

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

TALLYTA CILENE SANTOS LEITE

A FORÇA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Análise sobre a relação entre o instituto e a autonomia judicial diante do Código de Processo
Civil de 2015



São Luís

2018

TALLYTA CILENE SANTOS LEITE

A FORÇA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Análise sobre a relação entre o instituto e a autonomia judicial diante do Código de Processo Civil de 2015

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

Orientador: Prof. Msc. Alexsandro Rahbani Aragão Feijó

São Luís

2018

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

Leite, Tallyta Cilene Santos.

A FORÇA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS : análise sobre a relação entre o instituto e a autonomia judicial diante do Código de Processo Civil de 2015 / Tallyta Cilene Santos Leite. - 2018.

77 f.

Orientador(a): Msc. Aleksandro Rahbani Aragão Feijó. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade

Federal do Maranhão, São Luís, 2018.

1. Autonomia Judicial. 2. Precedente Judicial. I. Aragão. II. Título.

Código de Processo Civil de 2015. 3. Feijó, Msc. Aleksandro Rahbani

TALLYTA CILENE SANTOS LEITE

A FORÇA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Análise sobre a relação entre o instituto e a autonomia judicial diante do Código de Processo Civil de 2015

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

Aprovado em ___/___/___, às ___:___ horas.
Nota: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Msc. Alexsandro Rahbani Aragão Feijó
Orientador

1º Examinador(a)

2º Examinador(a)

Aos meus pais, irmão, família e amigos, pelo
suporte e incentivo constantes.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus. Por toda paciência, sabedoria e saúde que me foram possibilitados para encarar os desafios postos até agora e que possa continuar a me dar forças nas próximas etapas da minha vida.

À minha família. Em especial aos meus pais, Neyvamar de Jesus Costa Leite e Tatia Cilene Santos; ao meu irmão, Neylon Gabriel Santos Leite; à minha tia, Taise Milene Santos Soares e a meus avós, que me ensinaram a ter perseverança, integridade e a sempre buscar meus sonhos. Sempre me incentivam e veem em mim um potencial que, certas vezes, até eu ponho sob questionamento.

Sou grata aos meus amigos e colegas de turma por todo companheirismo e oportunidade de representação da turma por maior parte da nossa graduação, papel que exerci com maior orgulho e que dei o meu máximo.

Às queridíssimas Gabriela Bezerra, Larissa Uchôa, Lívia Moraes, Paula Freire e Thuane Mendes pela união, apoio, suporte nas horas mais difíceis da nossa formação, pelas palavras de consolo, de ajuda e de luz nos momentos em que mais precisava. Pelas risadas e pela amizade verdadeira, que como tal, resistirá por todas as mudanças que nossas vidas virão a ter. Que seja eterna!

Ao meu amigo Diego Cutrim, que mesmo estando longe se preocupa, me ouve e me ajudou nos momentos mais conturbados da minha graduação. Por todo o incentivo e críticas, que só me engrandeceram pessoal e profissionalmente.

Às minhas amigas Ana Beatriz, Marina Chaves e minha eterna “Çopaquinha”, Raissa Silva, colegas do pequeno período de graduação em Engenharia Química, que compreenderam e me apoiaram na mudança de curso sem que nossa amizade fosse abalada.

Agradeço à Universidade Federal do Maranhão, seu corpo docente, direção e administração, pela oportunidade de mais um grau na minha formação acadêmica.

Em tempo, agradeço pela oportunidade que tive em participar de intercâmbio internacional em Toronto/Canadá, através do Programa Cidadão do Mundo, do Governo do Estado do Maranhão. Programa que fui selecionada por ser estudante universitária proveniente da rede pública de ensino. Nos três meses em Toronto significaram mais que um intercâmbio cultural e linguístico, foi, aliás uma mudança de perspectiva sobre a realidade e a maneira com a qual posso contribuir ao Maranhão.

Ao escritório em que estagiei, RJM Advogados Associados, especialmente a Fernando Otaviano Melo Jardim, chefe, professor e amigo, pelo papel significativo na minha

pesquisa e pela oportunidade de aprendizado e estágio durante quase dois anos; e a João Vitor, a quem agradeço pela prática jurídica obtida e pela paciência para me ensinar quando eu ainda estava no 5º período da graduação.

Agradeço imensamente ao meu professor, coordenador de curso, chefe e orientador, Alexsandro Rahbani Aragão Feijó, por todos os ensinamentos na Procuradoria Geral do Município de São Luís e por toda inspiração à docência, à advocacia pública e à busca de cada vez mais eficiência no que eu faça.

Por fim, agradeço pelos membros da minha banca examinadora, por ser formada por juristas reconhecidos pelo seu trabalho e pelo seu comprometimento com a justiça e a democracia.

“There’ll always be something else. Another obstacle to overcome. More danger on the horizon. That is life. But there’s more to living than conquering mountains and coming out victorious in every fight. Enjoy the view. Relax once in a while. Your success is meaningless without joy”.

Beau Taplin

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo o estudo dos Precedentes Judiciais no Brasil e sua adequação ao ordenamento jurídico. Objetiva analisar a força dos precedentes judiciais, bem como da relação entre a teoria e a autonomia judicial diante do Código de Processo Civil de 2015, tendo como base as acepções trazidas pela doutrina pátria e os dispositivos elencados no arcabouço legal brasileiro. Nesse sentido, a partir de uma análise documental e bibliográfica, é traçado um panorama histórico, a determinação dos seus conceitos fundamentais e dos argumentos determinantes à atribuição de obrigatoriedade de observação de seus motivos determinantes, a partir de um exame da segurança jurídica, isonomia, imparcialidade do juiz, economia de despesas e eficiência do Poder Judiciário. Por fim, desenvolve-se uma análise do conflito entre independência funcional do juiz e a força dos precedentes judiciais. Confirmando a hipótese, é possível conceber que não há mitigação da autonomia judicial em face da força obrigatória dos precedentes judiciais. O verdadeiro sentido da inserção da teoria é pelo incentivo da criatividade do juiz, bem como da valorização da racionalidade e hermenêutica das decisões.

Palavras-chave: Precedente Judicial. Autonomia Judicial. Código de Processo Civil de 2015

ABSTRACT

This coursework has as object the study of the Judicial Precedents in Brazil and its adequacy to the legal order. It aims to analyze the influence of judicial precedents, as well as the relation between theory and judicial autonomy before the 2015's Code of Civil Procedure, based on the understandings brought by the homeland doctrine and the legal provisions listed in the Brazilian legal framework. Thus, from a documentary and bibliographical analysis, a historical panorama is drawn, the determination of its fundamentals concepts and determinative arguments to the attribution of mandatory of observation of its determinant motives, from an examination of the legal security, isonomy, judge's impartiality, cost savings and judiciary's efficiency. Finally, an analysis is made of the conflict between the judge's functional independence and the force of judicial precedents. Confirming the hypothesis, it is possible to realize that there is not mitigation of judicial autonomy in view of the mandatory force of judicial precedents. The true intention of the insertion of the theory is encouraging the judge's creativity, as well as by valuing the rationality and hermeneutics of decisions.

Keywords: Judicial Precedents. Judicial Autonomy. 2015's Code of Civil Procedure.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

a.C.	Antes de Cristo
art.	Artigo
CFRB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CPC	Código de Processo Civil
CPC/2015	Código de Processo Civil de 2015
CPC/73	Código de Processo Civil de 1973
d.C.	Depois de Cristo
EC	Emenda Constitucional
IAC	Incidente de Assunção de Competência
IRDR	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
n°	Número
p.	Página
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	ABORDAGEM HISTÓRICA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	13
2.1	Precedente judicial e o <i>common law</i>	13
2.2	<i>Civil law</i> e a aproximação aos postulados do <i>common law</i>	18
2.3	Precedentes judiciais no direito brasileiro	21
3	TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL	25
3.1	O que é precedente judicial	28
3.1.1	Precedente como súmula e jurisprudência	29
3.2	Conceitos fundamentais da teoria dos precedentes judiciais	31
3.2.1	<i>Ratio decidendi</i> ou <i>holding</i>	31
3.2.2	<i>Obiter dictum</i>	33
3.2.2	<i>Distinguishing</i> e <i>overruling</i>	35
3.2.3	<i>Transformation, technique of signaling</i> e a <i>decisum per incuriam</i>	37
3.3	A força dos precedentes	38
3.3.1	Argumentos determinantes à força dos precedentes	40
3.3.1.1	<i>Precedentes e segurança jurídica</i>	40
3.3.1.2	<i>Precedentes e igualdade</i>	44
3.3.1.3	<i>Precedentes e imparcialidade do juiz</i>	45
3.3.1.4	<i>Precedentes, economia de despesas e eficiência do Poder Judiciário</i>	46
4	A FORÇA DOS PRECEDENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E A AUTONOMIA JUDICIAL	48
4.1	Precedente Judicial e o Código de Processo Civil de 2015	48
4.1.2	Deveres institucionais relacionados aos precedentes	54
4.1.2.1	<i>Dever de uniformização e estabilidade das decisões</i>	55
4.1.2.2	<i>Dever de coerência e integridade</i>	57
4.1.3	Julgamento de casos repetitivos, incidente de assunção de competência e os precedentes judiciais.....	58
4.2	Autonomia judicial e precedentes obrigatórios	60
4.2.1	Aspectos gerais da autonomia judicial	61
4.2.2	Conflito entre independência funcional do juiz e a força dos precedentes judiciais..	63
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	67
	REFERÊNCIAS	69

1 INTRODUÇÃO

Em vias de mudança de paradigma do direito processual nacional, aspectos trazidos tradição jurídica do *common law* aos poucos vão se inserindo a um ordenamento de concepção originalmente civilista; o que não significa uma mudança de sistema jurídico, mas uma adequação à realidade social e às necessidades evolucionais do direito. A inserção de conceitos estrangeiros, no entanto, gera conflitos diante das peculiaridades do ordenamento em que passa a transitar.

No Brasil, o instituto dos precedentes é comumente dado como sinônimo de jurisprudência ou súmula, mas essa proposição não é verídica. Aquele, em indubitável dissonância a estes, infere-se a um caso particular anterior, e não a máxima abstrata para a qual se busca deduzir regras mais específicas. No entanto, maior obstáculo para a ampla aceitação dessa teoria gira em todo do conhecimento e estudo de suas peculiaridades.

Embora, implicitamente, a teoria dos precedentes judiciais não seja nova no Direito Brasileiro, o instituto e os conceitos a ele inerentes foram incorporados expressamente no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), seja nos arts. 926 a 928, como em diversas outras alterações ocorridas ao longo do códex para a adaptabilidade da teoria, de forma que é possível inferir a observação obrigatória de determinados precedentes judiciais, diante dos requisitos que serão elencados posteriormente.

Os precedentes mostram-se, na aplicação prática de suas prerrogativas, importantes instrumentos para o aprimoramento de um necessário processo de interpretação e de complementação das normas por parte dos tribunais, proporcionando garantia de segurança jurídica e igualdade e, portanto, de justiça, bem como de celeridade e duração razoável do processo.

No entanto, alguns aspectos são apontados como decorrentes da importação inadequada de outra cultura, possível causa de uma transgressão de princípios constitucionais de suma importância, tais como da legalidade e da separação de poderes; ademais, confrontaria o princípio da autonomia judicial, de modo que a atribuição de obrigatoriedade à dos precedentes estaria violando a independência do funcional do magistrado.

A realização deste trabalho resulta da ampliação e do aprofundamento de estudos realizados ao longo do curso de Direito, na Universidade Federal do Maranhão, e a partir de situações encontradas na prática judicial. A insegurança jurídica e a incongruência entre as decisões proferidas dentro de um mesmo tribunal são fatores mais do que suficientes para uma ampla efetivação da Teoria dos Precedentes Judiciais.

A relação entre a referida Teoria e a autonomia judicial é o ponto de maior recusa à adoção ampla dos precedentes. O estudo sobre o tema não é novo, mas seu interesse perante a comunidade acadêmica ainda é escasso e pouco compreendido. Poucos são os teóricos a tratarem detidamente sobre os mecanismos, peculiaridades, e vantagens dos precedentes ao Poder Judiciário.

O trabalho monográfico será definido da seguinte maneira: inicialmente será feito um panorama histórico de evolução dos precedentes judiciais a partir de um estudo da teoria no berço do *common law*, a demonstração da aproximação das tradições jurídicas britânica e civilista e o seu desenvolvimento no direito brasileiro até o Código de Processo Civil de 2015.

Já no segundo capítulo será traçado a formação da Teoria do Precedente Judicial a partir de seus conceitos fundamentais e dos argumentos persuasivos à atribuição de obrigatoriedade de observação de seus motivos determinantes, um exame da segurança jurídica, isonomia, imparcialidade do juiz e economia de despesas e eficiência do Poder Judiciário.

Iniciamos, então, o terceiro capítulo com um panorama geral da teoria dos precedentes em seu aspecto ideal já explicitado. Desta forma, passamos às alterações trazidas pelo código de 2015, elencando as principais mudanças, os aspectos da motivação das decisões judiciais, os deveres institucionais relacionados aos precedentes e os incidentes recursais trazidos e os acentuados com a referida alteração legislativa.

No que segue, é feita uma construção de argumentos que trabalham a relação dos precedentes obrigatórios e a autonomia judicial, estabelecendo-se os aspectos gerais da autonomia judicial e, por fim, analisando o conflito entre independência funcional do juiz e a força dos precedentes judiciais.

Busca-se desenvolver uma análise, a partir da metodologia dedutiva, visto a utilização da base bibliográfica referente ao tema, para demonstrar a força dos precedentes judiciais com o Código de Processo Civil de 2015, objetiva-se analisar a relação da teoria com a autonomia judicial dos magistrados. Ademais, será utilizada como técnica majoritária a da documentação indireta, sendo reunido o material bibliográfico necessário, sobretudo a partir da pesquisa bibliográfica e documental, consubstanciadas pela análise de doutrinas, periódicos, artigos, legislação e jurisprudência.

O presente trabalho, portanto, trata-se de uma análise acerca da força dos precedentes judiciais, bem como da análise da relação entre o instituto e a autonomia judicial diante do Código de Processo Civil de 2015, tendo como base das aceções trazidas pela doutrina pátria e dos dispositivos elencados no arcabouço legal brasileiro.

2 ABORDAGEM HISTÓRICA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

A teoria dos precedentes judiciais demonstra uma aproximação entre as tradições do *civil law* e do *common law*. Embora a ideia de precedentes judiciais seja confundida com as concepções do *common law*, ela não se restringe a esse âmbito, encontra escápolas nas duas concepções.

Quanto a essa questão, Bustamante (2012) afirma que a criatividade jurídica difere muito pouco e em ambos é possível encontrar algum problema de legitimação da decisão judicial, apesar das peculiaridades existentes entre mecanismos intraprocessuais e extraprocessuais em ambos.

Ao se começar a tratar de uma tradição jurídica é necessário entender o que este termo realmente significa. Conforme Streck (2014) a tradição jurídica consiste em um conjunto de práticas, costumes e hábitos profundamente arraigados em uma sociedade, historicamente condicionados, tanto no que tange a natureza do direito, o papel deste na sociedade e na política, quanto à cultura e maneira a qual está inserida a partir de uma perspectiva geral.

O precedente judicial encontra base na tradição do *common law*, cujo surgimento foi impulsionado por razões históricas, sociais, políticas e econômicas; sendo necessária uma análise, portanto, da história desse sistema.

Este capítulo introdutório trata-se de uma análise dinâmica da evolução histórica dos precedentes judiciais, começando pelo desenvolvimento do *common law* e a relação com a consolidação da teoria dos precedentes judiciais, passando à análise dos pontos de convergência entre o modelo Inglês (*common law*) e o romano-germânico (*civil law*) a fim de traçar as linhas tangentes que ensejam a inserção dos precedentes no contexto do modelo do *civil law* e, desta feita, partir-se-á a uma análise da evolução dos conceitos e do ponto de vista da vinculação dos precedentes tomando como base o Brasil, o advento da República e a promulgação do Código de Processo Civil de 1973, de modo a criar-se uma base para discussão dentro do Código de Processo Civil de 2015 nos capítulos seguintes, bem como a reflexão quanto à relação dos precedentes judiciais com a autonomia dos juízes.

2.1 Precedente judicial e o *common law*

O termo *common law* tem exórdio na premissa maior de solução de conflitos particulares, que, em um estado originário, não estava adstrito à formulação de uma regra geral de conduta para o futuro. A preocupação não alcançava ditames como lançar as bases da sociedade.

David (2002) postula que o intuito era o reestabelecimento da ordem e não a codificação dos costumes. Seu desenvolvimento compreende desde um período anglo-saxônico, de pouco estudo doutrinário, relativo a um período no alvorecer do cristianismo em território Inglês, regulando aspectos muito limitados das relações sociais e assumindo uma concepção de lei territorial, não havendo, até a conquista normanda, um direito comum.¹

Nesse aspecto Abboud e Streck (2014) ditam que o Direito Inglês não é um direito de universidades, tampouco um direito dogmático, consiste-se em um Direito de Processualistas e de práticos, sobretudo, por, de acordo o autor, nenhum dos grandes juízes do século XIX possuía título Universitário.

No período de desaparecimento da época tribal e consolidação do feudalismo – este último diferente do que se instalou na França, Alemanha ou Itália, visto que, por medo de ameaça de grandes vassalos o conquistador distribuiu terras sem a formação de nenhum grande feudo – não havia, ainda, a formação de um *common law*, no significado propriamente dito do termo, qual seja, uma oposição aos costumes locais, como um direito comum a toda Inglaterra.

Esse ideal surge, paulatinamente, com os Tribunais Reais que, durante o processo histórico, deixam de acompanhar o Rei de modo que, aos poucos, e sobretudo no final da Idade Média, a ideia de intervenção da autoridade real nos assuntos de competência dos tribunais parece-lhes contrária à ordem natural, evidenciando ideias de limites à intervenção do Estado (DAVID, 2002).

O processo seguido nesses tribunais variava de acordo com a maneira com a qual o processo seria conduzido. É aqui que o *common law* começa a dar os primeiros passos: a preocupação com o processo em detrimento da determinação dos direitos e obrigações de cada um, denominados por David (2002) como regras de fundo de direito. Os costumes eram, a princípio, a única fonte de direito, mas representavam ainda bases instáveis quando levados à nova realidade social. Com vista ao alcance da segurança dentro das cortes a confirmação dos costumes e a reiteração dos precedentes exerceu grande papel para a construção desse novo patamar jurídico.

Tais mudanças e concepções, que apontavam os ditames do *common law* à época, muito se diferem do que conhecemos. Em que pese, é bem verdade que foram uma tentativa de

¹ René David (2002, p. 331) reconhece na história do Direito Inglês, quatro períodos principais: O primeiro, que é o anglo-saxônico, anterior à conquista normanda de 1066; o segundo, a formação da *common law* (1066 – 1485); o terceiro, o desenvolvimento da *common law* e a rivalidade com a equidade (1485 – 1832); e o quarto, iniciado em 1832, o período moderno.

impor uniformidade em certos campos limitados para que fosse possível estipular um precedente constitucional para a legislação dos reis da Inglaterra (MARTINS, 2006).

Durante esse período de evolução do direito inglês e das ideias do direito comum, o princípio do *stare decisis* e a sua ideia de “mantenha-se a decisão” ganhou força, forma e tornou-se cada vez mais complexo e bem formulado quanto a seus posicionamentos. Com o decorrer das decisões e a repetição dos casos, à medida que os problemas jurídicos aparecessem, o decidido se tornaria regra diante da similitude das bases fáticas a serem seguidas posteriormente por todos, tornando o direito, de certa feita, mais previsível (KREBS, 2015).

A doutrina do *stare decisis* não se limita à aplicação de decisões passadas a casos análogos. O fundamento está na análise e investigação dos elementos centrais, dos fundamentos da decisão, para possam ser extraídos os pontos vinculantes dos motivos e dispositivos dos julgados (OLIVEIRA, 2014).

O *stare decisis* traz uma das principais ideias do presente judicial no qual se apoia o Código de Processo Civil vigente, qual seja, além da vinculação vertical, que significa a observação do precedente pelos órgãos hierarquicamente inferiores; a vinculação horizontal, que aponta a coesão e respeito aos posicionamentos de um mesmo magistrado, dentro de um mesmo tribunal ou em cortes de mesma hierarquia.

A ideia clássica pauta-se no *stare decisis et non quieta movere*, que significa uma inalterabilidade das decisões, cujo fim primeiro é a garantia da segurança jurídica, para que, no futuro, um caso de similar base fática decida-se da mesma maneira. Nas palavras de Porto (2006, p. 09), “*stare decisis* representa opiniões razoáveis, consistentes e impessoais, a qual incrementa a credibilidade do poder judicante junto a sociedade.”.

Bahia (2014, p. 282) traz importante destaque para que não se confunda a teoria dos precedentes como sinônimo de *stare decisis*: “A common law existiu por anos sem o *stare decisis*. A eficácia vinculante e relativamente recente, já que a onda da necessidade de certeza e segurança jurídica surgiu apenas mais tarde.”.

Ao contrário do que possa ser inferido seria necessário a relativização do *stare decisis*, uma vez que certa discricionariedade é admitida ao juiz para que, motivadamente, realize “um prévio contraste entre o caso paradigma e as características e circunstâncias sob as quais se apresenta o caso concreto em análise” (BAHIA, 2014, p. 284).

Nesse ponto, *data venia*, a relativização deve ser pontuada quanto a decisão como um todo e não em relação ao *stare decisis*. Tanto que no decorrer da obra o autor aponta que cabe ao tribunal o estabelecimento de um princípio deduzido, uma razão central à decisão, para que, em caso posterior, seja decidido a extensão em que esse princípio será aplicado. A

vinculação do precedente não é dada ao inteiro teor julgado, e nem poderia ser, é dada somente à parte nuclear da motivação.

Modernamente, tomando como marcador histórico inicial desse período o século XIX, as ideias democráticas e a influência de Bentham representam um fator de transformação fundamental na história do direito inglês. A organização judiciária desse período atrelava ao *common law* a investidura de ideais de equidade e a sistematização das suas regras. Tal sistematização não tem relação com processo de codificação à francesa, significa a reagrupação das soluções mantendo os laços essenciais da herança dada pelos Tribunais Reais (DAVID, 2002).

Destarte, Charan (2014, p. 04) ratifica que o desenvolvimento do *common law* na Inglaterra se deu “de maneira paulatina e gradual, não havendo uma ruptura histórica definida em um marco temporal. No contexto britânico, não existiu a desconfiança dos juízes como no civil law e, assim, restou desnecessário o dogma da lei e a supremacia do Parlamento”.

Na Inglaterra, o papel dos juízes e a autonomia, bem como o poder a eles conferido, teve papel ímpar para a consolidação do modelo do *common law* e dos precedentes judiciais. “Por todos esses fatores foi que se inferiu, no *common law*, que a segurança só poderia ser obtida mediante o *stare decisis*; enquanto o *civil law* permaneceu preso à ideia de garantir a segurança no texto da lei” (MARINONI, 2009, p. 206).

Assim, Blackstone (1991 apud KREBS, 2015) afirma existir *lex non scripta*, o direito não escrito ou o *common law*; e a *lex scripta*, o direito escrito. A afirmação da *lex non scripta*² demonstra uma aceção de decisão de acordo com o direito já conhecido e os costumes estabelecidos, em detrimento de sentimentos pessoais e juízo próprio; a função que lhe é outorgada não reflete uma prerrogativa para a criação de direitos, e sim a manutenção e explicação de um direito antigo.

Nesse contexto, dentro do âmbito do precedente, não há escolha para a interpretação, de maneira que se não é suficiente e posteriormente venha a ser substituída, em nenhum momento teria constituído direito, aqui no sentido de resposta correta.

Nesse contexto, Bahia (2014) destaca o papel do direito como instrumento para busca do justo, que só poderia ser alcançado quando casos análogos fossem tratados de maneira isonômica, assim, duas seriam as correntes à teoria dos precedentes advindas do pensamento da época: a declaratória e a constitutiva de Direito.

² Lei não escrita, *common law*.

A teoria declaratória, sob os pensamentos de Bahia (2014), é a de melhor adequação às concepções modernas de força dos precedentes judiciais; ante a autoridade das decisões passadas, compreende-se em dois postulados basilares, um de base histórica, construído pela adequação da história dos precedentes a conjunto de leis como um todo e o segundo, pautado na confiança das decisões, à medida que são fruto da racionalização de uma experiência comum, de modo que expressem a vontade comum. Aos juízes caberia apenas o papel declaratório da lei, sem criassem novas normas.

Já a segunda, como um fruto de uma tendência positivista do século XIX, mostra os precedentes a partir de uma visão autoritária, em uma espécie de marco de autoridade, que após a concepção do produto de sua vontade, qual seja, a decisão, não haveria espaço para deliberações posteriores.

Defende ainda a possibilidade de existência de uma terceira teoria, advinda da combinação das anteriores, a Teoria Convencionalista do Precedente, com base nos ditames de John Austin e Jeremy Bentham, em que:

[...] do positivismo apropriou-se da ‘concepção geral da autoridade subjacente ou força vinculante dos precedentes em termos de concretização da regularidade e efetiva coordenação da interação social’; e da teoria declaratória valeu-se da percepção de ‘como a regularidade e a coordenação são concretizadas’ (BAHIA, 2014, p. 282).

A defesa do *common law* para suportar uma teoria declaratória pautada na ideia de que haveria, dentro desse modelo, uma resposta para cada questão apresentada, ainda não abarcada pela legislação, baseia-se no conjunto de fontes utilizadas para que se chegue à decisão e à formação do caso concreto, ou seja, dentro desse modelo são levados em consideração muito mais do que codificações, é feita uma análise de um contexto mais amplo, seja social, econômico ou cultural, buscando fonte nas jurisprudências, na leis, nas tradições, e na razão (KREBS, 2015).

Consubstanciando esse contexto, Porto (2006, p. 08) é categórico ao descrever que “é possível perceber que a idéia de prestígio superlativo das decisões jurisdicionais como a essência da *common law*, em face do direito, nesta família jurídica, se formar preferencialmente com base na experiência e não apenas na lógica abstrata antecedente ao fato.”

O autor ainda evidencia que a superioridade que tem o direito neste sistema tem por fonte primordial a decorrência do prestígio adquirido pelo precedente jurisdicional, a ponto deste autorizar vinculação a casos futuros. Os aspectos da coisa julgada vão além das partes e o objeto discutido passa a ser parâmetro para decisões futuras em casos idênticos, havendo, portanto, no *common law*, “[...] raízes profundamente pragmáticas e desvinculadas de qualquer

compromisso com modelos abstratos representados pela existência de lei em tese.” (PORTO, 2006, p. 08)

Grandes doutrinadores como Robert Alexy e Jeremy Bentham criticaram esse posicionamento por carência de realidade, de forma que constitui verdadeiramente um parâmetro a ser alcançado e não uma premissa absoluta. Se o fosse, careceria de sentido.

No contexto atual, diante de um processo de perda de credibilidade, elevação da consciência jurídica da população e do grau de exigência ao Judiciário, leva à busca, cada vez maior, de garantias das decisões e, por conseguinte, da segurança jurídica, desta maneira faz com que, nos países que adotam a *civil law*, a referência a alguns parâmetros da *common law*, sendo a recíproca uma premissa verdadeira (LOURENÇO, 2012).

2.2 Civil law e a aproximação aos postulados do common law

O sistema jurídico romano-germânico, denominado pelos britânicos de *civil law*, formado na Europa Continental, decorrido dos princípios e regras dos Direitos Romanos e Canônicos, encontra similitude com o Direito dos juízes da Inglaterra (*common law*), de modo que em ambos há a predominância de um pensamento específico, qual seja, a busca por um ponto de vista utilizável e aceitável em toda parte, que revela uma tomada de decisão, aceita ou não, à conformidade social, mas que tem o escopo de produção da verdade; na linguagem, diga-se Aristotélica, como resultante do significado de *topoi* (BUSTAMANTE, 2012).

Aristóteles, dentro da ideia do discurso, à matriz do sistema retórico, traz em sua composição quatro fases ao orador³, e dentro dessa distinção, na primeira fase, elenca as tomadas de decisão ditadas pela invenção (*heurésis*), construção do discurso e catalogação dos argumentos (*topoi*) e os meios de persuasão para a eficácia dos pensamentos (MAZZALI, 2008).

O conceito de *topoi*, nesse sentido, atrelado à ideia de precedente, mostra a categorização e utilização de um expoente que se aplica na maior parte dos casos de similar base fática, construindo uma ideia de universalidade *a priori*, galgada no campo das ideias, uma verdade abstrata.

³ De acordo com MAZZALI (2008, p. 08), as fases ditadas por Aristóteles são: a 1ª fase é a da invenção (*heurésis*), da concepção do discurso, na qual o inventor (orador) cataloga todos os argumentos (*topoi*) e os meios de persuasão de acordo com o gênero a que pertença o discurso (deliberativo, judiciário ou *epidético*). É neste momento em que se opera a criação dos conceitos que servirão de base para o discurso. A 2ª fase é a da disposição (*táxis*), da organização do discurso, dividida em cinco partes: exórdio (*prooimion*), narração (*piegésis*), confirmação (*pistis*), digressão (*parekbasis*) e peroração (epílogos). A 3ª fase é a da elocução (*lexis*) que é a parte do discurso que trata do estilo, do bom vernáculo; aqui se escolhem as frases com as figuras; e, a 4ª fase é da ação (*hypocrisis*), fase da pronúncia do discurso, o meio pelo qual se atinge o público (envolve expressão oral e corporal).

Pautado na tipicidade e legalização dos pressupostos e do direito como forma de garantir a liberdade e segurança jurídica, o *civil law*, conforme Serra Júnior (2017, p. 132):

[...] prioriza tradicionalmente a lei como fonte do direito, há uma vasta margem interpretativa conferida ao operador do direito, visto que, ao aplicar o diploma legal, parte-se de um comando geral e abstrato a ser aplicado a um caso concreto.

Ainda de acordo com o autor, o alicerce desse pensamento figura na ideia de uma fonte concreta a um caso concreto, garantindo a estabilidade e a segurança jurídica das relações.

Merryman (2009) aponta que a data mais comumente associada à sua origem é 450 a.C., com a publicação das Doze Tábuas em Roma. No entanto, a tradição do modelo liga-se ao direito romano diante da compilação e codificação de Justiniano no século VI d.C. incluindo o direito das pessoas, o direito de família, de sucessões, de propriedade, de indenização, como também regras sobre enriquecimento ilícito e contratos, além de disposições sobre as medidas pelas quais tais interesses que poderiam ser protegidos em juízo e, a partir daí, “há uma trajetória de crença em um conjunto de matérias como um “corpo jurídico coerente que constitui o conteúdo fundamental do sistema legal [...]” (MERRYMAN, 2009, p. 08).

Importante destaque feito por Taruffo (2011) elenca que, ao contrário do que ocorreu no *common law*, o processo do *civil law* não é um modelo homogêneo e unitário de processo civil, apresenta rupturas significativas para a construção do modelo tal qual concebese, dada à multiplicidade de jurisdições e da pluralidade das fontes reguladoras do procedimento

O surgimento científico do sistema romano-germânico é fundado sobre uma comunidade de cultura, sem intenção política, e, ao contrário do *common law*, cujo processo de evolução ligou-se ao progresso de um poder real e a existência de tribunais reais fortemente centralizados, a evolução do *civil law* teve força na sociedade, com vista a que o direito, por si, deve ser fator de ordem e progresso, desenvolvendo-se como um dos modelos jurídicos mais difundidos no mundo, sobretudo na América Latina, na África e na Europa, fruto de um processo de colonização e de facilitação de recepção de seus ideais dado ao processo de codificação (DAVID, 2002).

Posteriormente, diante de um histórico de privilégios à igreja e aos nobres, encadeou-se a Revolução Francesa, na qual, influenciado pelo pensamento dos revolucionários, a exemplo Montesquieu e Rousseau, o modelo romano-germânico mostra-se cada vez mais contrário à sujeição e superconcentração de poderes na mão de um só indivíduo e, desta feita, o Poder Judiciário deveria limitar-se somente à mecânica e inanimada aplicação da lei sendo os juízes apenas meios, a “boca da lei”; e, ainda, não sendo possível conceber um Poder Judiciário desprovido de liberdade para julgar, ainda não separado do Poder Legislativo e do Poder

Executivo. A vontade do povo estava na lei e, portanto, esta deveria ser respeitada literalmente (KREBS, 2015).

Mediante o reflexo da influência do pensamento de Montesquieu, com fulcro em veias racionalistas, a lei era concebida como um produto da razão em detrimento da vontade de um soberano e, com contribuição de Rousseau, esse legislador apresenta-se como representante de uma vontade geral. Assim aos julgadores cabia apenas a reprodução da norma, proibindo-se interpretações e obrigando a consulta ao parlamento em caso de dúvida⁴ (LOPES FILHO, 2016).

O respeito ao literal corresponde ao engessamento da interpretação, em que a lei seria bastante para a solução dos conflitos. Assim, David (2002, p. 66) diz que a ideia de codificação trazida por esse modelo se constitui como “uma técnica que vai permitir a realização da ambição da escola do direito natural, expondo de modo metódico, longe das compilações de Justiniano, o direito que convém à sociedade moderna e que deve, por consequência, ser aplicado aos tribunais”. A intenção é a obstaculização da multiplicidade de costumes, que em termos práticos, não era satisfatória para a solução dos conflitos.

No entanto, esse engessamento da interpretação lei, da visão do código como um fim em si mesmo, não perdurou e iniciou uma crise no sistema normativo, que culminou numa abertura gradual e essencial para a entrada de elementos extrínsecos à lei em sentido estrito, tais como a jurisprudência e a doutrina.

Ademais, a nacionalização do direito não mais é a preocupação dos juízes, se fez necessário a formação de uma concepção de justiça que somente a análise da lei não era capaz de suportar. A força advinda do direito comparado e a análise de um contexto social e político junto às decisões a serem tomadas diante do caso concreto flexibilizaram as ideias iniciais e introduziram a concepção dos precedentes.

É certo que os modelos possuem diferenças significativas, mas não são anulatórias em sua integralidade. Em que pese uma similitude em certos aspectos, a aproximação dos pensamentos do *common law* ao modelo romano-germânico não significa um enfraquecimento deste último. Ao contrário, o modelo do *civil law*, de acordo com David (2002) é dinâmico, é um direito vivo e, portanto, em transformação contínua e os precedentes que começavam a moldar-se e ganhar força apenas ratificavam a unidade do sistema normativo. Em análise da vertente moderna, essa aproximação se deu pela transformação, durante a história, da natureza do *civil law*.

⁴ A exemplo, ressalta Lopes Filho (2016, p. 40): “A famosa lei de 16-24 de agosto de 1790 determinava que o juiz deveria se dirigir ao Legislativo, por via de recurso geral, na necessidade de interpretação da lei”.

Em uma visão dialética, Oliveira (2014, p. 40) salienta o efetivo aumento da força na jurisprudência no *civil law* da seguinte forma:

Nas sociedades contemporâneas, cada vez mais plurais, principalmente após o período da Segunda Guerra mundial em que várias democracias foram se consolidando, houve nítido fortalecimento do Poder Judiciário e, ainda que de forma gradativa, aumento da participação dos cidadãos na vida do Estado e, por conseguinte, na concretização da Constituição, movimento este que se torna cada vez mais crescente e irreversível.

Diante do apresentado, após entender como o *common law* e a ideia de força e vinculação dos precedentes judiciais desenvolveram-se ao longo da história, faz-se necessário a explanação da evolução histórica dos precedentes, tomando como base a evolução do ordenamento jurídico brasileiro, para que se estabeleça um panorama para a discussão quanto a análise do instituto e a autonomia judicial.

2.3 Precedentes judiciais no direito brasileiro

Dentro do sistema do *common law* um precedente é constituído pela *ratio decidendi* e a *obter dictum*, cabendo à primeira vista como a razão de decidir, o elemento vinculante da conclusão do juízo, e esta última, o elemento de efeito persuasivo, cujo papel é a ligação do ponto de discurso ao direito (LOPES FILHO, 2016).

Nesse ponto Marinoni (2017, p. 109-110) conceitua precedente como “um conceito material e qualitativo – diz respeito à completa apreciação dos argumentos que podem influir na solução da questão examinada e à autoridade de quem elabora as razões a partir de determinado caso”.

Taranto (2010) divide em quatro as fases históricas dos precedentes judiciais do Direito Brasileiro: da influência do direito Português (1500 a 1889), da pré-objetivação (1891 a 1963), da objetivação (1963 a 1988) e da adoção da teoria determinativa dos precedentes judiciais.

A primeira fase, determinada pela influência do direito Português, marca uma fase de colonização e de orientação por meio dos assentos da Casa de Suplicação, seguimentos interpretativos obrigatórios aos juízes inferiores, advindos, a exemplo, das ordenações Manuelinas e Filipinas, com o fim de sanar possíveis dúvidas oriundas dos julgamentos; a princípio inalteráveis, mas em 1808, com a vinda da família real, tornam-se passíveis de edição. Perdurando até depois da proclamação da independência, ainda que a Constituição de 1824 tenha aberto à Assembleia Geral papel interpretativo às leis em caso de vício, lacuna e incoerência.

As segunda e terceira fases, iniciadas em um período de fim da monarquia e instauração da República, com consequências significativas ao estudo dos precedentes, sobretudo com a superação da legitimidade do Imperador em intervir, em especial, no Poder Judiciário, abriu espaço à instauração de um sistema de controle da obediência da Constituição em relação aos atos do Poder Público.

O autor destaca ainda o advento da carta imperial de 1889, que por força do art. 15 atribuiu ao Poder Legislativo a função de guarda da Constituição e, exclusivamente, a interpretação das leis.

É nessa fase que surge a Jurisdição Constitucional do Direito Brasileiro que, embora de grande estigma ao estudo dos precedentes, possuía papel incidental e ainda despojada obrigatoriedade, que não seguia o modelo americano e a concepção de *stare decisis*, de modo que ainda era necessária uma coerência interna do Poder Judiciário. A crise e o desprestígio dos precedentes nesse ponto histórico se mostrou inevitável e apenas aumentou, à medida que o movimento burguês do século XIX, proclamou postulados como a exclusividade da lei e a impossibilidade de atuação legislativa positiva do juiz.

Em novembro de 1926, diante do estado caótico e de grande conflito jurisprudencial, Emendas à Constituição da República atribuíram função uniformizadora ao Supremo Tribunal Federal. Com o fim da Política do Café com Leite e, por conseguinte, a permissão ao desenvolvimento tecnológico, a Revolução Industrial chegou ao cenário brasileiro.

Em 1939, surge o Código de Processo Civil por meio do Decreto Lei nº 1.608, de 18 de setembro, que trouxe a figura do prejudicado determinando que:

A requerimento de qualquer de seus juízes, a Câmara, ou turma julgadora, poderá promover o pronunciamento prévio das Câmaras reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre Câmaras ou turmas. (BRASIL, 1939)

Assim, Taranto (2010) continua ainda dispendo que Código de 1939 previu, em suma, a possibilidade de instauração de incidente processual em caso de divergência jurisprudencial. Note-se que o movimento é referente à formação de jurisprudências coesa, dado um caso concreto

Em 1982, com o advento da Lei nº 7.033, de 05 de outubro de 1982, houve a transformação, por parte do Tribunal Superior do Trabalho, das orientações consolidadas trabalhistas em súmulas em âmbito fático, visto que à época, foram denominadas de enunciados. No entanto, o verdadeiro marco no estudo dos precedentes ocorreu em com a sessão plenária

de 13 de dezembro de 1963, em que o Supremo Tribunal Federal editou as primeiras súmulas, na qualidade de precedentes pluriprocessuais, uma inovação em termos jurídicos de consolidação jurisprudencial.

Com a Emenda nº 16/1965, foi introduzido o controle concentrado de constitucionalidade, prevendo os precedentes judiciais originariamente objetivos. Mas é com o Código de Processo Civil de 1973 que houve a verdadeira consolidação dos dispositivos referentes à edição de súmulas por todos os tribunais, bem como a disposição em um capítulo acerca da uniformização de jurisprudência, constituindo nesta hipótese, um precedente.

Já a quarta fase elencada, atinente a uma jurisdição constitucional pós-88, demonstrou o reconhecimento da normatividade dos princípios e uma nova concepção de compreensão do direito conota uma racionalização dos métodos de decisão, buscando-se uma interpretação que decante os elementos dos precedentes, formulando a *ratio decidendi*, projetando os motivos determinantes dos julgados e a posterior edição das súmulas.

Figura importante para a evolução histórica do Direito forma as mudanças feitas ao Código de 1973, a partir das reformas de 1998, em que art. 557 afirmava que:

O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou do Tribunal Superior. (BRASIL, 1973).

O supracitado artigo representa uma clara força dada aos precedentes como meios de facilitar a função do Poder Judiciário, relativizando o duplo grau de jurisdição em casos cujos precedentes já se encontram consolidados.

Outro dispositivo importante foi implementado por meio da Lei nº 11.276, de 07 de fevereiro de 2006, que acrescentou ao art. 518 que em caso de Apelação fundada em desconformidade com a súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, o recurso não seria conhecido. Nesse mesmo sentido, destaca-se o art. 285-A⁵ e 515, § 3º⁶.

Nota-se um verdadeiro processo e consolidação dos precedentes judiciais, em que pese, nesse ponto histórico, a edição da EC 45/2004 que instituiu denominada súmula vinculante

⁵ “Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”. (BRASIL, 1973).

⁶ “Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. § 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento”. (BRASIL, 1973).

(art.103-A da CFRB/88) e a lei nº 11.277, de 07 de fevereiro de 2006⁷, que apenas ratificou uma força dada aos precedentes nas normas anteriormente editadas, uma vez que traz a previsão de julgamento liminar de mérito em caso de precedente judicial pela improcedência do pedido.

Assim, Marinoni (2017) destaca que a existência de um controle difuso de constitucionalidade, bem como a existência de textos legislativos abertos e, portanto, carentes de interpretação, colaboraram para a comunicação e aproximação dos ditames do *civil law* e do *common law* sob a ótica da evolução do ordenamento brasileiro, sobretudo a partir do entendimento de que a norma nada mais seria do que o objeto de uma interpretação e, desta feita, a leitura feita pelos tribunais superiores, dentro de um âmbito de início do reconhecimento dos precedentes, carregaria uma esfera de normatividade e que o princípio da igualdade deveria ser levado adiante, como solução a uma imensa maioria de casos concretos idênticos e semelhantes cotidianamente julgados de maneiras diferentes.

Pelo que segue, temos a edição da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, o “novo” Código de Processo Civil”, que estudaremos no decorrer deste trabalho, que deu importante ênfase ao instituto, prevendo hipóteses expressas de vinculação dos precedentes judiciais (TARANTO, 2010).

Frisa-se que quanto aos precedentes judiciais, portanto, o Brasil veio à contramão do que ocorreu na Inglaterra, uma vez que a força atribuída a este foi decorrente, precipuamente, de lei, enquanto naquele foi decorrência da prática reiterada nos tribunais, surgindo como uma necessidade natural. Parece-nos, no mínimo, controverso, mas sob nenhuma hipótese desprovido de legalidade, que os pressupostos de um instituto costumeiro, do *common law* tenham sido implementados por meio de uma norma estatal, a partir de uma tradição positivista.

No que segue, passaremos ao estudo da Teoria dos Precedentes Judiciais e a sua análise tomando como base o Código de Processo Civil de 2015. É necessário para a análise a que se propõe esse trabalho os aspectos teóricos do instituto e as razões que levam ao seu caráter vinculante, para que se possa prosseguir à sua relação com a autonomia judicial.

⁷ “Art. 2º A Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 285-A: Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”. (BRASIL, 2006).

3 TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL

É crescente a importância dos mais diversos pronunciamentos judiciais às atividades jurídicas, às políticas e às sociais. Diante da omissão legislativa e da impossibilidade de universalização das leis ao caso concreto, o Poder Judiciário ganha um protagonismo hercúleo, reflexo da progressiva expectativa de solução de todos conflitos pela via judicial; da crise de identidade do Poder Legislativo e do conseqüente abandono da crença na efetividade do texto legislado.

Na atuação mediante a omissão legislativa, o juiz não só interpreta a lei, bem como extrai dela direitos e deveres, sempre à luz do ordenamento jurídico como unidade. Apesar de atuar formulando verdadeiras normas jurídicas pelo fato de terem força obrigatória para os demais juízes, a decisão não tem a mesma força e qualidade do produto legislativo, elenca Marinoni (2010). A decisão constitui direito, não lei⁸.

No mesmo passar, a publicização dos julgados aproxima a sociedade do que está sendo decidido pelas cortes. Essa projeção, do ponto de vista teórico, leva os tribunais a uniformizarem sua jurisprudência de modo a mantê-la estável, íntegra e coerente.

O atual Código de Processo Civil brasileiro trouxe inédito regramento acerca dos precedentes e da jurisprudência no direito nacional. Uma inovação, ainda que se compare aos países que adotem o *common law*, uma vez que nestes o sistema de consolidação do *stare decisis* foi paulatino e doutrinário.

Há, nesse sentido, elevação a um patamar de destaque, ainda que já fossem valores implícitos da própria sistemática recursal: a uniformidade e estabilidade das decisões judiciais.

Mesmo que se possa enaltecer a referida iniciativa legislativa, ela demonstra um apego normativo corrente na história brasileira e que gera a ideia falaciosa, corriqueiramente atribuída aos precedentes, de intangibilidade e vinculabilidade acrítica⁹, escondidos sob o viés da força normativa convencionada e, agora, positivada.

Súmula, jurisprudência e precedente se reduzem ao mesmo viés significativo, trazidos de uma base de pouca flexibilidade, em que não se busca a fundo as determinantes e

⁸ Em países de tradição civilista, por se tratar de interpretação de lei ou da constituição, o direito criado não é novo, equívoco seria afirmação em contrário. Assim, evidencia Marinoni (2010, p. 39): “A circunstância de o precedente ser admitido como fonte do direito está muito longe de constituir um indício de que o juiz crio o direito a partir da sua própria vontade. Nesta perspectiva, a força obrigatória do precedente como fonte do direito, não significa que o judiciário tem poder para criar o direito”.

⁹ Denomina-se vinculabilidade acrítica a redução dos argumentos decisórios de um julgado pela transcrição das ementas ou enunciado sumulado, que apenas organizam e comentam os assuntos abordados. Ao aplicar o “precedente” ao novo caso, em que os fundamentos se assemelhariam, há uma falsa presunção de correlação, sem que haja a análise dos fundamentos relevantes, obstaculizando a aplicação correta dos precedentes (LOPES FILHO, 2016).

as particularidades dos referidos institutos. Assim, a economia hermenêutica que se faz é traduzida em uma pobreza argumentativa (LOPES FILHO, 2016).

A teoria do precedente judicial é uma teoria metodológica ligada a uma teoria de argumentação¹⁰ que objetiva tornar racional o processo de aplicação do Direito. Nesse aspecto, Bustamante (2012, p. 541) preleciona que “[...] é pela via das teorias da argumentação jurídica que o Judiciário, mesmo carente da representação democrática característica do Poder Legislativo, pode legitimar as normas jurídicas que ele deixa assentadas em suas decisões”. Seguindo esta ordem, os precedentes passam a ser considerados importantes aspectos da racionalidade prática, visto que levam em conta tanto fatores institucionais, quanto extrainstitucionais.

Quanto a isso, Bustamante (2012) destaca que a particularização dos fatores institucionais e extrainstitucionais apresentam um contorno desfocado e impreciso, mas que, ainda assim, é relevante de ser pontuado frente à proposta apresentada da teoria dos precedentes em geral, uma vez que contribuem à racionalização do Direito.

Elenca que os fatores “institucionais” se revelam aqueles que arrimam as decisões por elementos ou razões de autoridade do próprio direito positivo e, assim, em um âmbito geral, sobressaem aos fatores não institucionais, a exemplo da tradição jurídica e a estrutura constitucional¹¹. Esta última, a partir de um escalonamento de força proporcional ao grau hierárquico do órgão que proclama o precedente.

Já os extrainstitucionais, argumentos práticos gerais consubstanciam as decisões por motivos puramente racionais e ainda não institucionalizados¹², como é o caso das concepções jurídico-teóricas e das relações de prioridade entre os princípios.

¹⁰ Sobre a teoria da argumentação elenca Bustamante (2012, p. 541-542): “A teoria da argumentação que se encontra na base da teoria normativa do precedente judicial [...] é, claramente, uma teoria kantiana da razão prática. Seu princípio fundamental é a universalidade, que é empregada por Alexy, MacCormick, Habermas e outros autores [...] como a regra de argumentação mais importante para o discurso prático, em especial para o discurso jurídico”.

¹¹ “Como diretiva geral, pode-se estabelecer que quanto maior o posto hierárquico do órgão jurisdicional que proclama uma decisão, maior será sua força como precedente judicial. Mas ao lado desse fator há outros subsidiários, tais como: (1) julgamentos prolatados pelo tribunal pleno ou por órgãos especiais [...]; (2) nos sistemas jurídicos em que os juízes votam separado, nos órgãos colegiados, os casos em que há dissenso entre os julgadores têm força relativizada; (3) decisões que formem uma tendência jurisprudencial identificável e estabelecem uma orientação ou linha definida têm uma força maior que a dos precedentes isolados [...]; (4) situação de conflito de precedentes - obviamente sem que esses conflitos tenham sido resolvidos por um órgão especial do tribunal mais elevado - enfraquecem a autoridade dos precedentes judiciais e lhes atribuem um valor, via de regra, meramente persuasivo”. (BUSTAMANTE, 2012, p. 310-311)

¹² Utiliza-se o termo “ainda” na delimitação dos instrumentos “extrainstitucionais”, uma vez que Bustamante (2012) defende que todos os fatores que influenciam a força dos precedentes em determinado sistema jurídico são “institucionais”, ainda que se tornem no momento em que passam a interferir na tomada de decisões na prática jurídica.

Voltando à linha da teoria argumentativa atinente aos precedentes, um dos pontos característicos de um ordenamento jurídico é a pluralidade de interesses dentro de uma coletividade, cuja solução pressupõe a atuação de uma autoridade, que emana comandos jurídicos seja pela via preventiva (leis), seja pela sucessiva (sentenças ou atos administrativos). Dessa forma, o complexo de normas escritas não esgota o ordenamento jurídico, em que é necessária uma contribuição hermenêutica e argumentativa com vistas a facilitar a mediação entre a lei ou a constituição e a realidade social em que se insere (GRINOVER, 2016).

O fenômeno hermenêutico dos precedentes objetiva intensificar o alcance da norma a partir da integração com os princípios da justiça. Portanto, as normas jurídicas e, por consequência, o ordenamento jurídico, passou a melhor servir à solução de conflitos de interesses, bem como ao aumento da certeza aos direitos assegurados aos jurisdicionados. Sem prejuízo de outros instrumentos, como a jurisprudência consolidada.

A lei (em seu sentido exegético do século XIX) perdeu a posição central como fonte do Direito e deu lugar à supremacia da Constituição. O juiz então deixa de ser um servo da lei e assume o dever de dar-lhe dimensão com vistas aos direitos postulados na Constituição, facultando-lhe, quando necessário, negar a vigência da lei quando inconstitucional. De *per si*, a lei não tem a mesma força se não interpretada conforme a Carta Magna e, ainda, à luz dos direitos fundamentais (MARINONI, 2010).

O limite e o contorno dado à lei pelos princípios constitucionais e pelos direitos fundamentais fazem com que seja ultrapassada a mera legitimação formal. O objetivo necessário é de resgatar a substância da lei e encontrar os instrumentos capazes de conformá-la aos princípios de justiça (MARINONI, 2010).

O papel dos juízes ultrapassa a visão estagnada de apenas reprodutores e aplicadores da lei, em uma visão literal, limitada e alheia às peculiaridades do caso concreto. É perdido o “encanto romântico” de instrumento reto que detinha a produção de efeitos superiores. Não é mais concebível que os juízes se limitem à literalidade textual, haja vista que, por força do *non liquet*¹³, foram compelidos a sofisticar suas decisões e utilizar métodos hermenêuticos para ir além do literal e buscar um sentido descritivo que começasse, mas não se limitasse, aos enunciados legislativos (LOPES FILHO, 2016; LOURENÇO, 2012).

¹³ Vedada no ordenamento jurídico brasileiro, a expressão latina *non liquet*, como ensina George Marmelstein (apud KOATZ, 2015, p. 02), “é uma abreviatura da frase ‘*iuravi mihi non liquere, atque ita iudicatu illo solutus sum*’, que significa [...]: ‘jurei que o caso não estava claro o suficiente e, em consequência, fiquei livre daquele julgamento’. Ao declarar o ‘*non liquet*’, o juiz romano se eximia da obrigação de julgar os casos nos quais a resposta jurídica não era tão nítida”.

3.1 O que é precedente judicial

Kelsen (1998, p. 174), em sua obra “Teoria Pura do Direito”, ao escrever sobre a criação de normas jurídicas gerais pelos tribunais trabalhou a ideia de precedente judicial como “[...] quando a decisão judicial do caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos”.

Desta forma, uma decisão judicial tem caráter de precedente quando a norma jurídica em que se baseia não está predeterminada em uma norma geral de criação legislativa, ou, quando o é, não se mostra suficiente e enseja possibilidade de interpretação (KELSEN, 1998).

Ao tratar sobre os precedentes, o autor busca uma análise da funcionalidade e utilização do instrumento para o andamento e a solução dos conflitos judiciais. Nesses termos, os precedentes se mostram como normas dotadas de generalidade criadas a partir de casos concretos contidos na fundamentação das decisões, sem qualquer usurpação do Poder Legislativo, uma vez que o Judiciário, nesse aspecto, cumpre apenas o papel de interpretar leis já existentes, isto, pois, é indubitável a premissa de que a sociedade se movimenta e, nem sempre, a legislação a acompanha.

As leis não conseguem atingir todas as especificidades de todos os casos, e nem poderiam. As necessidades sociais estão em constante movimentação e, rotineiramente, novos paradigmas são suscitados e levados ao Poder Judiciário que não pode eximir-se de decidir com fundamento na lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico, conforme art. 140 do CPC/2015 (BRASIL, 2015).

É falha a ideia de que é possível ao legislador produzir leis dotadas de universalidade e que, nesse sentido, englobem todos os casos possíveis sobre a matéria, não abrindo margem a interpretações e integrações com os outros instrumentos jurídicos e não jurídicos. A ideia de leis universais é circunstancial e não se debruça sobre acontecimentos novos.

Seguindo esta análise, tanto a legislação quanto os precedentes referem-se a uma situação de fato, porém, na legislação, a situação de fato é abrangente e padronizada, enquanto no precedente é uma situação realmente verificada, comparada e julgada. A decisão de um tribunal em um dado *instant case*¹⁴ assume um caráter de precedente obrigatório, cuja verificação é vinculada, para decisões futuras de qualquer caso similar (de mesma base fática)

¹⁴ Marinoni (2010) denomina, dentro da teoria dos precedentes, como *instant case* o caso sob julgamento e *precedent case* o caso tratado no precedente.

por meio de uma generalização da norma individual criada pela primeira decisão (LOPES FILHO, 2016; KELSEN, 1998).

A teoria do precedente e a força que lhe é atribuída decorre do princípio da justiça universal, uma vez que se espera que a decisão judicial esteja em sintonia com aquilo que é o entendimento majoritário do juízo ao qual se recorre e, como efeito, ver assegurada a justiça pelo tratamento semelhante de demandas equivalentes (NOGUEIRA, 2014).

Sobre a questão, o modelo do *stare decisis* se sustenta em quatro valores essenciais para a ordem jurídica. São eles a igualdade, a segurança jurídica, a economia (deflagrada no princípio da razoável duração do processo) e a respeitabilidade ou autoridade dos julgados. Nesse aspecto, a ideia de justiça advém de uma concepção de igualdade material, de tratamento igualitário na medida das desigualdades, e, dentro do estudo dos precedentes, de uma igualdade perante o Direito e não mais somente perante a lei (LOPES FILHO, 2016; NOGUEIRA, 2014; TARANTO, 2010).

É a igualdade, junto à concepção de segurança jurídica, que aduz à ideia de vinculabilidade dos precedentes, que será estudada nos tópicos seguintes, justificada frente à necessidade de isonomia, que é atingida através da seleção de aspectos considerados relevantes (*ratio decidendi*) do caso que deve ser julgado, gerando, conforme Bustamante (2002) a presunção de que todos os indivíduos de uma mesma classe ou categoria devem ser tratados igualmente, a não ser por razões especialmente relevantes que justifiquem um tratamento diferenciado

Desta feita, precedente é o instrumento mediante o qual o magistrado atribui racionalidade a uma certa decisão quanto à matéria de direito, na medida em que o julgador expressa as razões de decidir e, aos moldes da teoria que pretendemos firmar, a utiliza como uma descrição de um resultado de uma dada decisão que é considerada por sua relevância (*precedent case*).

Nessa proporção, é estabelecida uma regra abstrata que, para a decisão de um caso particular (*instant case*), passa a ser arguida a fim de exemplificar ou ilustrar, constituindo normas jurídicas a serem aplicadas em decisões posteriores (BUSTAMANTE, 2012; KELSEN, 1998; LOPES FILHO, 2016; NOGUEIRA, 2014; TARANTO, 2010; TARUFFO, 2014).

3.1.1 Precedente como súmula e jurisprudência

Ao contrário do que a prática processual e análise superficial do instituto possa ensejar, precedente judicial não é sinônimo de qualquer decisão judicial proferida. É

manifestamente equivocada a redução a um único significado que envolvam os conceitos de súmula, jurisprudência e precedente judicial.

Lopes Filho (2016) distingue esses instrumentos judiciais de maneira bem objetiva. Para o autor, precedente é o julgamento que passa a ser referência em julgamentos posteriores; jurisprudência é um conjunto de decisões sobre o mesmo assunto, dotada, na maioria dos casos, de instabilidade, carecendo, portanto, de uniformização, a exemplo da previsão do incidente de uniformização constante no Código de Processo Civil; já a súmula consiste em um ato administrativo de tribunal pelo qual exprime o resumo de um entendimento contido em uma jurisprudência dominante, além de expressarem um entendimento bem arraigado e pacificado, o qual é organizado a partir de uma sumarização jurisprudencial, nesse sentido, mais estável.

Assim, é possível conceber que precedente e jurisprudência facilmente distingam-se da súmula, uma vez que esta decorre de uma atividade administrativa e aquelas, de uma atividade jurisdicional. No entanto, maior sorte não há quanto à complexidade residente na distinção entre jurisprudência e precedente.

Jurisprudência, conforme elenca Taranto (2010), possui inúmeros significados ao longo da História do Direito nos diversos sistemas jurídicos. Em nosso ordenamento, jurisprudência se refere a uma pluralidade de decisões, em que pese, frequentemente muito amplas, relativas a vários e diversos casos concretos. Em oposição ao precedente, em que, faz-se geralmente referência a uma decisão relativa a um caso particular, no mais, poucas decisões sucessivas vêm citadas em apoio ao precedente (TARUFFO, 2014).

A jurisprudência evoca muitas decisões, dezenas, centenas, a depender do caso, embora, por óbvio, nem todas são citadas durante os processos. Ressalta-se que os aspectos apresentados até aqui giram em torno de uma visão quantitativa que foge à seara qualitativa da questão. Cumpre destacar que inúmeros julgados em uma mesma direção, não significam bons fundamentos e consolidação da racionalidade sobre a matéria.

A diferença qualitativa permeia uma análise do conteúdo comparado. Segundo a autora, na jurisprudência falta a análise comparativa dos fatos, uma vez que se tratam de declarações, concentradas em uma ou poucas frases, que tem como objeto regras jurídicas com enunciados gerais de conteúdo preceptivo¹⁵.

¹⁵ “[...] o precedente é constituído da inteira sentença, não por faixas mais ou menos sintéticas extraídas da motivação legal. Aqui, portanto, visualiza-se uma primeira diferença muito relevante: em regra, os textos que constituem a nossa jurisprudência não incluem os fatos que foram objeto de decisão, de modo que a aplicação da regra formulada em uma decisão anterior não é baseada na analogia dos fatos, mas na subsunção da fattispecie sucessiva em uma regra geral”. (TARUFFO, 2014, p. 04-05)

Em oposição, o precedente, fornece uma regra universalizável, passível de ser aplicada como um critério à solução de um caso concreto futuro que possui identidade ou analogia ao primeiro caso, parâmetro do precedente (TARUFFO, 2014).

3.2 Conceitos fundamentais da teoria dos precedentes judiciais

A fim de que se garanta a efetividade dos precedentes e se reconheça a importância do instrumento para assegurar a efetividade de garantias constitucionais como a isonomia, segurança jurídica, devido processo legal e efetividade da tutela jurisdicional é necessário conhecer seus elementos intrínsecos e os conceitos fundamentais que o norteiam.

Devemos seguir os precedentes não mais apenas porque eles constituem direito positivo formalmente produzido por alguma autoridade institucionalmente autorizada a criar direito positivo, mas porque os precedentes passam a ser vistos como uma exigência da própria ideia de razão prática.

Ademais, as razões não devem ser apenas institucionais, mas também razões morais, que desempenham um papel fundamental na argumentação jurídica (BUSTAMANTE, 2012).

A autoridade de um precedente depende do seu elemento hermenêutico/argumentativo, cujo conteúdo será vinculante se decorrente da proposição jurídica aplicável aos fatos controvertidos. Para que se possa delimitar uma teoria dos precedentes, é necessário pontuar o que é considerado como precedente em sentido próprio e, por consequente, seus elementos essenciais, quais sejam, *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing* e *overruling*, além das técnicas intermediárias, *transformation*, *technique of signaling* e *a decisum per incuriam* (BAHIA, 2014; MARINONI, 2010).

3.2.1 *Ratio decidendi* ou *holding*

No sistema do *common law*, um precedente é dotado basicamente de dois elementos, a *ratio decidendi* e a *obiter dictum*. A *ratio decidendi* se apresenta como a questão nuclear do julgado e o que conceberia a este a força obrigatória, uma espécie de norma necessária à conclusão do julgamento.

A razão de decidir é a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão. Apesar de questão nuclear, não necessariamente é única, em um mesmo *precedent case* podem ser observadas diversas *ratios*.

O papel de aperfeiçoamento e consolidação da *ratio* é feito pelo intérprete *a posteriori*, por decisões seguintes, que a extraem do caso concreto. Assim, não pode ser definida pelo órgão que prolatou a decisão judicial.

O grande problema da questão gira em torno de como encontrar esse ponto nuclear, fulcral de um precedente. Alguns autores como Wambaugh (1894 apud MARINONI, 2013) prelecionam a inversão do significado de uma questão ou argumento a fim de que se verifique se há ou não alteração do resultado do julgamento, uma vez que a *ratio decidendi*, deva ser uma regra geral sem a qual o caso deveria ter sido decidido de outra maneira.

Antes de tudo há de ser cuidadosamente formulada a suposta proposição de direito. Após deve inserir-se na proposição uma palavra que inverta o seu significado. Então, é necessário perguntar se, caso o tribunal houvesse admitido a nova proposição e a tivesse tomado em conta no seu raciocínio, a decisão teria sido a mesma. Sendo a resposta afirmativa, o caso não é um precedente para a proposição; em hipótese negativa, o caso tem autoridade para a proposição original. (WAMBAUGH, 1894 apud MARINONI, 2013, p. 05)

Parece-nos equivocado esse método, uma vez que ainda que elemento central, quando não for o único fundamento, a inversão, *per si*, pode não ser suficiente para alterar o resultado. O modelo é dotado de mera suposição, o que poderia levar a inúmeros equívocos.

Nesse ponto, portanto, nos filiamos à ideia de Durbury (2008) e de Cross e Harris (2004) que além disso destacam que, para o mundo, esse raciocínio poderia ser atribuído com o intuito de determinar o que não seria *ratio*, apenas afastando as colocações que não suportam conclusão judicial.

O modelo proposto, então, pelos autores, é de “colocar a *ratio* no caso, [...] nos fatos materiais da causa e na conclusão, e não nas razões ou em algum enunciado jurídico contido no julgamento.” (LOPES FILHO, 2016, p. 169).

A ideia proposta leva em conta a *ratio* como uma enunciação da razão ou princípio jurídico utilizado pela corte em seu julgamento e que nem sempre pode ser encontrada nas razões dadas nos julgamentos, embora a descrevam e sejam indicativos desta. Há uma passagem de pontuação dos fundamentos relevantes para os fatos relevantes que autorizam a formulação de um direito a ser utilizado no futuro. Assim, aqueles fatos que não integrassem a base do julgamento seriam considerados imateriais e, nesse aspecto, *obiter dictum*.

No entanto, Lopes Filho (2016) tece uma crítica, absolutamente pertinente, no mesmo caminho que o fizeram ao método proposto anteriormente, qual seja, a imprecisão. Destaca que o entendimento dos fatos também não é linear e, em órgãos colegiados, por exemplo, cada membro pode emitir um entendimento unívoco e visões múltiplas sobre os fatos e sobre o direito, ainda que cheguem à mesma conclusão.

Na mesma linha, Tucci (2004, p. 12) traz que “[...] 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”.

A motivação, consubstanciando a *ratio decidendi*, é o elemento do precedente que tem caráter obrigatório e persuasivo, tratando-se da operação interpretativa¹⁶ utilizada na decisão na qual o pronunciamento não teria sido prolatado da maneira como foi. Uma verdadeira afirmação de tese jurídica utilizada ao caso concreto, pelo julgador. O lugar em que é melhor possível extrair o significado de um precedente é a fundamentação da decisão, uma vez que reflete as razões pelas quais se decidiu de certa maneira ou nas razões que levaram à fixação do dispositivo (MARINONI, 2013; REDONDO, 2014).

Nesse diapasão, Nogueira (2014) elenca que a *ratio* engloba não só o dispositivo da sentença, mas também os fundamentos principais para aquela decisão. Assim, inclui os fatos relevantes da causa (*statement of material facts*), o raciocínio lógico jurídico da decisão (*legal reasoning*) e o juízo decisório (*judgement*).

O que se pretende demonstrar é que o núcleo de um precedente está presente na motivação dos julgados e vai além de um raciocínio reducionista e em uma suposição de regra em um enunciado fixo e único, sem que se analise as razões para a decisão, o que podemos chamar de vinculabilidade acrítica. Na *ratio* há, além de um trabalho hermenêutico, um trabalho argumentativo em que se busca o sentido correto.

Não é concebível reduzir *ratio decidendi* a ementa ou súmula, a uma regra jurídica de julgamento enunciado pela corte que a emitiu. A consequência dessa redução, é equiparar precedente a lei e voltar-se à ideia exegética e engessada da hermenêutica jurídica, incompatível com o neoconstitucionalismo. O precedente deve abrir o sistema jurídico, ou seja, deve possibilitar a obtenção de novos entendimentos e conclusões.

3.2.2 *Obiter dictum*

A ideia de criação do *case law*, base da teoria inglesa dos precedentes judiciais, levou os juristas à necessidade de distinção entre a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*, este último dito como os discursos não autorizativos que se manifestam nos pronunciamentos judiciais. A

¹⁶ “[...] a ideia de interpretação do precedente não se busca revelar o conteúdo do seu texto, mas sim identificar os seus extratos formais, ou melhor, o significado formal das suas porções, das quais se extraem determinados efeitos, como o efeito vinculante ou obrigatório (*binding effect*). É claro que o ato de procurar o significado de um precedente, ou de interpretar um precedente, não se confunde com o de interpretar a lei. Quando se fala em interpretação de precedente, a preocupação está centrada nos elementos que o caracterizam enquanto precedente, especialmente na delimitação da sua *ratio* e não no conteúdo por ela expresso”. (MARINONI, 2013, p. 05)

necessidade pautada se mostrou crucial para definir os limites da formulação motivacional diante do imperativo balanceamento a fim de que nem tudo que o juiz pode dizer e o faz é vinculante para o futuro juiz. Assim, qualquer outra observação, que não nuclear, que não tem relação de causalidade é *dictum* (BUSTAMANTE, 2012).

Marinoni (2013) resgata que no século XVII, o instrumento não era concebido como uma opinião judicial. Apesar de pronunciada por uma Corte, era um argumento de caráter extrajudicial. Dentro do *civil law*, inicialmente, não havia importância a essa particularização do que seria determinante (*ratio decidendi*) ou persuasivo (*obiter dictum*). No Brasil, a preocupação estava na subsunção do fato à norma, aplicação correta da lei, com fundamentação sucinta. Uma ideia que expressamente muda com o advento do Código de Processo Civil de 2015, no Brasil.

A ideia de *obiter dictum* nem sempre foi a mesma. Aos juristas ingleses em entendimento, que perdurou até relativamente recentemente os conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum* se invertiam. De acordo com Goodhart (1931 apud BUSTAMANTE, 2012, p. 256), “a razão que o juiz dá para a sua decisão nunca é parte vinculante de um precedente”, o que significa que a motivação dos julgados não era o parâmetro para a enunciação de decisões posteriores de mesma base enunciativa, como o é atualmente.

O conceito de *dictum* é definido por exclusão, em que todas as normas e afirmações que não puderem ser enquadradas no conceito estrito de *ratio decidendi* têm sua autoridade descartada e valem apenas para a força de convencimento que eventualmente possa vir a ter. Valora-se como uma questão secundária, de efeito meramente persuasivo. É uma proposição de Direito, constante do julgamento, com ligação muito tênue com a matéria do caso (BUSTAMANTE, 2012; TARANTO, 2010).

Nesse contexto, Marinoni (2010) explica que os argumentos da *obiter dictum* revelam juízos normativos acessórios, provisórios e secundários; impressões ou qualquer elemento jurídico-hermenêutico que não tenham influência relevante para a decisão; opiniões jurídicas adicionais e paralelas, mencionadas incidentalmente pelo juiz, dispensáveis para a fundamentação e para a conclusão da decisão.

É possível a distinção da *dictum* em duas acepções de nevrálgica importância aos precedentes. A primeira delas diz respeito à afirmação sobre algo que não foi arguido em juízo, constituindo “desperdícios” e, desta forma, com baixíssima força ou valor persuasivo, chamado de *grátis dicta*; a segunda, um meio-termo entre a anterior e a *ratio*, refere-se a ponto plenamente arguido pelas partes e sobre o qual o juiz ou tribunal exara um juízo, a qual podem ser tão fortemente persuasivas como quase indistinguíveis da *ratio*, a *juditia dicta*, que, em

verdade, é a *ratio* da decisão de uma questão prévia ou colateral à de mérito (LOPES FILHO, 2016; SOUZA, 2006).

Se no campo teórico a distinção entre os dois conceitos já é complexa, na prática o grau de dificuldade é ainda maior. Não obstante, há uma confusão dos conceitos e determinação da força persuasiva das motivações que só pode ser sanada com uma análise, tal qual é proposta pela teoria dos precedentes e não tal qual é normalmente feita na prática brasileira.

Diante da correta análise do caso e constatação do equívoco é possível “rebaixar” o que erroneamente fora entendido como *ratio a obiter dictum* em decisões futuras.

3.2.2 *Distinguishing* e *overruling*

Não é apropriado dizer que o precedente é vinculante no sentido de que origine uma verdadeira e incontestável obrigação, segundo qual o juiz deva acompanhar o precedente. Mesmo no sistema inglês, cujas bases dos precedentes dotam de mais eficácia e aplicabilidade recorrente, técnicas argumentativas, das quais destacamos o *distinguishing* e *overruling* mostram-se presentes a fim de não se considerem vinculados a pretensões que não pretendem seguir (TARUFFO, 2014).

A doutrina do *stare decisis* necessita ser relativamente estável e, desta maneira, tem-se o caráter imperativo dos precedentes e regras para que as razões sejam superadas. Assim, se desenvolvem as técnicas supramencionadas e a seguir estudadas, consolidadas pela prática, tanto para se aplicar quanto para se deixar de aplicar um precedente, de modo a tentar evitar que o julgador posterior ignore os julgados sob alegação de livre convencimento (LOPES FILHO, 2016).

Considerado como técnica de confronto, interpretação e aplicação de precedente, o *distinguishing* consiste em uma atividade de cotejo entre o caso sob análise e o precedente paradigma, para avaliar a possibilidade de sua aplicação vinculante. Para que tenha a eficácia vinculante, a *ratio decidendi* fixada no precedente paradigma deve guardar uma pertinência substancial com o caso em julgamento. Uma premissa lógica, visto que os precedentes precisam ser racionalmente justificáveis à medida em que a doutrina dos precedentes absolutamente vinculantes, sem qualquer análise crítica e comparativa dos casos, não é mais compatível com a exigência de justificabilidade mantida pelas Constituições democráticas (BUSTAMANTE, 2012; REDONDO, 2014; SERRA JÚNIOR, 2017; TUCCI, 2004).

Rigorosamente falando, Redondo (2014) conta que deve o julgador, primeiramente, verificar se o caso sob exame guarda semelhança fática e jurídica com o anteriormente julgado; a partir daí, parte-se a uma comparação de elementos objetivos da demanda, tais como causa

de pedir e pedido. Se o magistrado concluir pela aproximação entre os casos, direciona-se à segunda etapa, qual seja, a análise da *ratio decidendi*, tese jurídica firmada nas decisões proferidas anteriormente em causas análogas.

Já o *overruling*, elencado como técnica de superação do precedente, ocorre quando há uma superação total do precedente. No que se discute, Lourenço (2012) grifa que esta possibilidade é o que o diferencia precedente e a coisa julgada, uma vez que esta é indiscutível, somente podendo ser revista, basicamente, por rescisória.

O precedente pode ser revisto a qualquer tempo, desde hajam novos argumentos, criando-se um novo precedente. O *overruling* não significa mera fixação de novos argumentos, são bases herméticas com uma carga maior na fundamentação, trazendo argumentos até então não enfrentados, capazes de formar uma nova razão prática.

Afirma Lourenço (2012) que no âmbito geral da teoria dos precedentes, embora não seja essa parte aplicada no Brasil, é concebível o *implied overruling*, ou seja, a superação tácita.

No Brasil, somente admite-se o *express overruling*, a superação expressa em que o tribunal resolve expressamente adotar a nova orientação, em confronto com a anterior. Nesses termos, destaca o autor ainda que quantos aos efeitos, o *overruling* pode ter efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*.

Menciona o autor que a ideia do efeito *ex tunc* e, portanto, retrospectivo, somente seria possível quando o precedente fosse recente e não consolidado, pois ainda não haveria base suficiente para gerar uma confiança no enunciado. Já os efeitos *ex nunc*, regra no sistema, são necessários visto a consolidação do precedente superado, uma garantia do primado da segurança jurídica.

Continua estabelecendo ainda a figura do *overriding*, uma espécie de *overruling* parcial, em que há a superação parcial do precedente, ocorrendo, a exemplo, quando o tribunal apenas limita o âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal¹⁷.

Nesse ponto, Lopes (2016) discute casos clássicos que ensejariam uma superação de um precedente, os quais seriam quando: há uma interpretação falha de outros precedentes prévios a ele; foi relativo a uma decisão que ignorou a obrigatoriedade de uma lei ou de outro

¹⁷ “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 o *overruling* e *overriding* são técnicas que impedem a petrificação do direito, arejando o sistema e o mantendo atualizado. Nessa feita, permite a inafastável flexibilidade do ordenamento jurídico da *common law*, indispensável à evolução e ao progresso do direito”. (LOURENÇO, 2012, p. 14)

precedente; foi, posteriormente, superado ou questionado por outros julgamentos; e quando inconciliável com julgados anteriores ou posteriores a ele.

Esses, seguindo a análise do autor, seriam motivos principais que poderiam ser somados aos secundários, quais sejam: a corte que proferiu o precedente é de um escalão inferior de hierarquia do Judiciário, o alcance do precedente não é claro; o argumento utilizado é fraco; a decisão do tribunal foi decisivamente influenciada por considerações especiais; a mudança nas condições sociais; a fundamentação não é confiável; e o precedente é criticado pela doutrina.

Nota-se que apesar da enumeração feita, todos os casos referem-se a uma dúvida quando a racionalidade do precedente, seja ela teórica ou prática, o que apenas demonstra o raciocínio empregado à teoria dos precedentes judiciais.

3.2.3 *Transformation, technique of signaling* e a *decisum per incuriam*

Muitas maneiras são concebíveis ao confronto e superação de precedentes. Entre os conceitos gerais de *distinguishing* e *overruling*, que compõem as balizas principais, outras técnicas são apontadas doutrinariamente.

A superação por meio do *overruling*, conforme já explicamos, pode ser expressa ou implícita. Quando implícita, o julgador deixa de apontar a revogação e inaplicabilidade do precedente superado. A superação é concebida, portanto, por razões lógicas de impossibilidade de posicionamentos contraditórios, em nome da isonomia e da segurança jurídica, isto é, quando um precedente não pode se sustentar em virtude de precedente mais recente. Quando isso ocorre, estamos diante da *transformation*¹⁸ ou *implied overruling*.

É possível entender a técnica, ainda, como uma reconfiguração do precedente, sem revogá-lo, considerando “como fatos relevantes e materiais aqueles, que, no precedente, foram considerados de passagem, atribuindo-se-lhes, diante disso, nova configuração” (MARINONI, 2010, p. 347).

A *technique of signaling*, como o próprio nome indica, é uma técnica de sinal, à qual o julgador aponta possíveis pontos de superação próxima, sem, ainda a adequada distinção, mas que ainda não são revogadas em nome da segurança jurídica. Redondo (2014) aponta como

¹⁸ “Eisenberg alude à doutrina de Peter Westen para demonstrar que tanto a *transformation* quanto o *overruling* admitem equívoco no raciocínio ou na fundamentação das decisões anteriores, mas apenas o *overruling* aceita ter havido um erro de julgamento. A *transformation* admite equívoco na tese então sustentada, mas não aceita que a Corte tenha cometido impropriedade ao julgar o caso anterior. O *overruling* constitui confissão de que não apenas a tese está equivocada, mas também de que a Corte errou ao decidir em favor de uma das partes e não da outra. A *transformation*, por sua vez, não aceita a ideia de que a decisão deveria ter sido favorável ao autor e não ao réu ou vice-versa”. (MARINONI, 2010, p. 343).

uma superação do precedente com eficácia para o futuro, eminente, em que o Judiciário alerta quantos às razões inconsistentes com vistas à uma transição futura de posicionamento.

Quando o magistrado deixa de aplicar um precedente obrigatório, ou ainda lei referente ao caso, sem que se trate de uma superação de entendimento (*overruling*) tem-se a *decisão per incuriam*, “caso em que, para a validade do julgado, é necessário que o julgador demonstre que, ainda que tivesse analisado a lei ou o precedente ignorado, o resultado a que chegaria seria o mesmo alcançado” (REDONDO, 2014, p. 83).

3.3 A força dos precedentes

Autores tais como José Rogério Cruz Tucci, José Carlos Barbosa Moreira, Luiz Guilherme Marinoni, Thomas Rosa Bustamante e Juraci Mourão Lopes Filho são categóricos em seus ensinamentos quanto ao reconhecimento da força vinculante dos precedentes judiciais.

Taranto (2010) estuda a força dos precedentes a partir de uma análise de seus efeitos, elencando-os como vinculantes, impeditivos de recurso e meramente persuasivos. Dito isto, um precedente produz efeito vinculante quando, obrigatoriamente, deva ser aplicado como paradigma pelo Poder Judiciário e pela Administração Pública. Seria o caso de questões envolvendo matéria constitucional. Aponta o autor, nesse aspecto, que detém força vinculante, por exemplo, os julgados que demandaram controle de constitucionalidade.

A vinculação atribuída a esses precedentes não exclui a obrigatoriedade dos outros classificados, a ideia defendida por Taranto (2010) se forma por uma ponte criada, uma vez que se externaliza, obrigando, inclusive e principalmente instâncias não jurisdicionais, como é o caso dos Poderes Executivo e Legislativo.

Já o efeito impeditivo de recurso seria atribuído ao precedente que atua como paradigma em instrumentos de aplicação inerentes ao juízo negativo de seguimento recursal. É o caso daqueles que determinam casos paradigma de admissibilidade ou inadmissibilidade pautado na repercussão geral diante de Recursos Extraordinários no Supremo Tribunal Federal.

O efeito meramente persuasivo, por sua vez, de acordo com o autor, tem uma concepção eminentemente jurídica, e não estão alinhados a uma obrigatoriedade por dedução ou indução. A autoridade deles emana dos seus aspectos hermenêuticos. Desta feita, representam a maioria no ordenamento jurídico.

A classificação feita por Taranto (2010) merece críticas no que tange certa confusão à particularização dos precedentes. Sobretudo quanto aos dois primeiros, uma vez que mitiga a hermenêutica e razão prática dos julgados no primeiro e atribui força à decisão monocrática em âmbito de um órgão colegiado no segundo.

No entanto, Taruffo (2014) trabalha a força dos precedentes alinhada à razão e força argumentativa da decisão, qual seja, a *ratio decidendi*. Justifica sua proposição aduzindo que “[...] por meio da referência direta aos fatos da causa se pode determinar qual é a razão jurídica efetiva da decisão, ou seja, a *ratio* que somente pode ter eficácia de precedente.” (TARUFFO, 2014, p. 07).

Demonstra ainda a ideia, a qual nos filiamos, de que é equivocado se referir a uma distinção em precedentes de efeitos vinculantes e meramente persuasivos.

A ideia proposta pela autora, então, é uma indicação do grau ou da intensidade com o que o precedente é capaz de influenciar as decisões sucessivas. Isso, pois, a ideia de vinculabilidade leva a um sentido de obrigatoriedade de acompanhar o precedente, a qual já vimos que não é verdade. A eficácia persuasiva está no dever de observar as razões delimitadas nos precedentes, sendo livre a divergência, desde que presentes os pressupostos para a revogação do precedente¹⁹.

A força a ser atribuída é considerável, mas sempre reversível, revogável ou anulável em detrimento de uma formulação mais justa para o caso que se deva decidir. As bases teóricas que tratam da força dos precedentes advém dos estudos do direito inglês, entretanto destaca que embora nos ordenamentos de *civil law*, como é o caso do Brasil, o grau de força que vem atribuído ao precedente seja, muitas vezes, menor do que aquele atribuído ao precedente da *common law*, o que é óbvio; nada exclui que existam precedentes tão influentes e persuasivos a ponto de serem impostos aos juízes sucessivos nos países de ordem civilista.

Dworkin (2002) mostra que a força atribuída aos precedentes não os equipara a leis, nem as razões para segui-los é a mesma. Dessa constatação o autor estabelece duas forças advindas dos precedentes, a força de promulgação e a força gravitacional. A primeira refere-se à força de produção de uma norma em moldes parecidos a uma norma legislativa, já a segunda consistiria em ideias persuasivas, não concebendo a plena vinculação.

Ao tentar destacar a força dos precedentes, infere-se uma análise da dimensão normativa da força argumentativa do julgado paradigma. Esse balizamento só pode ser concebido quando ponderados razões e princípios que justifiquem a adesão das regras estabelecidas ao caso concreto para que se argumente quanto ao peso de cada *ratio decidendi*. É claro que ainda que teoria dos precedentes, a fundo, seja uma teoria normativa, o único papel a fim explicar sua força restringe-se a pautar diretivas que auxiliem nesse função (BUSTAMANTE, 2012).

¹⁹ Vide tópico 3.2.2, onde tratamos sobre *distinguishing* e *overruling*, elementos de confronto e superação do precedente, respectivamente.

Um julgamento que respeite um a vinculabilidade do precedente e, se for o caso, não apresenta o *distinguishing* e o *overruling* a fim de confrontar e superar o caso paradigma; não está conforme o Direito e, portanto, pode ser revertido.

3.3.1 Argumentos determinantes à força dos precedentes

Bustamante (2012, p. 298) explica que “a força dos precedentes encontra fundamento tanto em razões morais como em razões institucionais em sentido estrito” Uma pergunta pertinente de ser feita é quais fatores determinam ou sustentam a força vinculante do precedente? Quais as razões que levam o *precedent case* a vincular a sua observância na decisão do *instant case*?

3.3.1.1 Precedentes e segurança jurídica

Em uma concepção utópica, certeza jurídica²⁰ é tomada como garantia de segurança. Tal concepção é uma herança da Revolução Francesa cuja confiança estrita à lei levava à impossibilidade de que os juízes produzissem decisões incongruentes, ou os propósitos da revolução seriam prejudicados (MARINONI, 2010).

A interpretação das leis por parte dos juízes é inevitável e, por isso, podem produzir decisões diferentes uns dos outros. Foi, então, que se viu na força vinculante dos precedentes o instrumento apto à garantia da segurança jurídica.

Uma melhor concepção à segurança jurídica, no lugar de certeza jurídica, é a de estabilidade e continuidade da ordem jurídica. A ideia de previsibilidade continua, mas o sentido atribuído não é mais o mesmo. A segurança jurídica emanada dos precedentes conta, então, com a previsibilidade de expectativas de direito, um ideal de previsibilidade. Trata-se de estabilidade e um mínimo de continuidade, sem que sejam impostas regras absolutas, que impeçam a evolução do direito. As divergências acerca das normas devem ser uniformizadas, na medida do possível.

O fortalecimento do Poder Judiciário, tal qual denomina-se “judicialização da política”; a imposição, cada vez mais crescente de solução dos chamados “hard cases²¹”, bem como a patamar de supremacia alcançado pelas constituições, promove uma grande

²⁰ Aqui empregada no sentido de manter o juiz preso à lei, o chamado *judge bouche de la loi*, que significa o juiz boca-da-lei, uma figura antagônica ao de *judge make law*, que se refere ao juiz legislador (MARINONI, 2010).

²¹ hard cases são casos inéditos, paradigmas, em que o precedente é formado pela primeira vez, sem que haja nem uma regra clara, que estivesse estabelecido anteriormente, por alguma instituição, que servisse de base para orientar a decisão (BUSTAMANTE, 2012; LOPES FILHO, 2016)

dependência de estudo e aprofundamento tanto das teorias hermenêuticas, quanto de instrumentos de consolidação das razões apresentadas. No entanto, em oposto a isso, esse mesmo movimento, diante da flexibilidade de interpretação dos magistrados, desencadeia um aumento da insegurança jurídica (OLIVEIRA, 2014).

Vianna, Burlos e Salles (2007) apontam que desde 1970 os juízes ocupam gradativamente lugares tradicionalmente reservados às instituições especializadas da política e às de autorregulação societária. No entanto, essa posição em nada refletiria aspectos egoísticos do Judiciário e sim o aumento da complexibilidade e da permanência dos processos, uma vez que originários de profundas transformações sociais ao longo da história, tais como: direitos humanos suscitados pós períodos de guerra; direitos sociais e econômicos pós o *Welfare State*; e podemos citar os direitos de gênero e sexualidade, no viés moderno.

A judicialização da política nada mais é do que a interação entre direito e política. Dito isto, Nunes Júnior (2018) cita dois aspectos desse processo, o primeiro refere-se à transferência da tomada de decisão da arena administrativa (Poder Executivo) ou política (Poder Legislativo) para a arena judicial (Poder Judiciário), já o segundo diz respeito à propagação do procedimento judicial para outros procedimentos: o administrativo e o legislativo. Desta maneira, implicaria “em expandir a área de atuação do Poder Judiciário e valer-se dos métodos e procedimentos próprios do processo judicial para a resolução de conflitos nas arenas políticas distintas daquelas típicas dos tribunais em dois contextos.” (TATE; VALLINDER, 1995 apud NUNES JÚNIOR, 2018).

O *déficit* legislativo presente nas sociedades contemporâneas, aliado à carência de representatividade, transportam para o Poder Judiciário os casos de difícil solução (*hard cases*) pelo Poder Legislativo e levam, por consequência, juízes a atuarem como verdadeiros legisladores. É nessa atuação legislativa que o uso de razões práticas, pautadas em construções hermenêuticas consolidadas, influi à construção de casos paradigmas, verdadeiros precedentes judiciais. No entanto, é nessa mesma atuação, quando feita em oposição ao que acabamos de mencionar, que podem ser geradas situações de verdadeira instabilidade e falta de segurança jurídica.

A segurança jurídica é umas das principais razões principiológicas e institucionais para as diretivas de força dos precedentes à maneira à qual viemos trabalhando até aqui. Contudo, não podemos associar segurança jurídica a garantia de resultado.

Lopes Filho (2016) aponta que não se pode falar que o uso do precedente se justifique por gerar previsibilidade de resultados. Se o objetivo do precedente é garantir a aplicação efetiva do direito, ele é passível de modificações. Assim, dar-lhe sentido de “ser” em

detrimento do sentido de “dever ser” é mais uma forma de igualar precedentes a lei e ferir o sentido hermenêutico do instrumento.

Segurança jurídica pode ser conceituada, à definição de Ávila (2011, p. 112), como a “[...] prescrição, dirigida aos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, que determina a busca de um estado de confiabilidade e de calculabilidade do ordenamento jurídico com base na sua cognoscibilidade”. É claro que o apresentado pelo autor consubstancia uma análise verdadeira sobre o princípio. Entretanto, não se mostra suficiente à teoria do precedente judicial.

Ávila (2011) elenca a análise do princípio da segurança jurídica como fato, valor ou norma-princípio. Como fato, a segurança jurídica é resultado de fatos e comportamentos cujo resultado detém previsibilidade; como valor, ideal a ser buscado por determinada sociedade em razão de influências políticas, históricas, econômicas ou sociais; e como norma-princípio, o juízo prescritivo daquilo que deva ser buscado por um ordenamento jurídico, servindo como um direcionamento ao legislador e ao aplicador do direito.

No ordenamento jurídico pátrio, Serra Júnior (2017) mostra que o princípio da segurança jurídica é inerente ao Estado Democrático de Direito consagrado no art. 1º²² da CRFB/88 e fixado expressamente no *caput* do art. 5º, embora fortemente ligado ao inciso XXXVI do art. 5º da CRFB/88 diante do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada²³. Ainda não podemos esquecer da importância aos primados da irretroatividade da lei nova, à prescrição, à decadência e à preclusão.

Dentro da necessidade de consolidação das razões dotadas de força atinentes aos precedentes está uma denotação preambular de que o julgamento das demandas enseja tanto questões objetivas, quanto subjetivas, com grau de influenciar na decisão equitativos. Essa base subjetiva do convencimento, a destarte, não pode ser absoluta, sob pena de que o Judiciário chegue ao um ponto de rifa de suas demandas, com jurisprudências divergentes, quem sabe, de um mesmo juiz.

A segurança jurídica vem nesse aspecto, como fenômeno de garantia de solidez e uniformidade. É necessária a unidade, integridade e coerência das nossas jurisprudências e

²² “Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988).

²³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;” (BRASIL, 1988)

somente é possível alça-las se as decisões e os precedentes forem racionalmente justificáveis, uma vez que assumem o papel de tornar a resposta ao requerente equitativa e coerente.

Importante destaque deve ser feito em matéria de aplicação do princípio aqui estudado, qual seja, se determinada situação levada ao judiciário, ainda que embasada por precedentes, jurisprudência e súmula, é julgada improcedente, a título de exemplo, pelo Supremo Tribunal Federal; desde que cumpridas os ditames de superação do precedente não significam ofensa à segurança jurídica.

É inegável que há expectativas legítimas quando à questão, mas expectativas de direito não sinalizam direito adquirido. O entendimento contrário não é ilegítimo, é uma faculdade da corte exarar posicionamento divergente; o ato ilegítimo, contudo, seria em desconsiderar, negar ou ignorar a existência da pacificação trazida aos autos, de modo ao não confrontar o posicionamento anterior, ainda que exarada por órgão de nível hierárquico inferior²⁴.

A racionalidade empregada aos precedentes não é exclusiva das cortes superiores, ela é inerente aos próprios precedentes e, nesse sentido, não há qualquer argumento que justifique a monopólio de questões fáticas e jurídicas ao escalão mais elevado da hierarquia judiciária, estas são de capacidade de todo o corpo da magistratura, tanto no que se à lei, quanto ao precedente.

Ao tratar sobre o poder de persuasão dos precedentes anteriormente, falamos do grau ou da intensidade com o que o precedente é capaz de influenciar as decisões sucessivas. Quanto a isso convém destacar que o grau de vinculabilidade sim é proporcional nível hierárquico do órgão que emitiu o precedente, isto é, quanto mais levado é o nível da Corte que emana o precedente, mais autoridade tem suas decisões.

Em suma, segurança jurídica sob o prisma da teoria do precedente judicial significa coerência e integridade, cuja análise dos elementos hermenêuticos do precedente bem como da razão de um novo julgamento sejam suscitados e devidamente confrontados, com uma fundamentação bem desenvolvida e apropriada, considerando a previsibilidade apriorística que inevitavelmente é levada às demandas, mitigando-se as surpresas (LOPES FILHO, 2016; SERRA JÚNIOR, 2017; ÁVILA, 2011).

²⁴ Nesse âmbito, Lopes Filho (2016, p. 359) enaltece: “Eis pontos importantes: a preservação da segurança jurídica não significa a obrigação de seguir o posicionamento inferior, meramente porque pacificado, mas o dever de fundamentar a convergência ou a divergência, podendo, ainda, lançar mão da modulação dos efeitos do julgado em novo sentido, a qual pode ocorrer não somente quando um tribunal muda a própria orientação jurisprudencial, mas quando rompe com linha firmada por outras instâncias, mesmo inferiores”.

3.3.1.2 Precedentes e igualdade

Elemento indissociável do Estado Democrático de Direito, expressamente delineado na Constituição Federal, em seu art. 5º, *caput*²⁵, parte inicial, a igualdade representa uma baliza ao mesmo tempo em que sustenta a força dos precedentes judiciais.

A igualdade infere a “paridade de armas”, bem como que o juiz proporcione tratamento igual aos litigantes ou desigual, quando necessário para o cumprimento dos primados da justiça, isto é, quando existentes fatores que justificam e levam ao tratamento desigual (MARINONI, 2010).

O referido princípio constitucional, de acordo com Bustamante (2012, p. 486), “[...] gera a presunção de que todos os indivíduos compreendidos em uma mesma classe ou categoria devem ser tratados igualmente, a não ser por razões especialmente relevantes que justifiquem um tratamento diferenciado”. Esta concepção não se refere apenas à igualdade perante lei, mas perante o Direito, em que é vedado constituir privilégio das soluções definitivas dadas a cada um dos casos, quando possuem a mesma base fática.

O tratamento ímpar, levando em consideração o caso concreto, é julgado com fulcro no princípio da razoabilidade, que age como valor-função, a fim de contrastar as relevâncias particulares da demanda. A valoração das diferenças, justifica o tratamento condicionado quanto aos precedentes judiciais²⁶.

O condicionamento a que nos referimos nos precedentes judiciais nada mais é do que um reflexo da aplicação real, efetiva e verificada, dentro de um processo dialético, do caso concreto. Mediante confronto de argumentos e análise dos contra-argumentos (LOPES FILHO, 2016).

A isonomia é intimamente ligada à concepção fundamental da teoria dos precedentes, qual seja, a análise das particularidades do caso e estabelecimento das razões com critérios hermenêuticos e argumentativos (*treat like cases alike*). Marinoni (2013) pontua que casos não se repetem e que as circunstâncias fáticas variam de acordo com as particularidades dos casos que ainda sim podem ser divididos de acordo com suas classes (base fática). Quando

²⁵ “Art. 5º-Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza[...]”(BRASIL, 1988).

²⁶ Nesse ponto destaca Mello (2000, p.22): “Para que um *discrímen* legal seja convivente com a isonomia, consoante visto até agora, impende que concorram quatro elementos: a) Que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo; b) Que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, *nelas residentes*, diferenciados; c) Que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica; d) Que, *in concreto*, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa — ao lume do texto constitucional — para o bem público”.

são consideradas as razões para a decisão, torna-se possível ver com clareza que fatos similares devem ser enquadrados em uma mesma categoria.

Uma figura interessante e que é indagada pela maioria da doutrina é se pode ser atribuído alto grau de vinculabilidade os aut precedentes, aqueles emanados da mesma corte que decide o caso sucessivo, indagado especialmente às cortes superior, embora não fique adstrito a estas.

De acordo com Taruffo (2014), a resposta a essa indagação seria positiva e pareceria a melhor assertiva, diante da referibilidade ao princípio da isonomia, com base em que casos iguais sejam tratados da mesma forma pelo mesmo juiz²⁷, bem como o dever de um mesmo juiz ou tribunal tem de manter a unidade e coerência de seus julgados, sobretudo.

É incompatível a anuência à isonomia e à própria justiça quando diante de situações de mesma base fática obtém-se decisões distintas. “Promover a eficácia do princípio da igualdade é um dos grandes benefícios que a adoção da teoria de precedentes judiciais obrigatórios pode trazer para o ordenamento jurídico pátrio” (OLIVEIRA, 2014).

3.3.1.3 Precedentes e imparcialidade do juiz

Marinoni (2010) defende a imparcialidade do juiz como razão à força normativa dos precedentes, uma vez que a fundamentação, além de servir às partes, importa a todos os interessados na legitimidade das decisões judiciais, destacando aquelas de grande repercussão na ordem social.

No princípio da imparcialidade do juiz, elencado internacionalmente na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948²⁸, inseparável do órgão jurisdicional, o juiz coloca-se entre as partes e acima delas. Apresenta-se como pressuposto à validação da relação por meio da expressão da capacidade do órgão (CINTRA et al., 2013).

Um órgão imparcial é subjetivamente capaz. A referida incapacidade decorre da suspeita de sua imparcialidade e para assegurá-las são estipuladas constitucionalmente as

²⁷ “Uma corte que, sobre o mesmo assunto, trocasse a cada dia a sua opinião teria muito pouca autoridade e violaria qualquer princípio de igualdade dos cidadãos perante a lei. Justificar-se-ia então, e com razões sólidas, um alto grau de força do aut precedente ou, até mesmo, um vínculo formal da corte para seguir seus próprios precedentes”. (TARUFFO, 2014, p. 10).

²⁸ “ARTIGO 14. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. [...]”(BRASIL, 1992).

garantias (art. 95 da CFRB/88), vedações (art. 96, parágrafo único da CFRB/88)²⁹ e a proibição a juízos e tribunais de exceção (art. 5º, inciso XXXVII, da CFRB/88³⁰) (CINTRA et al., 2013).

Diante de um cenário de interpretações sem que sejam levados em consideração casos análogos julgados anteriormente, não há que se falar em efetividade à instituição do princípio da imparcialidade. Decisões díspares, sem a observância dos pressupostos de superação da *ratio decidendi* do *precedent case*, geram arbitrariedades e parcialidades.

Se as razões de julgados pretéritos vinculam o juiz, a fundamentação deve manter coerência com o que foi decidido e as decisões que possa vir a tomar distanciam-se da subjetividade, capricho e arbitrariedade que poderia ser imposta se a força obrigatória dos precedentes não fosse determinada (CINTRA et al., 2013; OLIVEIRA, 2014).

Oliveira (2014) aponta que fundada na neutralidade, a teoria dos precedentes judiciais, uma vez que os fundamentos da decisão são definidos pelo caso concreto, ainda que antes de ter conhecimento das partes no *instant case*, contribui a uma atuação imparcial, atribuindo maior transparência, lisura e confiabilidade na motivação das decisões.

3.3.1.4 Precedentes, economia de despesas e eficiência do Poder Judiciário

Embora pareça utópico, já que não chegamos, ainda, a esse patamar de força dos precedentes no ordenamento pátrio, Marinoni (2010) propõe que o respeito aos precedentes tornaria desnecessário a interposição de recursos, o que eliminaria as despesas financeiras que dele derivam e as custas de toda a tramitação processual em 2º e 3º graus.

Se pensarmos a fundo sobre o que propõe o autor, o reconhecimento de decisões com *ratios* consolidadas e muito bem fundamentadas tornaria difícil a superação desses precedentes e tenderia a diminuir o prolongamento das lides, além de desestimular a litigância.

O excessivo número de recursos, ainda fruto de uma jurisprudência lotérica, leva as partes a tentar a inversão do resultado e consequente, reforma da decisão *a quo*. Se a decisão já

²⁹ “Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

Parágrafo único. Aos juízes é vedado: I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; III - dedicar-se a atividade político-partidária; IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração” (BRASIL, 1988).

³⁰ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;” (BRASIL, 1988).

tiver sido executada, a decisão ulterior diferente obrigaria o retorno ao estado anterior, indenizações, bem como esforços desnecessários (MARINONI, 2010).

Continua o autor enfatizando que do ponto de vista individual, as diferenças econômicas não seriam tão significativas, ao contrário de uma visão coletiva. A estrutura toda do sistema deve ser levada em consideração: juízes, funcionários, prédio, equipamentos, material etc.

A economia de despesas, aliada à razoável duração do processo, apontam a uma eficiência do Judiciário. Um processo célere, com custos reduzidos, sem desperdícios denota-se mais eficiente. Marinoni (2010) aponta que o custo e a lentidão do processo sempre foram obstáculos ao acesso à justiça. Não é equitativa a capacidade de suportar a lentidão do processo, ocasionando danos graves e injustiças.

O tempo à prolatação da decisão final é passível sensivelmente a levar prejuízos às partes, especialmente àquela que propôs a demanda, ou a que não está com o bem ou patrimônio da disputa, sendo necessário um tempo de duração razoável ao processo (MARINONI, 2010).

Inserida, pela EC nº 45, de 30 de dezembro de 2004, no art. 5º do inciso LXXVIII da CFRB/88³¹, a duração razoável do processo é um direito fundamental que confere a tutela jurisdicional tempestiva, com reflexos ao autor, réu e à sociedade. Desta maneira, “[...] a importância do respeito dos precedentes, contribuindo para a otimização do uso do processo e do dispêndio de tempo, favorece a credibilidade da sociedade no Poder Judiciário.” (CINTRA et al., 2013; OLIVEIRA, 2014).

³¹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988)

4 A FORÇA DOS PRECEDENTE NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E A AUTONOMIA JUDICIAL

Certos argumentos são tecidos em oposição à força obrigatória dos precedentes. Em sua maioria contruídos diante de uma rápida análise ou de uma figura absoluta da aplicação da teoria, quais sejam, obstáculo ao desenvolvimento do direito e ao surgimento de decisões adequadas às novas realidades sociais, óbice à realização da isonomia substancial, violação à separação dos poderes, ao juiz natural e à garantia de acesso à justiça, e o argumento a que propõe-se na análise neste capítulo, a violação à independência ou autonomia dos juízes (MARINONI, 2010).

Cumpre relatar, entretanto, que os argumentos trazidos transparecem muito mais consequências de uma inadequada aplicação, do que da força obrigatória da teoria. A presunção de absolutabilidade advém de uma herança histórica, que a muito foi superada, do berço do *common law*, em que os precedentes eram ditos como imutáveis. A exemplo desse pensamento, tem-se, na Inglaterra, a *House of Lords* que o defendeu durante o final do século XIX e mais da metade do século XX.

A concepção à época era de que a obrigatoriedade absoluta seria uma “imunidade” ao *overruling*, além de garantia de justiça. A sociedade muda e a visão diante da aplicação do direito, bem como os conceitos de justo e injusto vão se adaptando. A ideia primeira de imutabilidade gera uma estagnação do direito que, com a modernidade, passa a ser incompatível com a realidade social. A possibilidade de revogação dos precedentes foi medida incontestável à adaptação dos novos tempos e à evolução das teorias jurídicas; mas como sinônimo de justiça, sem deixar de frisar o motivo pelo qual estavam sendo superados os precedentes.

No Brasil, o problema da aplicação da teoria dos precedentes é a “superficialidade da fundamentação dos julgados e ausência de análise panorâmica dos julgados, entre outros déficits de aplicação”, conforme Nunes e Horta (2015, p. 303). O Código de Processo Civil de 2015 propôs-se a alterar esse panorama provocando um novo dimensionamento ao direito jurisprudencial e a tentativa de estabilidade decisória brasileira.

4.1 Precedente Judicial e o Código de Processo Civil de 2015

Paulatinamente os ideais do *stare decisis* foram e ainda estão se introduzindo no sistema processual civil, sobretudo diante da aproximação entre o *common law* e o *civil law*, que se outrora eram opostos, hoje tem se alinhado cada vez mais. Nesse tocante, a teoria dos

precedentes tem sido reiteradamente observada nos ordenamentos de tradição civilista. E no Brasil não foi diferente.

Antes do Código de Processo Civil vigente, a miscigenação já era aparente, a necessidade de um sistema mais célere, levou à criação de mecanismos semelhantes aos precedentes, mas distintos, conforme já tratado no presente trabalho (MARCATO, 2017).

Conforme Nunes e Horta (2015) as últimas duas décadas representaram um marco de evolução e de implementação de normas valorizadoras do direito jurisprudencial como os enunciados de súmulas, tratados *a priori* somente nos regimentos internos para posteriormente serem inseridos à legislação por meio da lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, alterando a redação do art. 557 do CPC/73; a súmula vinculante, disposta no art. 103-A do CPC/73, criado pela EC nº 45, de 2004; o julgamento liminar de demandas repetitivas, previsto no art. 285-A do CPC/73, introduzido pela lei nº 11.277, de 07 de fevereiro de 2006; bem como a introdução das técnicas de julgamento de recursos excepcionais repetitivos por amostragem, elencados no art. 102, §3º da CRFB/88 e arts. 543-A e 543-C do CPC/73, introduzidos por força da EC nº 45, de 2004 e das leis nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006 e nº 11.672, de 8 de maio de 2008.

Apesar das alterações feitas a fim de democratizar e solucionar os problemas enfrentados pelo Poder Judiciário, o Código de Processo Civil propõe a instituir um novo dever democrático e de efetividade da tutela jurisdicional por força de grandes temas suscitados no recente diploma legal, tais quais se insere a teoria dos precedentes judiciais.

As alterações do códex que embasam a teoria dos precedentes podem ser vistas em vários dispositivos, ainda que de forma contida, conforme cita Nunes e Horta (2015).

No art. 311, inciso II, que trata da tutela de evidência, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, é elencada a possibilidade de concessão quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante³² (BUENO, 2015; BRASIL, 2015).

Além da tutela de evidência, é possível inferir a força dos precedentes nos casos de improcedência liminar (art. 332 do CPC/2015) nas causas que dispensem a fase instrutória quando o pedido contrariar enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal (STF), do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ou de súmula de tribunal de justiça em caso de direito local; acórdão proferido pelas Cortes superiores em julgamento de recursos repetitivos; ou, ainda,

³² Nesse caso, segundo Bueno (2015), diante do maior sentido de probabilidade firmada em uma teoria de precedentes judiciais, e conforme o parágrafo único, não sendo necessária a oitiva da parte contrária.

entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (BUENO, 2015; BRASIL, 2015).

Outro dispositivo é o art. 496, §4º, que dispensa a figura da remessa necessária quando sentença estiver fundada em súmula de tribunal superior; acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos; em caso de entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência ou quando coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa (BUENO, 2015; BRASIL, 2015).

É possível destacar ainda o art. 988, que por força da alteração trazida pela lei nº 13.256, de 4 de fevereiro de 2016, previu o cabimento da reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade (BUENO, 2015; BRASIL, 2015).

Por fim, os principais artigos do sistema de precedentes, e que serão estudados nos itens que seguem, encontram-se no CPC/2015 nos arts. 926 a 928, encontrados no Capítulo Livro III da parte especial do novo CPC intitulado “Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais”, Título I que trata “Da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais”, e correspondem ao Capítulo I do referido título, elencando as “disposições gerais”. Além desses, umas das principais mudanças trazidas está na inserção do chamado incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

Conforme aduz Bueno (2015), o IRDR representa uma das mais profundas modificação sugeridas pelo CPC/2015, nos arts. 976 e seguintes, que será estudado nos itens seguintes, e que enseja a viabilização de uma verdadeira concentração de processos que versem sobre uma mesma questão de direito no âmbito dos tribunais em que a decisão proferida nele vincule os demais casos semelhantes.

4.1.1 Motivação das decisões judiciais

Com o aumento e diversidade das relações jurídicas e com o objetivo de fortalecer a ligação com o modelo democrático e constitucional de processo, o Código de Processo Civil de 2015 buscou reafirmar e enfatizar as normas referentes ao devido processo legal, por meio da legalidade, justiça e rapidez das decisões judiciais. Estas, diga-se, dependentes do

entendimento do julgador e, portanto, ensejam a interpretação por meio de outras fontes do direito (MARCATO, 2017; SERRA JÚNIOR, 2017).

O modelo democrático e constitucional perpassa por uma visão garantista de direitos fundamentais e de uma hermenêutica processual baseada na Constituição e no Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, o sistema de precedentes no Código de Processo Civil de 2015 busca nortear o magistrado na tomada de decisão, para que consolide uma unicidade coerente das interpretações feitas do ordenamento jurídico brasileiro, ressaltando os valores de funcionalidade, eficiência e celeridade (CAMBI e FOGAÇA, 2015; MARCATO, 2017).

Decidir com base em precedentes judiciais exige um esforço hermenêutico e uma análise criteriosa com as similitudes fáticas e de direito entre o *precedente case* e o *instant case*. A mera citação, como pressuposto de “celeridade”, nesse caso desprovido de efetividade, não é concebível.

Cambi e Fogaça (2015) asseveram que a análise da *ratio decidendi*, seja quanto a sua compatibilidade ao caso em concreto a ser decidido pelo julgador, quanto ao eventual afastamento (*distinguishing*) ou superação (*overruling*) exigem, por força da obrigatoriedade dos precedentes, a indicação dos motivos, requerido a partir de um dever constitucional de fundamentação, elencado no art. 93, inciso IX³³, da CRFB/88.

De acordo com os ensinamentos de Alvim (2018) a fundamentação é a parte da sentença em que é examinado, pelo juiz, as pretensões das partes, buscando resolver as questões de fato e de direito levadas ao Poder Judiciário julgando procedentes ou não os argumentos e teses suscitadas. Na fundamentação é necessário a exposição dos motivos responsáveis pela formação da convicção.

Marinoni (2010) aponta que a fundamentação permite ao vencido entender os motivos do seu insucesso e, se caso de recurso, atacar as razões que julgar equivocadas; e aos tribunais, entender os motivos que levaram ao convencimento do magistrado, ou seja, a fundamentação exerce um papel fundamental de controle da atividade dos juízes, uma vez que impõe um raciocínio lógico entre os elementos da sentença, quais sejam, relatório, fundamentação e dispositivo; além de essencial à legitimação da decisão.

O processo, para que seja justo, a partir de construção demanda sob uma dimensão axiológica, deve compreender não apenas a suficiência quantitativa dos meios processuais, mas

³³ “Art. 93.[...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”(BRASIL, 1988).

também os resultados qualitativos da questão. O tratamento dado ao contraditório culmina diretamente no dever de motivação da decisão judicial por incentivar o diálogo entre os sujeitos processuais (CAMBI e HELLMAN, 2015; MARINONI, 2010).

Nesse ponto, no Código de Processo Civil de 2015, o art. 489, §§1º e 2º é avesso quanto ao uso do que Bueno (2015) denomina como decisões de fundamentação padronizada³⁴, as quais não há um enfrentamento dos argumentos e teses levados pelas partes. Uma decisão bem fundada tem como consequência a efetividade dos argumentos, bem como tutela a força normativa da decisão. Indubitavelmente, o aludido artigo proporcionará maior controle racional às decisões cumprindo o papel de alavancar a coerência sistêmica e a integridade do direito, inibindo os solipsismos e os subjetivismos³⁵.

O CPC/2015 traz a incidência como ponto central do discurso judicial, tanto na aplicação dos enunciados judiciais, quanto dos precedentes. A discussão gira em torno da subsunção do fato à norma e sua incidência ou não ao caso, construindo uma relação meio da argumentação. Ressalta-se que o precedente tem natureza de norma e, dessa forma, no momento da aplicação a mesma discussão sobre a incidência é imprescindível (ATAÍDE JÚNIOR, 2015).

O art. 927, §1º, também trata da necessidade de motivação adequada e específica às decisões, bem como da viabilização da oportunidade prévia para manifestação das partes. *In casu*, quando observem as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade; os enunciados de súmula vinculante; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; ou a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (BRASIL, 2015).

Diante do exposto, Bueno (2015) destaca que, além de aplicação expressa do princípio da cooperação (art. 10 do CPC/2015), o aludido artigo opõe-se à prática ainda corriqueira de que “seja mencionado o precedente ou Súmula, quando muito parafraseando-a, ou, mais precisamente, parafraseando o *texto* de seu *enunciado*, sem fazer qualquer alusão ao

³⁴ O art. 489, *caput*, não traz novidades quando comparado ao art.458 do CPC/73, mantem-se a previsão de que a sentença conterá relatório, fundamentos e dispositivo. Já §1º apresenta consideráveis inovações. Cumpre salientar, no entanto, que o rol apresentado pelo art. 489, §1º, é exemplificativo e, se reconhecida a insuficiência da sua fundamentação, o tribunal decretará a nulidade da sentença (BUENO, 2015).

³⁵ Nesse contexto, Câmara (2017, p. 25-26) explicam: “o resultado do processo deve ser fruto de intenso debate e da efetiva participação dos interessados, não podendo ser produzido de forma solitária pelo juiz. Não se admite que o resultado do processo seja fruto do solipsismo do juiz. Dito de outro modo: não é compatível com o modelo constitucional do processo que o juiz produza uma decisão que não seja o resultado do debate efetivado no processo”.

que, de concreto, está sendo julgado na espécie e expressamente assegurado pelo §1º do art. 927³⁶” (BUENO, 2015, p. 572).

A motivação, ressalta Cambi e Hellman (2015), tem como destinatários tanto o processo quanto a sociedade. A exigência de explicação clara sobre a relação entre a norma e os fatos relevantes para o julgamento da causa são essenciais à prática judiciária, a fim de evitar decisões arbitrárias ou insuficientemente motivadas que reduzam a legitimação social da jurisdição.

As leis são dotadas de abstração e generalidade para que possam incidir sob o maior número de casos possíveis e, assim, inevitavelmente se valem de princípios, conceitos vagos e indeterminados, e cláusulas gerais. O papel do juiz, nesse âmbito, a partir da decisão judicial, é justificar o sentido outorgado ao texto normativo.

Partindo dessa premissa, Bustamante (2012) cita que para que uma decisão seja considerada fundamentada faz-se necessário a apresentação da racionalidade da justificação interna, referente à estrutura lógica do raciocínio realizado pelo juiz, pautados na coerência e ausentes as contradições internas; e justificação externa, presente no campo da argumentação, demonstrando a análise dos argumentos apresentados pelas partes, bem como a definição e pontuação do ponto específico e a interpretação dada do texto normativo em detrimento dos demais sentidos que poderia vir a ter. Ademais, o julgador ainda deve demonstrar os elementos concernentes à valoração das provas, evidenciando um raciocínio lógico-argumentativo à questão.

No que cerne a proximidade entre a fundamentação e a *ratio decidendi*, Marinoni (2010) destaca os motivos determinantes como aqueles suficientes para, quando individualizado na fundamentação, mostrar-se como premissa sem a qual não se chegaria à específica decisão, é, portanto, imprescindível ao posicionamento adotado. Nesse sentido, compõem a *ratio decidendi*.

Destaca que a preocupação com a construção e valoração da fundamentação para a construção da *ratio decidendi* não atinge somente aspectos estruturais internos, mas também, e sobretudo, critérios qualitativos. Se os motivos determinantes não são discutidos e analisados adequadamente, acabam não adquirindo o caráter de vinculabilidade a outros órgãos do Poder Judiciário, como pressupõe a teoria dos precedentes.

³⁶ “A aplicação (ou não) do precedente exige do magistrado adequada e completa fundamentação apta a justificar a incidência (ou não) do anterior julgado (o precedente) ao caso presente. A importância da fundamentação é tanto mais importante na medida em que o ônus argumentativo de pertinência (ou não) do precedente é também do magistrado, máxime porque deve ser oportunizado às partes que se manifestem, previamente, acerca do assunto. [...]”. (BUENO, 2015, p. 572).

No Código de Processo vigente, o dever de fundamentar, de motivação é regrado especificamente e, de acordo com Cambi e Hellman (2015, p. 656), “[...] com comandos diretos e com suporte ao sistema de precedentes, elaborado de acordo com as peculiaridades do ordenamento jurídico pátrio”. Os precedentes são suscitados dos fundamentos determinantes de uma decisão paradigma (*precedent case*) cuja motivação exterioriza o ponto culminante da vinculação.

4.1.2 Deveres institucionais relacionados aos precedentes

Para que haja integridade do ordenamento é exigida a coerência de princípios e regras. Já no Livro I, “Das Normas Processuais Cíveis”, o CPC/2015 traz, de forma expressa, uma série de princípios gerais constitucionais como importantes valores ao direito processual, quais sejam: a boa-fé objetiva (art. 5º)³⁷, a cooperação entre os sujeitos processuais (art. 6º)³⁸, do contraditório consubstanciado pela paridade de armas (art. 7º)³⁹, pela bilateralidade de audiência (art. 9º, *caput*)⁴⁰ e pela garantia de influência e não-surpresa (art. 10)⁴¹(CAMBI e FOGAÇA, 2015; NUNES; HORTA, 2015).

O art. 926 do CPC/2015, basilar ao tratamento jurisprudencial brasileiro e à teoria dos precedentes, estabelece que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. A inserção desse artigo ao código processual brasileiro, segundo Bueno (2015), merece ser chamado de “precedente à brasileira”, e veio substituindo o, pouco aplicado e verdadeiramente ignorado, de acordo com o autor, “incidente de uniformização de jurisprudência”, que estava previsto nos arts. 476 a 479 do CPC/73. O objetivo é direcionar uma otimização das decisões paradigmáticas e seus efeitos aos demais casos.

Lopes Filho (2016) destaca que a redação original do artigo equivalente ao 926 do CPC/2015, previa apenas o dever de uniformização e estabilidade das decisões. No entanto, a ideia de coerência e integridade vai além à mera estabilidade, pressupõe uma preocupação de decisão conforme a constituição, seus princípios, bem como observância do posicionamento de

³⁷ “Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”(BRASIL, 2015).

³⁸ “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”(BRASIL, 2015).

³⁹ “Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”(BRASIL, 2015).

⁴⁰ “Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”(BRASIL, 2015).

⁴¹ “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”(BRASIL, 2015).

outros juízes e tribunais; é preciso ser coerente com o contexto histórico e jurídico, identificando direitos e deveres a partir de uma concepção coerente de justiça e equidade.

O autor, junto com Didier Júnior (2015), cita que a mudança foi medida necessária pelo antigo texto representar o que denominaram de “commonlização”, isto é, uma importação irrestrita de uma tradição jurídica que não é a do ordenamento brasileiro. A importação de ideias deve ser cautelosa e respeitar as peculiaridades da tradição em que pretende ser inserida.

4.1.2.1 Dever de uniformização e estabilidade das decisões

Zaneti Júnior (2016) aduz que a força dos precedentes depende da compreensão da ideologia dos precedentes em determinado ordenamento, articulando-se a teoria das fontes prevalente e o papel que os precedentes assumem diante da prática profissional dos juízes e advogados.

A compreensão do modelo na prática brasileira ainda é irresoluta, ainda que parte dos autores, como Hermes Zaneti Júnior e Misael Montenegro Júnior apontem a vinculabilidade dos precedentes por meio das súmulas vinculantes, por exemplo. Conforme já empreendemos em capítulo anterior, a redução de precedente a súmula, de longe, é equivocada, embora a súmula, se buscadas e comparadas as bases fáticas que ensejaram a sumarização, possam se tornar precedentes; mas os conceitos não são os mesmos.

Se analisada a história da teoria no ordenamento brasileiro, a conclusão levaria à percepção de evolução e cada vez mais valia à ideologia dos precedentes, passando de uma visão de fonte secundária e, portanto, dotada de fraca persuasão à disposição expressa de vinculabilidade. No entanto, não basta identificar a aplicação no CPC/2015, apesar de claramente voltada para a vinculação formal e material dos precedentes judiciais para os juízes e tribunais. É necessário, segundo Zaneti Júnior (2016, p. 362), “[...] revelar os instrumentos normativos que implicam a conformação da prática judiciária”.

Os tribunais assumiram um papel de destaque por destacar e desenvolver o direito atrelando-o substancialmente à realidade social; uma consequência natural da evolução e desenvolvimento do direito. Diante da multiculturalidade, o Poder Judiciário é buscado para responder as cada vez mais complexas questões suscitadas. Diante do patamar alcançado, a uniformização dos entendimentos ganha viés cardeal à garantia de segurança jurídica, igualdade e imparcialidade.

O dever de uniformizar alude à vedação do tribunal se omitir diante de divergência interna entre seus órgãos fracionários, sobre a mesma questão jurídica; já o de dever de

estabilidade refere-se à dependência de observância, por parte do tribunal, de seus próprios precedentes, ainda que de seus órgãos fracionários (DIDIER JÚNIOR, 2015).

De acordo com o §§1º e 2º do art. 926, o dever de uniformizar resulta no dever de sintetizar, editar enunciado de súmula, relativos a sua jurisprudência dominante, na forma e segundo os pressupostos fixados pelo regimento interno atendo-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram a sua criação (DIDIER JÚNIOR, 2015; BRASIL, 2015).

Uma crítica merece ser tecida ao aludido artigo. O erro reside, embora comum quando se fala em precedentes diante do ordenamento jurídico brasileiro, na confluência de significados entre súmula, jurisprudência e precedentes. Estes são tomados indistintamente pelo legislador quando possuem peculiaridades e consequências distintas na decisão judicial⁴². “Os precedentes, porém, não são exclusivamente *formais* e *quantitativos* - inclusive muitas vezes sequer são *quantitativos*. São também *materiais* e *qualitativos*” (MARINONI, 2017, p. 486).

Quanto ao dever de manter a estabilidade das decisões judiciais, nada mais é do que manter a segurança jurídica de modo que os precedentes sejam respeitados, sobretudo os precedentes dos próprios tribunais que o tratarão diante do *instant case*, como em caso de que qualquer mudança de posicionamento (*overruling*) deva ser justificada adequadamente, além da possibilidade da modulação da eficácia, em prol da segurança jurídica, conforme art. 927, §4º⁴³ do CPC/2015.

Nesse aspecto, Didier Júnior (2015) destaca o princípio da inércia argumentativa como aspecto que incentive o reforço argumentativo da decisão que pretenda afastar ou superar o precedente, exigindo não só a explicitação da motivação nos termos do art. 489, *caput*, e §1º do CPC/2015, como também a fundamentação qualificada do inciso VI, no mesmo diploma legal; bem como quando bem fundado o *precedente case*, facilitaria a aplicação e resolução do caso semelhante a ser decidido, por mínimo, a identificação dos elementos determinantes e demonstração da ajustabilidade dos fundamentos.

Continua o autor asseverando que a inércia argumentativa coaduna com a exigência de uniformidade jurisprudencial que garanta a igualdade de tratamento aos casos afins, a motivação adequada, bem como o contraditório.

⁴² Já foi tratado sobre a distinção no item 3.1.1

⁴³ “Art. 927, § 4º. A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia” (BRASIL,2015).

4.1.2.2 Dever de coerência e integridade

O integridade e coerência possibilita a adoção de precedentes, de jurisprudência, e das súmulas a partir de uma compreensão geral com direito, com aporte da hermenêutica filosófica e de um sistema coerentista. Asseguram a necessidade de observância de todos os elementos presentes no âmbito hermenêutico, sobretudo questões principiológicas (LOPES FILHO, 2016).

Ainda baseado no art. 926 do CPC/2015, um enunciado normativo inédito e de difícil compreensão, de acordo com Didier Júnior (2015). Os conceitos e as previsões normativas de coerência e integridade se aplicam em raias muito próximas e juntos revelam consistência às decisões proferidas.

O dever de coerência deve ser entendido com a ideia de não-contradição e de conexão se sentido, observando a linha evolutiva do desenvolvimento das jurisprudência, impondo, nesse sentido, o princípio da igualdade. A visão coerente atinge tanto aspectos internos, quanto externos, isto é, de um tribunal em relação a seus próprios precedentes e quanto em relação a outros tribunais, especial, os superiores.

Complementando o exposto, Zaneti Júnior (2016) grifa que é preciso coerência para que possa ser aplicada a teoria dos precedentes, uma vez que é o desdobramento da racionalidade e da universalização. A despreocupação com a coerência teria resultado a antiga função do juiz “*bouche de la loi*” ou “boca de lei”, a partir de um formalismo interpretativo que externalizava a visão do magistrado como reproduzidor da vontade da lei.

Didier Júnior (2015) destaca alguns critérios de aferição da coerência que merecem ser elencados: O primeiro deles é a conformidade com o repertório conceitual da Teoria geral do Direito e da dogmática jurídica, isto, pois, sem o arcabouço teórico da ciência jurídica tornar-se-ia impossível a interpretação justa do direito; o segundo, refere-se à recondução de uma mesma norma superior, uma vez que a coerência entre duas normas pode ser justificada quando pautadas sob o preceito de uma mesma premissa de hierarquia superior, uma vez que relacionadas racionalmente aos mesmos valores; e a terceira, que trata-se da conformidade com a regra que impõe requisitos para a congruência interna da decisão, ou seja, o precedente precisa ser certo, claro e preciso.

A integridade pressupõe a ideia de unidade do Direito. Lopes Filho (2016) aponta que a coerência estrita das leis e dos precedentes perpassa por um entendimento de uma linha de decisões tomadas como referência. No entanto, a integridade traça um caminho um pouco diferente, seu compromisso não é apenas com as decisões anteriores, mas sim uma harmonia

com os elementos de um sistema jurídico considerado em sua totalidade, aspectos, explícitos e implícitos, sobretudo principiológicos. É a integridade que garante com que a segurança jurídica não seja sinônimo de mera previsibilidade e conseqüente estagnação do direito, mas a evolução hermenêutica a partir do uso da coerência em sentido mais amplo e de conexão com outros elementos do sistema jurídico.

4.1.3 Julgamento de casos repetitivos, incidente de assunção de competência e os precedentes judiciais

Dois são os incidentes recursais que se voltam à formação e explicitação dos precedentes no CPC/2015: O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR - art. 928⁴⁴ e 976 - 987) e o Incidente de Assunção de Competência (IAC - art. 947⁴⁵).

O IRDR, junto aos recursos especial e extraordinário repetitivos permitem julgamentos de casos em massa, cumprindo um papel de solução de questões de direito em larga escala que se reproduzem em vários processos análogos, cuja perspectiva é a trazer a racionalização e eficiência diante dos conflitos de massa, pretendendo assegurar a isonomia, a segurança jurídica e a razoável duração do processo. Nesse aspecto, se assemelham aos recursos extraordinário e especial repetitivos (LOPES FILHO, 2016; MENDES; SILVA, 2015).

Embora possa, primeiramente, gerar uma morosidade aos processos, de acordo com Mendes e Siva (2016), uma vez que a sistemática processual pressupõe que, ao ser instaurado o incidente, haja a suspensão dos processos individuais ou coletivos pendentes, por até um ano. No entanto, a médio e longo prazo, a consequência será a racionalização e a aplicação da tese adquirida a todos os processos individuais ou coletivos que tenham similitude da controvérsia unicamente de direito, material ou processual, e tramitem na área de jurisdição do mesmo tribunal.

O IRDR é à teoria dos precedentes uma forma de prevenir decisões conflitantes em demandas massificadas, na tentativa de pôr fim à indefinição e à oscilação jurisprudencial que venha a instigar a litigiosidade que passa a ser cada vez mais crescente diante da jurisprudência lotérica (MENDES; SILVA, 2016; MONTENEGRO FILHO, 2018).

⁴⁴ “Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: I - incidente de resolução de demandas repetitivas; II - recursos especial e extraordinário repetitivos. Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual”. (BRASIL, 2015).

⁴⁵ “Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos. [...]”. (BRASIL, 2015).

É nítida a valorização do julgamento proferido em sede de julgamento repetitivo no Código Processual de 2015. O inciso IV do art. 988, elenca a obrigatoriedade de observância dos julgamentos de casos repetitivos. Se o julgamento em análise se enquadra e, portanto, é fundamentado aos moldes do precedente de caso repetitivo, o códex prevê a dispensa de caução (art. 521, inciso IV), a possibilidade de concessão de tutela de evidência (art. 311, inciso II), e o julgamento monocrático do relator (art. 955, inciso II) (BRASIL, 2015; MONTENEGRO FILHO, 2018; LOPES FILHO, 2016).

Mendes e Silva (2015) acrescentam que a relevância do IRDR é corroborada pelo art. 988, que em seu parágrafo 4º, dispõe sobre a garantia de observância do precedente formado, cabendo a figura da reclamação, conforme o inciso IV do mesmo artigo, tanto na aplicação indevida da tese, quanto em sua não aplicação, além da possibilidade de embargos de declaração diante de omissão do julgamento quanto à não incidência do precedente constituído em caso repetitivo, à luz do art. 1022, parágrafo único, inciso I.

Já o IAC, apesar de possuir semelhanças ao IRDR, é voltado à solução de questões complexas, de alta indagação ou grande relevância, mas não repetitiva. Bueno (2015) disciplina que o art. 947 aprimora significativamente o instrumento, que apresenta técnica disposta a evitar a dispersão jurisprudencial e, nesse argumento, conforme o §4º, “[...] a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.” (BRASIL, 2015). O IAC permite, de acordo com o autor, ao colegiado competente para a uniformização de jurisprudência avocar, para julgamento, recurso, remessa necessária ou processo de competência originária de outro órgão jurisdicional de menor composição, sob fundamento de relevante questão de direito com significativa repercussão geral.

Montenegro Filho (2018) acrescenta que o acórdão proferido no julgamento do incidente de assunção de competência tem efeito vinculante. Vale dizer que é o único caso em que o códex de 2015 atribui expressamente o caráter “vinculante” dissociado à referência das Súmulas vinculantes. O caráter de vinculabilidade a que se refere o artigo significa dizer que os juízes e os órgãos fracionários que integram o Poder Judiciário local não poderão proferir decisões em desacordo com o que foi decidido no julgamento do incidente, sob pena de apresentação da reclamação, com fundamento no inciso I do art. 988.

A relação entre os incidentes está na competência, uma vez que julgará o IAC o órgão colegiado que detiver competência para uniformizar jurisprudência, aplicando-se por analogia, o previsto ao IRDR no *caput* do art. 978⁴⁶, de forma que a competência esteja prevista

⁴⁶ “Art. 978. O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal. Parágrafo único. O órgão colegiado incumbido

nos Regimentos Internos de cada tribunal, aos moldes do art. 96, inciso I, alínea “a” da CRFB/88⁴⁷.

Quanto à teoria dos precedentes, a dúvida que poderia gerar está em torno de como é possível identificar a *ratio decidendi* no IRDR diante de uma situação em que há uma pluralidade de casos analisados. Embora o mencionado incidente trate de à solução de um direito plural, a questão suscitada é apenas de direito, não abrangendo a identidade fática, ademais apenas uma das ações é escolhida, que pode ser denominada piloto ou *leading case*⁴⁸ (MONTENEGRO FILHO, 2018).

Nesses termos, a finalidade específica é a produção de uma tese, a qual servirá de parâmetro aos julgamentos futuros, o que Lopes Filho (2016) denomina de uma formação concentrada de precedentes. No entanto, essa concentração não é capaz de mitigar as características hermenêuticas atinentes ao precedente e sua *ratio*, podendo os argumentos consolidados serem inseridos aos casos seguintes.

É possível elencar certa crítica ao instituto quanto a força dos precedentes que firma, diante da concentração procedimental a uma análise dita generalista e que não detenha todos os aspectos e argumentos pertinentes, passível, diante disso, com mais facilidade, seu desafio, distinção ou superação. No entanto, se analisados os vários argumentos possíveis, com uma ampla participação de interessados por meio das audiências, intervenção de *amicus curiae*, que levem os mais diversos e amplos argumentos, é possível formar um precedente com grande força hermenêutica (LOPES FILHO, 2016).

4.2 Autonomia judicial e precedentes obrigatórios

A teoria de mitigação da independência funcional dos juízes por conta dos precedentes obrigatórios tem origem histórica, ligada à aplicação literal e acrítica da norma condicionada à concentração do poder e consequente ideia de posição impotente do magistrado. Essa premissa de limitação da liberdade é ponto notavelmente polêmico, sobretudo diante do papel assumido pelo magistrado não só no Brasil, mas na tradição civilista. A reclamação é legítima, uma vez que visa garantir a efetividade do Estado Democrático do Direito, no entanto não prospera (MARINHO, 2015; LOPES FILHO, 2016).

de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente” (BRASIL, 2015)

⁴⁷ “Art. 96. Compete privativamente: I - aos tribunais: a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos; [...]”. (BRASIL, 1988)

⁴⁸ Em tradução livre, refere-se ao “caso principal”

Marinho (2015) narram que no século XVIII, sob à luz da Revolução Francesa e escola Exegética, determinaram que os juízes deviam decidir pura e simplesmente com base na lei, colocando-a em um pedestal. A jurisprudência ameaçava o sistema liberal e constituiu-se a noção do juiz servo da lei como objeto de controle.

Com o advento do código Napoleônico foi aberta a possibilidade de interpretação, no entanto, ainda limitada aos casos que ficariam sem solução. Com o aumento das demandas e reconhecimento natural dos equívocos dos textos legais, a necessidade de uniformidade do direito levou-se ao desenvolvimento do valor aos tribunais.

Só com a chegada dos revolucionários ao Brasil que, ainda segundo os autores, essa concepção muda, afastando-se o antigo direito português e no século XX é possível notar a expressiva valorização das palavras dos tribunais. Enquanto vinculado a lei, não há significativa independência funcional dos magistrados, o que chamam de “dogma de servidão ao texto legal”.

O magistrado passa de uma leitura da lei para uma interpretação das fontes do direito. Sendo os precedentes judiciais, fontes do direito, há motivo a se falar em mitigação da independência funcional do juiz diante da força de observação obrigatória dos precedentes?

4.2.1 Aspectos gerais da autonomia judicial

A independência do juiz pressupõe tanto autonomia política, quanto funcional ou jurídica (judicial). A autonomia política, que não é objeto do estudo no presente trabalho, reflete o corolário do autogoverno, que se revela na autonomia administrativa e financeira, além das garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade, estes últimos dispostos no art. 95 da CRFB/88⁴⁹, que garantem às partes a imparcialidade do juiz (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2013).

A autonomia administrativa e financeira, comporta as garantias institucionais próprias do Poder Judiciário como um Poder do Estado, previstas no art. 99 da CRFB/88⁵⁰, que

⁴⁹ “Art. 95. Parágrafo único. Aos juízes é vedado: I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; III - dedicar-se a atividade político-partidária; IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração”. (BRASIL, 1988)

⁵⁰ “Art. 99. Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira. § 1º Os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias. § 2º O encaminhamento da proposta, ouvidos os outros tribunais interessados, compete: I - no âmbito da União, aos Presidentes do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com a aprovação dos respectivos tribunais; II - no âmbito dos Estados e no do Distrito Federal e Territórios, aos Presidentes dos Tribunais de Justiça, com a aprovação dos respectivos tribunais. [...]”. (BRASIL, 1988)

lhe atribuem o poder de elaboração de suas próprias propostas orçamentárias, a constituição dos regimentos internos de seus órgãos, a eleição de órgãos diretivos, o provimento dos cargos de juiz através de concurso público, correição das atividades desenvolvidas por seus membros e auxiliares, entre outros⁵¹ (BARBOSA, 2007).

Já as garantias dos magistrados propriamente ditas, de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade, junto aos impedimentos arrolados no art. 95⁵², parágrafo único, visam dar condições de imparcialidade aos magistrados.

Por meio da vitaliciedade, assegurada na Lei Maior apenas aos magistrados e aos membros do Ministério Público e do Tribunal de contas, atribui-se ao juiz titular do cargo para o qual fora nomeado, a previsão de perder o cargo apenas por vontade própria, aposentadoria compulsória (por idade) ou após sentença jurídica transitada em julgada, adquirindo-a o juiz de primeiro grau após dois anos de exercício, conforme art. 95, inciso I da CRFB/88⁵³ (BARBOSA, 2007; CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2013).

A inamovibilidade, é a garantia relativa à permanência do magistrado no cargo e lugar para o qual fora nomeado, não permitindo, portanto, sem o seu consentimento, a troca de grau, sede, comarca ou seção judiciária, o cargo, o tribunal e a câmara, salvo em caso de voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, sempre observada a ampla defesa e dispensada a sua anuência (BARBOSA, 2007; CINTRA, DINAMARCO; GRINOVER, 2013).

Já a irredutibilidade de vencimentos, conforme Barbosa (2007), implica na garantia de manutenção da remuneração do juiz, enquanto no exercício de seu cargo. Alvim (2018) ressalta ainda que tal garantia não significa que o juiz não se sujeite à incidência de tributos sobre seus vencimentos.

A autonomia funcional ou jurídica, em análise no presente capítulo, advinda da concepção do juiz natural, compõe a independência do juiz para decidir livre de interferências institucionais dos Poderes Executivo e Legislativo, além da concepção de que o juiz não pode

⁵¹ “Art. 96. Compete privativamente: I - os tribunais: a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos; b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva; c) prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição; d) propor a criação de novas varas judiciárias; e) prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei; f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados”. (BRASIL, 1988).

⁵² Vide nota de rodapé n. 49

⁵³ Vide nota de rodapé n. 49

estar submetido por critérios particulares ou discriminados; pressupondo que se dispam de pressões corporativas ou institucionais (MARINHO, 2015).

O princípio do juiz natural ultrapassa a noção de proibição de tribunais de exceção, abrangendo uma concepção maior, de garantias ao jurisdicionado quanto à aplicação do direito pelo órgão e magistrado constitucionalmente estabelecido e balizado às margens do Estado Democrático de Direito, fortalecendo as noções de liberdade, dignidade e ampla defesa⁵⁴ (SANTOS, 2016).

Diz-se independente o magistrado, portanto, para decidir conforme seu livre convencimento, apontada por Santos (2016) como autonomia intelectual, mas, óbvio, observando sempre os limites impostos pelo ordenamento jurídico.

4.2.2 Conflito entre independência funcional do juiz e a força dos precedentes judiciais

Pelo exposto, a análise da independência poderia gerar um paradoxo em referência aos precedentes obrigatórios. No entanto, frisa-se, e é de suma importância que seja amplamente compreendido, que nenhum enunciado normativo do direito positivo brasileiro, sequer o Código de Processo Civil recentemente em vigência, determina, seja literalmente ou a partir de interpretações em seu caráter mais extensivo, que o precedente se reduza a regra ou seja aplicado diante de mera subsunção, sem qualquer crítica ao enunciado ou análise hermenêutica.

Não é concebível a ideia que a vinculação dos precedentes, súmulas e jurisprudências seja absoluta, ainda que emanada de órgão hierarquicamente superior de modo que seja aplicado em detrimento da coerência e integridade, sem que seja feito a necessária distinção ou superação da maneira a qual é exigida pela teoria dos precedentes.

Os órgãos de classe da magistratura não só reconhecem a relutância dos juízes serem obrigados a seguir entendimentos dos tribunais superiores, como o apoiam, levantando a bandeira da independência funcional, gerando, por consequência, a instabilidade ao direito. Cumpre, no entanto, destacar que não há liberdade sem limites e, desta maneira, não há direitos absolutos (GOUVEIA; BREITENBACH, 2015).

É diante do viés de instabilidade suscitado pela jurisprudência lotérica que o Código de Processo Civil trouxe a todo Poder Judiciário o dever de observar teses superiores, bem como

⁵⁴ Nesse contexto, complementa Santos (2016, p. 175): “Em suma, pode-se dizer que o princípio do juiz natural compreende, dentre outras, as seguintes garantias: proibição de julgamento por órgão constituído após a ocorrência do fato; instituição dos órgãos jurisdicionais e fixação da competência pela Carta Maior; cumprimento rigoroso das determinações procedimentais referentes a divisão funcional interna; inércia da jurisdição; independência, imparcialidade, inafastabilidade e gratuidade judiciária, investidura, aderência ao território, indelegabilidade, indeclinabilidade, inevitabilidade e independência da jurisdição civil da criminal, *perpetuatio jurisdictiones* e recursividade”.

as suas próprias. Não se trata apenas de evitar aplicar, ou melhor, replicar o entendimento, mas dar oportunidade às partes de demonstrarem suas razões acerca da forma como julgam correto a aplicação do precedente ou da súmula vinculante, por exemplo, que por estes foi instaurada e, desta forma, caberá ao magistrado, em conjunto e em viés de unidade do ordenamento, decidir pela aplicabilidade do precedente suscitado, se presente a analogia dos casos; ou operar a distinção ou superação do precedente (MARINHO, 2015; ABBOUD e STRECK, 2015).

Marinho (2015) asseveram que no mundo do ser, o conflito entre a obrigação de seguir precedentes e a independência funcional do juiz é aparente, uma vez que estaria preservada a liberdade do juiz interpretar e decidir como quiser, desde que motivadamente, ainda que em um sistema que contenha decisões vinculantes; o que não obsta ao magistrado interpretar a regra a fim de aplicar ao caso concreto. No entanto, o CPC/2015 se preocupa com a coerência e integridade das decisões, que devem ser observadas pelo juiz no mesmo sentido.

No mundo do dever, de acordo com os autores, o conflito seria evidente, certo passo que inferido a obrigação de seguir precedentes e compelido a adotar entendimento contrário ao seu, de modo que a independência estaria mitigada em vista da limitação que estaria sendo imposta, sobretudo quando as decisões estariam sujeitas a revisão em sede de recurso e, recentemente, ao controle burocrático.

Nessa premissa, a observância de teses dos tribunais pauta-se no dever ser e, nesse interim, é inegavelmente medida antidemocrática se, e somente se, transformar o juiz em um servidor impotente e autômato, repetindo teses engessadas dos tribunais superiores. Não é possível desconhecer a importância ou a necessidade da independência funcional da magistratura, mas essa independência não é um fim em si mesmo, continuam os autores.

Há um erro em relacionar o exercício da independência com a pessoa do juiz e as garantias constitucionais da magistratura. As garantias não pertencem à pessoa do juiz, e sim ao povo, à sociedade, ao jurisdicionado. O juiz é uma peça no complexo do sistema de justiça com a função de servir a sociedade. Deste modo, o seu dever de impessoalidade acaba que por ser neutralizado pela ideia fiz de liberdade para decidir contrariamente às cortes que lhe são superiores (MARINHO, 2015; ZANETI JÚNIOR, 2016).

Ademais, a instituição de teses vinculantes atinge a independência dos juízes, mas, segundo Marinho (2015), de forma legítima, visto que as orientações dos tribunais representam uma das fontes jurídicas do ordenamento. No entanto, há grande preocupação quanto à formulação das súmulas e a redução feita e repetida indistintamente. Abboud e Streck (2015) apontam que a justificativa estaria na habitualidade e do fascínio do Poder Judiciário brasileiro pela exatidão da linguagem, “[...] como se estivéssemos no auge do neopositivismo lógico e de

sua lógica simbólica, que pretendia criar uma linguagem rigorosa para descrever os dados do mundo, mas a empreitada fracassou.” (ABBOUD; STRECK, 2015, p. 181).

Essa logicidade exarcebada e apego à literalidade leva à substituição do juiz “boca de lei” para o juiz “boca fria” da súmula ou, ainda, juiz “boca fria” de qualquer provimento vinculante dos tribunais superiores

Wambier (2015) aponta que a lei está repleta de conceitos vagos ou indeterminados, de cláusulas gerais. A importância que se dá aos princípios jurídicos vem se acentuando visivelmente nas últimas décadas. Desta maneira, a lei, pura e simplesmente, na maioria das vezes, não garante o tratamento isonômico aos jurisdicionados de maneira automática. Aos tribunais cabe o “filtro” das pretensões para que, à luz da doutrina e de outros elementos, decidam os casos concretos, com base em um processo hermenêutico e argumentativo complexo e com potencial de, caso não sejam corretamente empregados, de levar a decisões diferentes e desarmônicas entre si.

Para a autora, paradoxalmente, no entanto, justamente nestes campos, em que a lei está repleta de parâmetros flexíveis e em que os princípios jurídicos são mais relevantes, é que, às vezes, se chama de ativismo judicial⁵⁵ a liberdade que tem o juiz para decidir.

Ademais, é necessário analisar o ambiente para concluir se o juiz pode levar em conta peculiaridades do caso concreto e especificidades da situação ao decidir, que dão ao magistrado margem de liberdade, além do binômio necessidade e possibilidade, de levar em conta as alterações sociais que o autorizam a divergir do que até então vinha sendo concebido (ABBOUD; STRECK, 2015).

É a partir dos princípios constitucionais, como o direito à vida, dignidade da pessoa humana ou igualdade que é aberta a margem às construções hermenêuticas distintas. Temas circunstanciais e dotados de repercussão mundial, tais como, legalização do aborto, união homoafetivas e os demais conflitos de direitos sexuais e de gênero, direitos dos animais, demandam controvérsia em todo o mundo, não só no Brasil e ensejam uma análise profunda antes da tomada de decisão (MARINHO, 2015; GOUVEIA; BREITENBACH, 2015).

Abboud e Streck (2015) elencam a necessidade de uma teoria geral dos precedentes mais clara e aplicada verdadeiramente à prática judiciária. A doutrina dos precedentes funda-

⁵⁵ Nunes Júnior (2016, p. 35) destaca que ativismo judicial se distingue de judicialização e explica: “No contexto da judicialização da política, surge um conceito igualmente importante para a compreensão do protagonismo institucional do Judiciário: o de ativismo judicial, que expressa um modo criativo e expansivo de interpretar o direito, pela potencialização do sentido e do alcance de suas normas, para ir além da simples interpretação, com invasão da esfera de competência de outros poderes, até mesmo com o estabelecimento de novas condutas não previstas na legislação em vigor, o que resulta em contornar o processo político majoritário”.

se, dentre outros aspectos, na identificação e articulação dos elementos contidos no *precedent case*, a fim identificar qual a premissa; regra jurídica contida nos casos anteriores que pode ser utilizada para solucionar o caso e o exame das circunstâncias particulares que uma vez presentes permitem que o juiz se afaste da aplicação do precedente vinculante por meio da utilização do *distinguishing*.

Em suma, o conflito e, de certa forma, mitigação da autonomia judicial ou independência dos juízes é aparente, isto pois, a obrigatoriedade do precedente atem-se ao mandamento de observação, isto é, de análise e comparação dos motivos determinantes do caso paradigma, seja de construção do precedente em si ou o caso que deu base ao enunciado sumular, ao caso em que pretende-se emitir a decisão, sem qualquer prejuízo à distinção ou superação do precedente, estas que, por si só, representam a vontade do julgador, mas que deve fundamentá-las utilizando de todo arcabouço hermenêutico e argumentativo suficiente ao afastamento da tese anteriormente firmada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo nuclear desse trabalho monográfico foi desenvolver uma análise dos precedentes judiciais e da força da teoria com o Código de Processo Civil de 2015, analisando se a obrigatoriedade em observar os precedentes ocasionaria uma mitigação da autonomia judicial.

A tradição civilista, base do ordenamento jurídico brasileiro, incitada por ideais revolucionários franceses, carrega, *a priori*, um pragmatismo da lei e a concepção de uma universalidade, em que a lei seria suficiente para abarcar todas as situações no mundo dos fatos. Evidenciando a figura do juiz “*bouche de la loi*” ou “boca de lei” e, nesses termos, uma visão limitada agregada a um exposto desamparo de força argumentativa atribuída às decisões pretéritas.

A doutrina do *stare decisis*, cuja raiz assenta-se no *common law*, embora, como sabemos, não se restrinja somente a este; perpassa por uma base hermenêutica mais extensa além do posicionamento pelo uso de várias fontes do direito. Ultrapassa a concepção de replicação das decisões judiciais em sua integridade, seria incoerente se o fosse. Traduz-se em uma obrigação de observar os fundamentos determinantes da decisão pretérita a fim, diante da similitude do caso a ser julgado, sejam aplicados os mesmos fundamentos sobre questões similares, como garantia de justiça.

A busca pela uniformidade do direito, garantia de segurança jurídica e isonomia, levou a um fortalecimento paulatino da teoria. No entanto, ressalta-se a negativa quanto à confusão entre liberdade e libertinagem, isto é, não há direitos absolutos.

O Código de processo civil em vigência é claro ao atribuir força vinculante aos precedentes quanto ao dever de serem observados antes da tomada de decisão. Ao juiz é dado a liberdade, em respeito à independência funcional, de analisar o caso e, diante de seu livre convencimento, entender pela aplicação, distinção ou superação do precedente.

Seria platônica a visão de perfeição da aplicação da teoria dos precedentes judiciais na realidade brasileiro. O códex vigente é apenas o primeiro passo para uma mudança de paradigma. O precedente não é um fim, mas um meio à construção de decisões mais íntegras e coerentes.

O Poder Judiciário brasileiro enfrenta problemas, o que não é escuso, mas o erro reside na resistência em mudar acepções por ego ou comodismo, o novo, embora a teoria dos precedentes não seja tão recente, sempre causa estranheza.

Divergências interpretativas sempre ocorrerão, e são mecanismos essenciais para a evolução dos argumentos, o que não pode ser concebido é a contemporaneidade de decisões conflitantes em casos semelhantes.

Os cidadãos têm o direito de tratamento isonômico e, diante de normas jurisprudenciais coesas, a leitura feita ao Poder Judiciário estaca a confiabilidade civil quanto à garantia de solubilidade dos conflitos, além da economia feita em detrimento da desistência da loteria por decisões procedentes.

Quanto à pergunta feita durante o trabalho, se haveria motivo a se falar em mitigação da independência funcional do juiz diante da força de observação obrigatória dos precedentes, a resposta é negativa.

A proporcionalidade e racionalidade, princípios constitucionais amplamente consolidados, revelam um equilíbrio dentre a manifestação de poderes, no Poder Judiciário não seria diferente. Arbitrariedades e subjetivismos vão à contramão de um Estado Democrático de Direito e, portanto, não podem ser tolerados.

Falar em mitigação da independência funcional seria reduzir os precedentes judiciais a regras absolutas e regredir à concepção de juiz “boca de lei”, entretanto, diante do argumento supracitado, se me é permitida a licença poética, de juiz boca de precedente. Daí a necessidade de explicitar os conceitos fundamentais da teoria e entender que o *distinguishing*, o *overruling* e seus derivados são fatores elementares e decisivos à atividade criativa do juiz, ampliando a eficiência, racionalidade, coerência, segurança jurídica em seu sentido mais amplo e igualdade das decisões.

As técnicas de afastamento do precedente, além de importantes vetores à harmonização do direito com a realidade social constituem verdadeiros direitos subjetivos das partes. Contudo essa distinção e produção de nova tese deve ser cautelosa sob pena de voltar à mesma ideia engessada e de livre escolha para decidir à maneira que julgar necessário.

A tomada de decisão perpassa por uma hermenêutica complexa, mas essencial, à argumentatividade dos motivos e determinação da força. Ideias hermenêuticamente bem construídas constituem moléculas estáveis, cuja dissociação requer premissas fortes o suficiente para romper as ligações.

Diante de todo o apresentado o Código de Processo Civil de 2015 vem como um alento, uma esperança diante da pluralidade de regras que consagram a racionalidade na legislação brasileira. Nesse aspecto, constitui uma importância paradigmática de consolidação de aspectos processuais e para a construção de uma legitimidade jurisprudencial.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; STRECK, Lênio. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando?. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al (Coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 175-182.

ABBOUD, Georges; STRECK, Lênio. *O que é Isto – O precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 21 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ATAÍDE JÚNIOR. Jaldemiro Rodrigues. A fundamentação adequada diante do sistema de precedentes instituído pelo NCPC. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al (Coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 671-698.

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011

BAHIA, Alexandre Melo Franco; LADEIRA, Aline Hadad. O PRECEDENTE JUDICIAL EM PARALELO A SÚMULA VINCULANTE: PELA (RE) INTRODUÇÃO DA FATIGIDADE AO MUNDO JURÍDICO. In: Teresa Arruda Alvim Wambier (Cord.). **Revista de Processo**, ano 39, n. 234, ago. 2014.

BARBOSA, Cláudia Maria. Independência do poder judiciário e súmula vinculante. **Revista do Direito Privado da UEL**. vol.1, n.1. 2007. Disponível em: <<https://www.uel.com.br/revistas/direitoprivado>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº16, de 04 de junho de 1997**. Dá nova redação ao § 5º do art. 14, ao caput do art. 28, ao inciso II do art. 29, ao caput do art. 77 e ao art. 82 da Constituição Federal.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc16.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. **Constituição da República do Império do Brasil de 1824**. Rio de Janeiro, 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: abr. 2018.

BRASIL. **Constituição da República do Império do Brasil de 1889**. Rio de Janeiro, 24 de fevereiro de 1889. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>>. Acesso em: abr. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: abr. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de Setembro de 1939**. Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.276, de 07 de fevereiro de 2006**. Altera os arts. 504, 506, 515 e 518 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativamente à forma de interposição de recursos, ao saneamento de nulidades processuais, ao recebimento de recurso de apelação e a outras questões. Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/96001/lei-11276-06>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.277, de 7 de Fevereiro de 2006**. Acresce o art. 285-A à Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11277.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 20 jun. 2018.

BRASIL. **Lei nº 7.033, de 5 de outubro de 1982**. Revoga o § 3º do artigo 899, o artigo 902 e seus parágrafos, e modifica a redação da alínea f do inciso I do artigo 702, da alínea b do artigo 894, da alínea a do artigo 896, da Consolidação das Leis do Trabalho, bem como do artigo 9º da Lei nº 5.584, de 26 de junho de 1970. Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/103669/lei-7033-82>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869impressao.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella Bueno. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial: A Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al (Coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 335-360.

CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Os precedentes e o dever de motivação no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al (Coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 633-658.

CHARAN, André Luís. Os precedentes obrigatórios no Direito Processual Civil brasileiro: uma necessidade. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 63, dez. 2014. Disponível em:

<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/85587/precedentes_obrigatorios_direito_charan.pdf>. Acesso em 08 mai. 2018.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 29 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. **Precedent in English Law**. Cap. 03. New York: Oxford University Press Inc., 2004.

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

DIDIER JR, Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. O RESPEITO AOS PRECEDENTES COMO DIRETRIZ HISTÓRICA DO DIREITO BRASILEIRO. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Dir.) **Revista de Processo Comparado**. Ano 1. Jul-dez. 2015. Disponível em: <https://www.academia.edu/24644058/O_Respeito_aos_precedentes_como_diretriz_historica_do_Direito_brasileiro?ends_sutd_reg_path=true>. Acesso em: 14 abr. 2018.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JudPodivm, 2017, v. 2;

DIDIER JÚNIOR, Fredier. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: _____ (Coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 383-398.

DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. Cambridge University Press. New York, 2008.

DWORKING, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Traduzido por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GALLO, Lucas Albanez. A SISTEMATIZAÇÃO DOS PRECEDENTES VINCULANTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**. v. 4, n. 1, 2016. Disponível em: <<https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/143>>. Acesos em 18 jun. 2018.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. O dever de fundamentação das decisões judiciais e o novo código de processo civil brasileiro. In: CARVALHO FILHO, Antônio; SAMPAIO JÚNIOR, Herval (Orgs). **Os juízes e o Novo CPC**. Salvador: JusPODIVM, 2017.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de; BREITENBACH, Fábio Gabriel. Sistema de precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro: um passo para o enfraquecimento da jurisprudência lotérica dos tribunais. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al (Coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 491-520.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Algumas Considerações Sobre a Constitucionalidade do Precedente vinculante Previsto no Código de Processo Civil. **Revista Brasileira da Advocacia**, [S.l.], vol.2, jul – set. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBA_n.02.04.PDF>. Acesso em: 14 abr. 2018.

HELLMAN, Renê Francisco. Teoria da decisão judicial: o antecedente do precedente. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. n.12, jul. 2013. p. 706-721. Disponível em: <<https://app.vlex.com/#BR.open/search/jurisdiction:BR+basicSearchAll:1/Teoria+da+decis%C3%A3o+judicial%3A+o+antecedente+do+precedente/BR.open/vid/522645290>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. A proibição do non liquet e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. **Revista de Direito Administrativo – RDA**. v.270, p. 171-205, set./dez. Rio de Janeiro, 2015.

KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **A IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA O SISTEMA DE PRECEDENTES**. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito). UFSC. Santa Catarina, 2015.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **OS PRECEDENTES JUDICIAIS no constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo**. 2 ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

LOURENÇO, Aroldo. PRECEDENTE JUDICIAL COMO FONTE DO DIREITO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOB A ÓTICA DO NOVO CPC. **Revista da AGU**. ano 11, nº 33, jul./set. 2012. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/107/376>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

MARCATO, Antonio Carlos. Os precedentes judiciais e o novo CPC. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 97, p. ed. es 162-164, 2015.

MARCATO, Giseli Beltrami. O sistema de precedentes judiciais: aspectos controvertidos de sua aplicação no atual código de processo civil e o prenúncio de mudança de racionalidade no uso de julgados. **Revista Eletrônico de Direito Processual**. n.18, set. 2017. Disponível em: <<https://app.vlex.com/#BR.open/vid/701188257>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

MARINHO, Hugo Chacra Carvalho. A independência funcional dos juízes e os precedentes. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. et al (Coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 87-98.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, a. 34, n. 172, 2009

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do Projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão. **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro, n. 47, p. 181-237, jan./mar. 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO. **Novo Curso de Processo Civil [livro eletrônico]**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. vol.02, 3 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O DIREITO ROMANO E SEU RESSURGIMENTO NO FINAL DA IDADE MÉDIA. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **FUNDAMENTOS DA HISTÓRIA DO DIREITO**. 3 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MAZZALI, Gisele Cristina. RETÓRICA: DE ARISTÓTELES A PERELMAN. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. vol 04, 2008. Disponível em: < revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/download/158/155>. Acesso em> 14 abr. 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Precedente e IRDR: algumas considerações. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al (Coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 567-590.

MERRYMAN, John Henry; PERDOMO, Rogério Perez. **A tradição do Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2009.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Direito Processual Civil**. 13 ed., São Paulo: Atlas, 2018.

MORETO, Mariana Capela Lombardi. **O Precedente Judicial no Sistema Processual Brasileiro**. (Tese de Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2012.

NOGUEIRA, Cláudia Albagli. O Novo Código de Processo Civil e o sistema de precedentes judiciais: pensando um paradigma discursivo da decisão judicial. **Revista Brasileira de Direito Processual**. ano 23, n. 88, out./dez. Belo Horizonte, 2014.

NUNES JÚNIOR, Amandino Teixeira. **A judicialização da política no Brasil: estudo de casos de comissões parlamentares de inquérito e fidelidade partidária**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2016.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: Uma breve introdução. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al (Coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 301-334.

OLIVEIRA, José Lúcio Monteiro de. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: uma análise da aplicação da teoria no Brasil**. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito). PUC-Rio. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: < www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/1213402_2014_completo.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2018.

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

PILEGIS, Olga Regiane. A LENTIDÃO DA JUSTIÇA, AS SÚMULAS VINCULANTES E A INDEPENDÊNCIA DOS JUÍZES. **Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região - Amatra XV**. Núm. 2, January 2009, p. 162-209. Disponível em: <<https://app.vlex.com/#BR.open/search/jurisdiction:BR+basicSearchAll:1/independ%C3%Aancia+dos+ju%C3%ADzes/vid/525692962>> Acesso em: 18 abr. 2018.

- PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a common law, civil law e o precedente judicial. In: Marinoni, Luiz Guilherme (org.). **Estudos de direito processual civil** - Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Ed. RT, 2006. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20porto-formatado.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2018.
- REDONDO, Bruno Garcia. Aspectos essenciais da teoria geral do precedente judicial: identificação, interpretação, aplicação, afastamento e superação. **Revista dos Tribunais**. Revista de Processo: RePro, v. 38, n. 217, p. 401-418, mar. 2014.
- SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. **Princípios Processuais Constitucionais**. Salvador: JusPODIVM, 2016.
- SCHAUER, Frederick. Precedente. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015.
- SERRA JÚNIOR, Marcus Vinícius Barreto. A vinculação do precedente judicial e a segurança jurídica. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, v. 54, n. 214, p. 131-152, abr./jun. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p131>. Acesso em: 12 Abr. 2018.
- SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006.
- STRÄTZ, Murilo. **Teoria dos pronunciamentos judiciais vinculantes**: dos fundamentos jusfilosóficos ao utilitarismo consequencialista no regime instituído pelo Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Gramma, 2017.
- TARANTO, Caio Márcio Gutteres. **Precedente Judicial**: Autoridade e Aplicação na Jurisdição Constitucional. Rio de Janeiro, 2010.
- TARUFFO, Michele. OBSERVAÇÕES SOBRE OS MODELOS PROCESSUAIS DE CIVIL LAW E DE COMMON LAW. **Revista de Processo**. vol. 110, Abr., 2003. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/102053>>. Acesso em: 14 abr. 2008.
- TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. **Civilística**. ano 3, n. 2, 2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Taruffo-trad.-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>>. Acesso em> 15 jun. 2018.
- TASSARA, Andrés Ollero. **Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. (Série Cuadernos e Debates).
- TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como fonte do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- VIANA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. **SciELO**. vol.19, n.2, nov.São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002>. Acesso em: 15 jun. 2018.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A vinculabilidade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. (Coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 263-274.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2ed. rev. e atual. Salvador: JusPODVIM, 2016.