principais argumentos contrários à doutrina do *stare decisis* revela a implausibilidade de todos eles. Não há fundamento consistente algum para se entender que os precedentes judiciais

vinculantes são inconciliáveis com o *civil law*, petrificam o Direito, promovem injustiças em larga escala e violam a independência funcional dos magistrados.

Concluimos que a sistemática dos precedentes judiciais vinculantes é uma possibilidade para o sistema processual brasileiro, demandada pelo princípio da segurança jurídica e por outras inúmeras persuasivas razões, como a igualdade, a celeridade processual, a eficiência e a legitimidade dos juízes e dos tribunais, desde que a doutrina nacional elabore, com urgência, a hermenêutica, os instrumentos legais e mesmo o ensino jurídico dessa nova realidade, sob pena de alcançar-se exatamente o oposto do almejado.

Portanto, há importantes precauções a serem tomadas. É imprescindível que os juristas brasileiros se conscientizem de que os precedentes judiciais vinculantes também necessitam ser devidamente interpretados, razão pela qual sempre haverá uma margem de discricionariedade dos magistrados na sua interpretação.

Os precedentes somente devem ser aplicados aos casos futuros que possuam circunstâncias de fato análogas às que foram decisivas para a sua formação. Não se pode aplicar precedentes como se eles fossem meros enunciados genéricos, desvinculado do contexto fático determinante da sua elaboração.

A eficiência do *stare decisis* no Brasil depende da elaboração com urgência da hermenêutica, dos instrumentos legais e mesmo do ensino jurídico dessa nova realidade, sob pena da ruína do sistema. Trata-se de uma verdadeira mudança cultural por parte dos operadores do direito.

Infelizmente, é difícil deixar de imaginar a adoção desse sistema junto com o “jeitinho brasileiro”, pois que exige um elevado compromisso do magistrado com o sistema jurídico, pode ser utilizado no Brasil para impor uma hierarquia, uma verdadeira ditadura do Supremo, por exemplo. Temos tão enraizada a ideia inocente de que a morosidade do judiciário é causada pelo sistema recursal e acreditamos veementemente que a celeridade pode ser alcançada com meras reformas legislativas, que esquecemos que a morosidade da justiça é causada, dentre inúmeros outros motivos, também pelo homem. Por servidores descompromissados que são costumeiramente favorecidos nos tribunais, enquanto temos os servidores desapadrinhados que trabalham duro até se sentirem desestimulados e contribuírem para a morosidade do Judiciário; ou por magistrados que entendem que seu posicionamento sobre uma questão jurídica é precioso demais e supera qualquer decisão do STF, deixando, assim, os jurisdicionados à mercê das decisões egoicas, em uma interminável disputa recursal, até chegar ao Supremo Tribunal Federal; ou por alguns magistrados, promotores e outros

profissionais que simplesmente, após a aprovação no concurso de ingresso, deixam de estudar, petrificando entendimentos, consolidando injustiças.

Estamos preparados para abraçar um sistema de precedentes obrigatórios, ou estamos prontos para adotá-lo desvirtuadamente, de modo a descaracterizá-lo, até esvaziarmos seu sentido?

Tais perguntas ainda não podem satisfatoriamente ser respondidas, mas definitivamente estimulam a produção acadêmica.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

BERNARDES FILHO, Hugo Gueiros. **O efeito vinculante e a doutrina do precedente no direito norte-americano**. 2002. 192 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2002.

BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. **Stare decisis**: the alteration of precedent on the supreme court, 1946-1992. New York: Cambridge University Press, 2006.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

CORTES, Osmar Mendes Paixão. **Súmula vinculante e segurança jurídica**. São Paulo: RT, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodium, 2011. v. 1.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação de tutela. 6. ed. Salvador: Ed. JusPodium, 2011. v. 2.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. **Curso de direito processual civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 9. ed. Salvador: Ed. JusPodium, 2011. v. 3.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. De que maneira o direito se assemelha à literatura. In: DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 217-250.

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. **Neoconstitucionalismo e súmulas vinculantes**. 2010. 121f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Paraná, 2010.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**: uma introdução ao direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo grau de jurisdição no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LOURENÇO, Haroldo. Precedente judicial como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do Novo CPC. **Revista Forense**, v. 109, n. 417, p. 73-95, jan./jun. 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A força dos precedentes**: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. Salvador: Editora PODIVM, 2010a.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010b.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do novo CPC**: críticas e propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**, v. 37, n. 206, p. 62-78, abr. 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Os últimos 25 anos e o futuro. **Editorial à civilistica.com**, ano 2, n. 3, 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/10/Editorial-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2014.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro**. 2. ed. Salvador: PODIVM, 2014.

PORTES, Maira. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de common law. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A força dos precedentes**: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Salvador: Editora PODIVM, 2010. p. 103-128.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Forum, 2009.

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

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro**: eficácia, poder e função – a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. Hermenêutica e ensino jurídico em *terrae brasilis*. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Paraná: v. 46, n. 0. p. 27-50. 2007.

_____. Súmulas, vagezas e ambiguidades: necessitamos de uma “teoria geral do precedentes”? **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça**, Rio Grande do Sul: HS Editora, n. 5, p. 162-183, out./dez. 2008.

_____. Súmulas vinculantes em *terrae brasilis*: necessitamos de uma “teoria para a elaboração de precedentes”? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 17, n. 78, p. 284-319, mai./jun. 2009.

_____. A relação “texto e norma” e a alografia do direito. **Novos estudos jurídicos**, v. 19, n. 1, p. 2-20, abr. 2014. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5540>>. Acesso em: 5 fev. 2014.

_____; ABBOUD, Georges. **O que é isto**: o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TARUFFO, Michele. **Precedente e giurisprudenza**. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2559/39.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2014.

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

WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.); DE ALMEIDA, Flávio Renato Correia; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Súmula vinculante: figura do common law? **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 44, out. 2011. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao044/teresa_wambier.html>. Acesso em: 14 jan. 2014.