

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**A FUNÇÃO DOS PRECEDENTES E O EMPREGO ALEATÓRIO DA  
JURISPRUDÊNCIA NO BRASIL**

**BRUNA FRANCO NUNES FERREIRA**

**RIO DE JANEIRO**  
**2019 / 2**

**BRUNA FRANCO NUNES FERREIRA**

**A FUNÇÃO DOS PRECEDENTES E O EMPREGO ALEATÓRIO DA  
JURISPRUDÊNCIA NO BRASIL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação dos **Professores Fabio Perin Shecaira e Ernesto Feio Boulhosa Filho.**

**RIO DE JANEIRO  
2019 / 2**

## CIP - Catalogação na Publicação

F383f Franco Nunes Ferreira, Bruna  
A função dos precedentes e o emprego aleatório da jurisprudência no Brasil / Bruna Franco Nunes Ferreira. -- Rio de Janeiro, 2019.  
62 f.

Orientador: Fabio Perin Shecaira .  
Coorientador: Ernesto Feio Buhlousa Filho.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2019.

1. Precedentes. 2. Aplicação. 3. Aleatoriedade.  
4. Fundamentação. 5. Common Law. I. Perin Shecaira, Fabio, orient. II. Feio Buhlousa Filho, Ernesto, coorient. III. Título.

**BRUNA FRANCO NUNES FERREIRA**

**A FUNÇÃO DOS PRECEDENTES E O EMPREGO ALEATÓRIO DA  
JURISPRUDÊNCIA NO BRASIL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação dos **Professores Fabio Perin Shecaira e Ernesto Feio Boulhosa Filho.**

Data de aprovação: \_\_\_ / \_\_\_ / \_\_\_\_.

Banca Examinadora:

---

Orientador

---

Membro da Banca

---

Membro da Banca

**Rio de Janeiro**

**2019 / 2**

## RESUMO

FERREIRA, Bruna Franco Nunes. *A função dos precedentes e o emprego aleatório da jurisprudência no Brasil*. 62f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

A presente monografia tem o objetivo principal de demonstrar a necessidade e a relevância do respeito aos precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro, a partir do emprego de uma teoria que seja capaz de justificar o seu uso. Para isso, pretende-se, primeiramente, descrever e analisar noções mínimas de civil law e common law a fim de trazer aspectos históricos e filosóficos acerca da construção do conceito de precedentes judiciais. A partir disso, serão abordadas as razões para se respeitar os precedentes e será explicado o que é aplicar um precedente. Isso se dará, principalmente, a partir do esclarecimento das práticas de *overruling* e *distinguishing*. Após todas essas exposições, serão levantadas questões nacionais acerca da aplicação dos precedentes judiciais nos dias de hoje, a fim de demonstrar o alto grau de aleatoriedade que paira sobre seu uso. Por fim, o trabalho irá mostrar a importância da observância do respeito aos precedentes.

**Palavras-chave:** Precedentes, Aplicação, Aleatoriedade, *Overruling*, *Distinguishing*, Common law, Civil law, Fundamentação.

## ABSTRACT

FERREIRA, Bruna Franco Nunes. *A função dos precedentes e o emprego aleatório da jurisprudência no Brasil*. 62f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

The current work has the purpose of demonstrating the necessity and relevance of respecting judicial precedents in the Brazilian legal system, based on the use of a theory capable of justifying its use. To this end, it is intended, firstly, to describe and analyze minimum notions of civil law and common law in order to bring forth historical and philosophical aspects regarding the construction of the concept of judicial precedents. After that, there will be an explanation of the reasons for respecting the judicial precedents and of the correct way to apply it. This will occur, mainly, through the explanation of the concepts of *overruling* and *distinguishing*. To conclude, national questions about the application of judicial precedents will be raised, to demonstrate the randomness in its use. Finally, the paper will show the importance of respecting judicial precedents.

**Key-words:** Precedents; Application, Randomness, *Overruling*, *Distinguishing*, Common law, Civil law, Substantiation.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>1. CIVIL LAW E COMMON LAW: NOÇÕES MÍNIMAS .....</b>	<b>13</b>
1.1. Civil Law .....	14
1.2. Common Law .....	17
1.3. A crescente aproximação entre as tradições da civil law e da common law .....	19
<b>2. PORQUE RESPEITAR PRECEDENTES? .....</b>	<b>24</b>
2.1. Distinções importantes .....	25
2.2. A garantia da segurança jurídica .....	26
2.3. A garantia do princípio da igualdade.....	30
<b>3. COMO SE APLICA UM PRECEDENTE?.....</b>	<b>35</b>
3.1 <i>Distinguishing</i> .....	36
3.2 <i>Overruling</i> .....	39
3.3. Técnicas de aplicação que se situam entre o <i>distinguishing</i> e o <i>overruling</i> .....	44
<b>4. PROBLEMÁTICA NACIONAL: A FORMAÇÃO DE UMA JURISPRUDÊNCIA LOTÉRICA.....</b>	<b>46</b>
4.1. Análise da problemática atual a partir de um caso concreto .....	51
<b>5. CONCLUSÃO .....</b>	<b>56</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>60</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico visa analisar e demonstrar a necessidade e a relevância do respeito aos precedentes judiciais no Brasil, a partir da possível aplicação de uma teoria justificadora para sua utilização, tendo em vista o alto grau de aleatoriedade que caracteriza seu uso. O que se verifica hoje, nas palavras de Fernando Leal é que “os precedentes não são utilizados como limites ao julgador. São ao contrário, oportunidades. Fontes praticamente inesgotáveis para a sustentação de inúmeros pontos de vista<sup>1</sup>”. Isso porque, quando se utiliza um precedente, não há uma comparação devida entre o caso em exame e o que serviu de base no momento da definição do precedente invocado. Na verdade, são selecionados argumentos gerais e pontuais do precedente invocado, que se encaixam no ponto de vista que se busca defender. E é essa a problemática a ser discutida.

O tema escolhido versa sobre o fato de que a busca por maior segurança jurídica e otimização das decisões judiciais levou vários países a adotarem mecanismos com o objetivo de uniformizar sua jurisprudência. Dessa forma, procurou-se evitar o exame desnecessário de casos idênticos, uma vez que já haviam sido decididos anteriormente.

O instituto dos precedentes, utilizado para uniformizar a jurisprudência na tradição da common law, foi adotado pelo Brasil, país tradicionalmente pertencente à civil law. Isso se dá, pois ambas as tradições têm se aproximado e observa-se, atualmente, uma forte tendência de congruência entre elas, com a adoção dos institutos mais efetivos de cada uma.

É o que tem acontecido no Brasil, país tradicionalmente inserido na família romano-germânica, porém altamente influenciado pelo constitucionalismo norte-americano, o que ocasionou uma enorme congruência entre as tradições jurídicas da civil law e da common law. No entanto, por ser um fenômeno recente, não há um

---

<sup>1</sup> LEAL, Fernando. Uma jurisprudência que serve para tudo. Rio de Janeiro, 2015. Artigo publicado no site Jota em 16.05.2015. Disponível em <<https://www.osconstitucionalistas.com.br/uma-jurisprudencia-que-serve-para-tudo>>.



regramento acerca dessa congruência, de forma que um instituto pode ser adotado, mas sem a devida preocupação com a sua aplicação.

O que se observa no Brasil é que não há o respeito aos precedentes, por ainda estarem nossos juristas presos à falsa crença de que apenas a lei será suficiente para garantir a segurança jurídica. Dessa forma, apesar de o Brasil adotar formalmente o instituto dos precedentes na Constituição Federal no art. 105<sup>2</sup>, que estipulou a missão do STJ de uniformizar a jurisprudência sobre aplicação da lei federal e no art. 103-A<sup>3</sup>, que instituiu a súmula vinculante, e em lei, como nos artigos 489<sup>4</sup>, 496 §4<sup>5</sup> e 932, inciso V<sup>6</sup>,

---

<sup>2</sup> Art. 105, III, a da Constituição Federal: Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - ) julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

<sup>3</sup> Art. 103 – A da Constituição Federal: O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Idem)

<sup>4</sup> Art. 489 do Código de Processo Civil: São elementos essenciais da sentença:

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

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

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

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

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

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

<sup>5</sup> Art. 496 do Código de Processo Civil: Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I – súmula de tribunal superior;

II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

<sup>6</sup> Art. 932 do Código de Processo Civil: Incumbe ao relator:

V – depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

do CPC, o judiciário continua tomando decisões díspares ao analisar casos análogos, justamente por não haver o respeito aos precedentes.

Assim, pela falta da aplicação de um método ou teoria específica, os precedentes estão sendo utilizados de maneira aleatória e automática. Emprega-se o precedente que melhor se adequa ao caso concreto, mesmo que ele seja a exceção dentre as decisões acerca do tema abordado. É muito comum que primeiro se formule uma tese para, posteriormente, buscar um precedente que se adequa a ela.

Contudo, para que ocorra a correta aplicação de um sistema de precedentes, não basta a mera adequação do julgado paradigma ao caso concreto e à argumentação utilizada. O interprete do sistema jurídico brasileiro, marcado pela permeabilidade entre as tradições jurídicas da civil law e common law, deve seguir a Constituição e, abaixo dela, o texto legal vigente e válido, além de se orientar por uma teoria que respeite e justifique a aplicação dos precedentes utilizados. Isso se dá, pois a partir do uso consciente e bem fundamentado de precedentes é possível garantir maior segurança jurídica contra arbitrariedades e decisionismos judiciais.

É importante ressaltar que a teoria de precedentes possui enorme relevância nos sistemas jurídicos, pois, como defende Neil MacCormick<sup>7</sup>, o respeito aos precedentes remete a uma questão de justiça: deve-se tratar da mesma maneira casos semelhantes e diferentemente casos distintos. Assim, casos que possuam semelhanças relevantes em relação a decisões e acórdãos paradigma devem ser decididos igual ou analogamente. Tal raciocínio remete à ideia de um sistema jurídico imparcial que faz a mesma justiça a todos<sup>8</sup>, pautado no próprio art. 5º, caput da Constituição Federal.<sup>9</sup>

---

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;  
b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;  
c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

<sup>7</sup> MACCORMICK, Neil, 1941: Retórica e Estado de Direito/Neil MacCormick; [tradução Conrado Hubner Mendes] – Rio de Janeiro, 2008, cap. 8, p. 191.

<sup>8</sup>Idem.

<sup>9</sup>Art. 5º da Constituição Federal: 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:

Ademais, MacCornick sustenta ainda que o respeito aos precedentes traz uma economia de esforço:

Juízes e advogados não precisam realizar novo esforço argumentativo sobre as mesmas circunstâncias. **Uma vez decidido após análise cuidadosa, um caso deve ser tratado como se tivesse sido resolvido de uma vez por todas**, a não ser que se possa demonstrar ter surgido um elemento especial que exija reconsideração.<sup>10</sup>

Porém, apesar dos evidentes benefícios de se respeitar os precedentes, o que se verifica hoje no Brasil é que não há preocupação com a igualdade entre decisões análogas ou com a demonstração de elementos novos que ensejem a reconsideração de um entendimento já fixado. Os precedentes vêm sendo largamente utilizados para dar força e justificar argumentos previamente formulados.

Nesse sentido, sustenta Maurício Ramires<sup>11</sup>, pairar hoje uma falsa crença de que qualquer questão ou controvérsia pode ser automaticamente resolvida ao se identificar um caso concreto semelhante a uma situação de fato contida em algum julgado, simplesmente repetindo o que foi decidido naquela ocasião.

A partir desse raciocínio, tem-se a impressão de que um profissional do direito pode atuar sem ter qualquer noção da matéria que está discutindo, já que uma vez diante do problema, basta fazer a adequação a uma ementa ou verbete jurisprudencial que lhe pareça semelhante.

O principal risco desta prática “é a legitimação de uma metafísica jurídica, através do uso indiscriminado de conceitos e abstrações colhidos em situações concretas e descolados dos casos que lhes deram origem<sup>12</sup>”.

O que já vem acontecendo, pois na prática verificam-se cada vez mais petições e recursos com um enorme sequenciamento de precedentes que supostamente se encaixam em teses pré-formuladas, argumentos previamente pensados e já

---

<sup>10</sup>MACCORMICK, Neil, 1941: *Retórica e Estado de Direito*/Neil MacCormick; [tradução Conrado Hubner Mendes] – Rio de Janeiro, 2008, cap. 8, p. 191 – grifou-se.

<sup>11</sup> RAMIRES, Maurício. *A invocação de precedente jurisprudencial como fundamentação de decisão judicial: uma crítica ao sincretismo improvisado entre os sistemas civil e common law no Brasil e uma proposta para sua superação hermenêutica*. São Leopoldo, UNISINOS, 2009, p. 18.

<sup>12</sup>Idem. p. 122.

estabelecidos, sem qualquer fundamentação ou adequação que de fato justifique o uso daquele precedente.

Dessa forma, o respeito aos precedentes e a aplicação de uma teoria justificadora possuem a finalidade de orientar a fundamentação adequada dos precedentes, para que seu propósito, seja ele de manter a igualdade de tratamento ou demonstrar elementos novos que ensejem a reconsideração da decisão fixada, possa ser cumprido.

Nesse sentido, pretende-se abordar a questão exposta, primeiramente, a partir de um estudo mais detalhado dos conceitos básicos das tradições jurídicas da civil law e common law e de sua permeabilidade no sistema jurídico brasileiro, que apesar de nascer como um sistema pautado na civil law, incorporou diversos institutos da common law.

Tal aproximação fez com que o uso de precedentes se tornasse cada vez mais relevante no Brasil, pois seu sistema jurídico passou a se basear não apenas na mera aplicação da lei, mas em sua interpretação. Contudo, apesar de adotar o instituto dos precedentes, o respeito a eles ainda não tem sido observado.

Em seguida, serão apontadas as razões para se respeitar os precedentes, trazendo a importância de um sistema devidamente unificado e uniformizado de decisões judiciais para a garantia da igualdade de tratamento e da segurança jurídica.

Será importante realizar também um estudo acerca do conceito de aplicação dos precedentes, para que se perceba a discrepância entre o que ocorre no Brasil em relação à forma como realmente deveria ser feita tal aplicação. Para isso, serão abordados, de maneira mais detalhada, os institutos do *overruling* e do *distinguishing*, fundamentais na aplicação dos precedentes.

Por fim, após entender adequadamente a teoria dos precedentes e seus institutos, será exposta a atual problemática brasileira, que apesar de ter importado o instituto dos precedentes, frequentemente faz um uso inadequado e não os respeita. Por tal razão, os objetivos almejados quando se importou o instituto, quais sejam: uniformizar a

jurisprudência do sistema jurídico brasileiro, trazer mais coerência aos tribunais, garantir igualdade e segurança jurídica, acabam sendo prejudicados.

Após a análise e descrição dos conceitos que compõem a problemática exposta, um caso concreto será analisado para demonstrar como estão sendo aplicados os precedentes judiciais no Brasil e como deveria ser feita essa aplicação a partir do respeito aos precedentes. Serão examinados os precedentes utilizados nos votos dos Ministros Celso de Mello e Teori Zavascki, membros do Supremo Tribunal Federal em 2015, época em que ocorreu o julgamento do Habeas Corpus nº 127.186/PR<sup>13</sup>, que apreciou as prisões preventivas efetuadas na operação “lava jato”.

Por fim, após a exposição de todos os pontos, pretende-se demonstrar como o respeito aos precedentes é fundamental ao sistema jurídico brasileiro e como é necessária a aplicação de uma teoria justificadora em sua utilização para acabar com a aleatoriedade que paira sobre seu uso.

---

<sup>13</sup> STF, HC 127.186/PR, Segunda Turma, Rel. Ministro Teori Zavascki, julgamento: 28.04.2015, DJE: 03.08.2015.

## 1. CIVIL LAW E COMMON LAW: NOÇÕES MÍNIMAS

Considerando que atualmente percebe-se uma grande aproximação entre as tradições jurídicas da civil law e da common law e que essa permeabilidade entre as tradições constitui um dos motivos principais para o fortalecimento do uso de precedentes no Brasil, faz-se importante realizar um breve estudo acerca de cada tradição e das razões para sua aproximação.

Nesse sentido, o precedente judicial como fonte obrigatória do direito passou a não mais ser considerado um instituto específico e privativo da common law, mas vem sendo utilizado em ambas as tradições, de acordo com as peculiaridades de cada sistema jurídico no qual são empregados.

Inicialmente, é importante distinguir sistema jurídico de tradição jurídica, para que tais conceitos não se confundam. O sistema jurídico pode ser entendido como uma espécie, que abrange instituições legais, processos e normas vigentes de um estado soberano, de forma que, a partir da ênfase nacionalista, característica desse modelo de estado, cada um desenvolva um sistema jurídico diferente, de acordo com suas particularidades. Já a tradição jurídica, pode ser compreendida como um gênero, no qual pode ser enquadrado um determinado sistema jurídico. Assim conceitua John Henry Merryman:

Uma **tradição jurídica** é, na verdade, um conjunto de atitudes historicamente condicionadas e profundamente enraizadas a respeito da natureza do direito e do seu papel na sociedade e na organização política, sobre a forma adequada de **organização e operação do sistema legal e, finalmente, sobre como o direito deve ser produzido, aplicado, estudado, aperfeiçoado e ensinado**. A tradição jurídica coloca o sistema legal na perspectiva cultural, da qual ele, em parte é uma expressão.<sup>14</sup>

As tradições que exercem maior influência no mundo ocidental são a civil law e a common law. Porém, as grandes diferenças entre as duas não se dão em relação ao conteúdo dos direitos que constituem os sistemas jurídicos em que estão inseridas, mas

---

<sup>14</sup> MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009, p. 22-23 – grifou-se.

sim na forma desses sistemas, em seus aspectos formais, como suas fontes, sua metodologia e seu procedimento.

Essas diferenças vêm sendo paulatinamente mitigadas, e as tradições acabam exercendo influências recíprocas uma sobre a outra, de forma que se verifica uma crescente aproximação entre elas. No entanto, para falar dessa permeabilidade entre as tradições, se faz necessário discorrer brevemente sobre cada uma.

### **1.1. Civil Law**

A civil law constitui a tradição jurídica mais antiga, porém a forma como é entendida hoje foi moldada nas Revoluções Intelectuais que ocorreram no ocidente, a partir do ano de 1776, como por exemplo, as Revoluções Americana e Francesa.

As Revoluções foram marcadas pelo racionalismo que emergia na época, em contraposição à forte influência clerical que dominava a sociedade e, portanto, o direito até então. O conceito de igualdade foi fixado, sob o fundamento “de que todos os homens nascem livres e iguais e têm certos direitos naturais à propriedade, à liberdade e à vida”<sup>15</sup>

A partir da ideia da igualdade, foi fixada a importante premissa da separação de poderes governamentais, com a principal função de prevenir abusos e arbitrariedades do judiciário. Sendo assim, a estrita divisão entre as atribuições do executivo, legislativo e judiciário faria com que os juízes apenas aplicassem o que havia sido estabelecido pelos legisladores e não interferiria em nenhuma função administrativa exercida pelo executivo.

A maior preocupação era evitar que o judiciário exercesse qualquer atividade criativa. Os membros desse poder deveriam ter sua função completamente limitada e ser meros aplicadores da lei, sendo ela a materialização da vontade dos cidadãos, diretamente, ou por meio de seus representantes e, por si só, bastaria para regular toda a sociedade.

---

<sup>15</sup> Idem. p. 40.

Tais Revoluções trouxeram grandes modificações e influências para a civil law, a começar pelo surgimento de um nacionalismo, que se tornou muito forte, fazendo com que a ideia de um direito de conteúdo comum a vários estados-nações se perdesse, junto com as relações feudais e as obrigações religiosas que vigiam até então.

O nacionalismo buscava um sistema jurídico pautado na identidade e nos interesses nacionais, a partir de suas instituições e ideais próprios. Em consequência disso, houve o aparecimento do direito público, principalmente o constitucional e administrativo, produto direto dessas Revoluções.

Junto com o nacionalismo exacerbado, veio a ideia de soberania e de que o estado deveria ser a principal fonte do direito, assegurando os direitos naturais do homem, sua igualdade perante a lei e a devida separação dos poderes, com a limitação do poder judiciário. Assim se moldou o positivismo estatal que se tornou uma das ideologias dominantes nessa era pós-revolucionária:

**o mundo ocidental se moveu para um processo legislativo concentrado em um único ponto: o estado nação centralizado.** A soberania tinha duas faces, uma exterior, que excluía todo o direito de origens estrangeiras, e uma interior, que excluía todo o direito de origens locais ou consuetudinárias.

(...)

A esfera externa do estado positivista era assim uniforme e inquebrantável: nada que estivesse fora do estado poderia tornar efetivo o direito do estado sem o seu consentimento.

A esfera interior da escola do positivismo estatal era igualmente unívoca. **Apenas o estado detinha o poder de elaborar as leis, de modo que nenhum grupo ou indivíduo poderia criar o direito.**<sup>16</sup>

O poder legislativo possuía um papel de destaque no estado positivista, pois manifestava a vontade popular, de forma que só eram consideradas leis as normas elaboradas ou aprovadas por esse poder. Ainda que os legisladores delegassem atribuições ao executivo, permitindo que algumas instituições regulamentassem normas relativas a suas atividades e ao seu funcionamento, o poder legislativo era considerado absoluto e as regulamentações não poderiam conter nenhuma matéria além da que houvesse sido delegada.

---

<sup>16</sup>Idem. p. 47 – grifou-se.



Percebe-se neste ponto que havia grande rigidez no modelo positivista de estado, os poderes eram estritamente delimitados e o legislativo era soberano e pautado na lei, orientando as atuações dos demais poderes.

Nesse sentido, não era diferente com relação às fontes do direito. Por serem fundamentais ao processo legislativo, as fontes formais possuíam extrema importância na tradição da civil law. Eram estritas e mantinham entre si uma relação de subordinação, como explica Merryman:

**A teoria estabelecida sobre fontes do direito na tradição da *civil law* reconhece apenas as normas legais, os regulamentos administrativos e o costume como fonte do direito. A relação é exclusiva. Uma norma legal prevalece sobre um regulamento contrário. E tanto uma norma legal como um regulamento prevalecem sobre um costume que lhes seja incompatível.**

(...)

Tanto o positivismo estatal quanto o dogma da separação de poderes requerem que os juízes recorram apenas à “*lei*” ao decidir os casos. Parte-se do pressuposto de que, **seja qual for o problema que se lhes apresente, os juízes serão capazes de encontrar alguma norma aplicável – seja a lei, um regulamento ou um costume válido. Eles não podem fundamentar suas decisões em doutrina ou jurisprudência, em substituição à norma.**<sup>17</sup>

Tal dogma era fundamental na civil law, pois os juízes deveriam meramente aplicar a legislação vigente, de acordo com as fontes formais estabelecidas, de maneira que não houvesse qualquer espaço para elaboração do direito, até mesmo para interpretação. Toda a sua forma de atuação já deveria estar estritamente estabelecida.

Sendo assim, para que o judiciário apenas aplicasse a lei, os legisladores teriam de elaborar normas jurídicas da forma mais completa possível, antecipando todo e qualquer caso e toda e qualquer dúvida que pudesse aparecer (se é que isso é possível). Nas palavras de Merryman, a legislação teria que ser “*completa, coerente e clara*”, sem qualquer lacuna, contradição, obscuridade ou ambiguidade.<sup>18</sup>

Diante do exposto, percebe-se que a tradição da civil law se moldou a partir das Revoluções Intelectuais, pautadas na razão, na igualdade do homem, através de seus direitos naturais e na estrita separação de poderes, cuja a principal fonte do direito seria a lei. Todavia, essa concepção ideal sofreu adaptações e mudanças a partir,

---

<sup>17</sup>Idem. p. 50 – grifou-se.

<sup>18</sup>Idem. p. 56.

principalmente, do constitucionalismo que se espalhou pelo mundo, quando ocorreu a adoção de alguns institutos da common law, como se verá adiante.

## 1.2. Common Law

A common law tem sua origem na região em que hoje se localiza a Inglaterra, onde havia cortes reais, situadas em cada feudo, a fim de julgar casos específicos relacionados a assuntos reais, com base nos costumes locais.

Com o tempo, as cortes reais tiveram sua competência ampliada e passaram a ser cada vez mais demandadas. Essas cortes não possuíam regras de direito material produto de um processo legislativo, mas sim a partir de julgamentos anteriores e analogias entre os casos concretos analisados.<sup>19</sup>

O sistema judicial inglês foi se desenvolvendo e passou a ser um hábito “a citação de casos julgados para indicar como a questão deveria ser decidida. Essa citação não tinha caráter vinculante, mas servia para mostrar que a questão já havia sido enfrentada em caso semelhante, e por coerência, tal decisão devia ser seguida”.<sup>20</sup>

Com o aperfeiçoamento do sistema judicial inglês, esses casos julgados anteriormente passaram a ter eficácia vinculante, de maneira que uma vez decidida uma questão, ela irradiaria para todo o ordenamento jurídico. Havia uma hierarquia, de forma que “as decisões das cortes superiores passaram a subordinar as cortes inferiores, assim como as cortes passaram a ser vinculadas às suas próprias decisões”.<sup>21</sup>

Essa eficácia vinculante das decisões tomadas anteriormente, dos chamados precedentes, ficou conhecida como “*stare decisis*” e se sustenta na ideia de igualdade e imparcialidade de um sistema jurídico, para que haja a garantia de segurança jurídica ao cidadão subordinado a esse sistema. Dessa forma, para que um tribunal seja coerente,

---

<sup>19</sup> CRAMER, Ronaldo. Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica – 1. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 13-15

<sup>20</sup> Idem. p. 17

<sup>21</sup> Idem. p. 21.

ele deve decidir da mesma maneira casos iguais ou análogos, pois se assim não fosse estaria sendo injusto.<sup>22</sup>

No entanto, deve-se ressaltar que a common law não se confunde com o “*stare decisis*”, como evidencia Marinoni:

Ainda que seja costume pensar o *stare decisis* como aspecto indissociável do *common law*, a verdade é que o primeiro surgiu no curso do desenvolvimento do segundo, para, sobretudo, dar segurança às relações jurídicas.<sup>23</sup>

Assim como a civil law, a common law também foi marcada por um nacionalismo exacerbado, que tomou conta da Europa após as Revoluções Intelectuais, sendo adotada como identidade nacional da Inglaterra.

Porém, o dogma da igualdade, característico dessas Revoluções, se manifestou de maneira diferente nas duas tradições. Enquanto a civil law possuía uma estrita separação de poderes e visava inibir qualquer espaço para atividade criativa do judiciário, a common law se pautava na atividade interpretativa dos juízes como forma de limitação de arbitrariedades cometidas por governantes e de maneira a garantir a igualdade e coerência nas decisões judiciais.

Nos Estados Unidos, inclusive, a tradição da common law se manifesta através do sistema de freios e contrapesos, visando sempre um equilíbrio entre poderes e oferecendo mecanismos para que nenhum poder se sobreponha ao outro. Todavia, os poderes não ficam completamente isolados, pelo contrário, se influenciam entre si. Diferente da predominância do legislativo, característica da tradição da civil law.

Ademais, com relação às fontes, a common law também se diferencia da rigidez e supremacia estabelecidas pela civil law:

As principais fontes do direito são constituídas de uma reunião assistemática de **estatutos normativos, decisões judiciais e práticas consuetudinárias**. Trata-se de um processo com profundas dimensões históricas e não o

---

<sup>22</sup>MACCORMICK, Neil, 1941: *Retórica e Estado de Direito*/Neil MacCormick; [tradução Conrado Hubner Mendes] – Rio de Janeiro, 2008, cap. 8, p. 191.

<sup>23</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. – 5. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 12.

resultado de uma tentativa revolucionária consciente de produzir ou restabelecer a lei aplicável em um determinado momento da história. **Não existe uma teoria hierárquica ou sistemática das fontes do direito: a legislação, por óbvio, é fonte normativa, mas também o são outras coisas, incluindo decisões judiciais.**<sup>24</sup>

Contudo, apesar de a common law ser tradicionalmente pautada nos costumes, nos aspectos históricos, em decisões judiciais anteriores e no caráter vinculante dos precedentes (“*stare decisis*”), há, como em qualquer país industrializado, uma crescente influência do direito legislado, característico da civil law, principalmente por conta do constitucionalismo, o que faz com que haja uma constante aproximação entre as duas tradições. É o que se passará a demonstrar.

### **1.3. A crescente aproximação entre as tradições da civil law e da common law**

É muito comum a ideia de que as tradições da civil law e da common law são antagônicas, por possuírem características bastante distintas, principalmente no momento em que foram constituídas. Porém, atualmente, não é o que se verifica.

De maneira simplificada, a civil law é tida como uma tradição racional, ligada ao dogma, ao método dedutivo e à codificação, tendo a lei como sua principal fonte e, conseqüentemente, o poder legislativo grande destaque. Já a common law é entendida como uma tradição que valoriza a experiência histórica, as decisões judiciais anteriores (os chamados precedentes) e a não-codificação, tendo como sua fonte principal os costumes. Nessa tradição o poder judiciário possui enorme protagonismo, pois cabe a ele interpretar e aplicar adequadamente as normas jurídicas e os costumes, além de assegurar que haja respeito aos precedentes.<sup>25</sup>

Porém, como sustenta Merryman “a quantidade de legislação e seu grau de autoridade não são critérios úteis para distinguir os sistemas da common law e da civil law”.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup>MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009, p. 52 – grifou-se.

<sup>25</sup>DIDIER, Fredie Jr. ... [et. Al.]. Precedentes / coordenadores, Fredie Didier Jr. – Salvador: Juspodivm, 2015, p. 186.

<sup>26</sup>MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009, p. 53.

Isso porque, mesmo num país tradicionalmente inserido na common law, espera-se que haja respeito pelas leis elaboradas e que os juízes apliquem adequadamente a legislação. No entanto, existe uma atividade reconhecidamente criativa na interpretação daquele texto legal e de seus dispositivos.

Além disso, a existência ou não de códigos também não é o suficiente para fazer essa diferenciação. Existem países típicos da common law que possuem vasta codificação, enquanto existem países típicos da civil law que não possuem códigos, mas são altamente vinculados a legislação esparsa produzida.

O que se tem observado atualmente é uma aproximação entre as duas tradições, com uma enorme permeabilidade entre seus institutos. Ronaldo Cramer atribui esse fenômeno a três causas. A primeira delas é a globalização, que integra os sistemas jurídicos de todo o mundo e torna as relações cada vez mais dinâmicas, fazendo com que muitos países da common law tenham uma atividade legislativa maior, pelo fato da produção de precedentes ser mais lenta, e com que países da civil law passem a dar mais força aos precedentes, com vistas a otimizar as decisões judiciais anteriores, para que não seja necessário decidir novamente casos análogos.<sup>27</sup>

A segunda causa elencada pelo autor é a busca pela resolução dos problemas encontrados nos sistemas jurídicos vigentes. Para isso, muitos países se espelham nas respostas encontradas por outros estados-nações, de forma que, muitas vezes adotam soluções de países com outra tradição jurídica, incorporando alguns de seus institutos. Um exemplo disso é o fato de que, na civil law, a lei deveria ser suficiente para resolver todos os conflitos existentes na sociedade, porém com o alto dinamismo social contemporâneo, torna-se difícil prever e antecipar os problemas e complexidades que irão surgir, de forma que há uma larga produção de legislação esparsa e específica, com conceitos mais abertos que se adaptem melhor às sociedades que estão em constante transformação. Sendo assim, não há como o juiz ser um mero aplicador, ele terá que

---

<sup>27</sup> CRAMER, Ronaldo. Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica – 1. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 29.

interpretar para aplicar os dispositivos, ainda que limitado pelas hipóteses elaboradas pelo legislador.<sup>28</sup>

Por fim, Cramer traz como terceira causa o advento do Constitucionalismo, típico dos estados modernos, que têm a Constituição como norma máxima, assim como uma ferramenta de expressão do nacionalismo e da supremacia nacional. Porém, as Constituições possuem princípios basilares que orientam a aplicação das demais normas constantes dos ordenamentos jurídicos, o que por si só traz mudanças na concepção originária da civil law. Além disso, o autor assevera:

Com a preponderância da constituição, as cortes supremas assumiram papel de protagonismo nos sistemas locais, e suas decisões passaram a ser vistas como referências de validade e interpretação da norma. Mais que isso, a importância do novo papel das cortes supremas levou à adoção do controle concentrado de constitucionalidade, com a previsão de efeito vinculante às decisões de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma, o que deu aos sistemas do Civil Law feições da outra tradição jurídica.

Por tudo isso, a atividade jurisdicional deixou de ser compreendida como meramente declaratória, que se limita a declarar a vontade da lei, e passou a ser encarada como função criativa, que efetivamente cria a norma jurídica.<sup>29</sup>

As três causas de convergência se aplicam ao Brasil, que apesar de tradicionalmente ser enquadrado na civil law, por ter origem na família romano-germânica, acabou por se utilizar de diversos institutos típicos da common law.

O Constitucionalismo brasileiro é extremamente influenciado pelo direito norte-americano, típico da common law. Nossa Constituição é absoluta, de forma que seus princípios e normas devem ser respeitados por todo o restante do ordenamento jurídico, hierarquicamente. O Controle de Constitucionalidade, tanto concentrado, quanto difuso, faz com que a atividade jurisdicional ganhe importância e seja, evidentemente, muito mais do que mera adequação ao texto legal.

Em contrapartida, nossa legislação infraconstitucional é esparsa e bastante influenciada pela tradição romano-germânica, já que busca delimitar todas as hipóteses de incidência em seus dispositivos.

---

<sup>28</sup> CRAMER, Ronaldo. Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica – 1. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 30.

<sup>29</sup> Idem. p. 32.

Contudo, apesar de haver uma inegável aproximação entre as tradições, não há nenhum regramento para a absorção dos institutos de uma tradição pela outra. No Brasil, observa-se que muitos institutos da common law são absorvidos de maneira desordenada, como sustenta Didier:

Muito embora não possa o Brasil ser considerado como um país que partilhe a cultura do *case law*, a produção legislativa recente reflete uma clara intenção de fortalecer o papel dos precedentes no direito pátrio, conferindo-lhes inédita força no país (a exemplo da súmula vinculante, dos precedentes com poder obstativo de recursos ou de remessa necessária e, ainda, de precedentes com carga persuasiva, tais como aqueles que justificam improcedência *prima facie*).

**A rapidez com que foram criadas novas regras conferindo progressiva carga eficaz aos precedentes judiciais no Brasil não se faz acompanhar, (...) de uma adequada sistematização do instituto recepcionado. Como resultado dessa lacuna, é comum no sistema brasileiro o uso aleatório, improvisado e descontextualizado de precedentes para solução de casos concretos.<sup>30</sup>**

Sendo assim, apesar de uma grande aproximação do papel do poder judiciário que se observa hoje entre as duas tradições, não houve uma adequada recepção de institutos de uma tradição pela outra. Como mencionado, o que se observa é uma adoção improvisada e desordenada, que acaba trazendo problemas, pois não cumpre adequadamente com o objetivo desses institutos absorvidos, qual seja o de resolver problemas existentes nos sistemas jurídicos, buscando assegurar ao máximo a igualdade e a segurança jurídica, almejadas por ambas as tradições.

O que se verifica hoje no Brasil é que, apesar de haver um crescente uso dos precedentes, não há respeito por eles. Marinoni atribui isso à “falsa suposição de que a lei seria suficiente para garantir a segurança jurídica”<sup>31</sup>, já que haveria plena previsibilidade de sua aplicação e o juiz seria um mero aplicador de seus dispositivos, impedindo assim, arbitrariedades judiciais.

Todavia, vivemos em sociedades multiculturais, de forma que existem inúmeras possibilidades de incidência e aplicação da lei, que não podem ser previstas. O que gera a necessidade de o juiz exercer uma atividade interpretativa. Porém, por pairar essa falsa crença de que a lei não deve ser interpretada e apenas aplicada, não há preocupação com

---

<sup>30</sup> DIDIER, Fredie Jr. ... [et. Al.]. Precedentes / coordenadores, Fredie Didier Jr. – Salvador: Juspodivm, 2015, p. 189 – grifou-se.

<sup>31</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. – 5. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 12.

a elaboração de regras de interpretação, nem com o devido respeito aos precedentes. Toda essa problemática, faz com que, frequentemente, os juízes brasileiros decidam de maneira diferente casos análogos, o que rompe com a segurança jurídica e torna incoerente o próprio sistema jurídico.

Neste ponto, é extremamente relevante ressaltar o que observa Marinoni:

**A segurança jurídica, postulada na tradição do *civil law* pela estrita aplicação da lei, está a exigir o sistema dos precedentes**, há muito estabelecido para assegurar essa mesma segurança no ambiente do *common law*, em que a possibilidade de decisões diferentes para casos iguais nunca foi desconsiderada e, exatamente por isso, fez surgir o princípio, inspirador do *stare decisis* de que os casos similares devem ser tratados do mesmo modo (*treat like cases alike*).<sup>32</sup>

Tal contradição, observada atualmente no Brasil, é parte da problemática objeto do presente estudo monográfico. Percebe-se que a falta de respeito aos precedentes constitui um grave empecilho à igualdade e à segurança jurídica, objetivos orientadores da nossa Constituição. Por tal razão, no próximo capítulo, se passará a demonstrar a importância de se respeitar um precedente.

---

<sup>32</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. – 5. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 82.



## 2. PORQUE RESPEITAR PRECEDENTES?

Como visto no capítulo anterior, apesar de o Brasil ter adotado o instituto dos precedentes, buscando uniformizar sua jurisprudência, existe uma grande aleatoriedade que paira sobre seu uso. Isso ocorre, principalmente, pois aqui os precedentes não são respeitados e, em decorrência disso, são produzidas, todos os dias, decisões díspares. Sendo assim, é indispensável analisar os motivos para se respeitar precedentes e seus inúmeros benefícios.

Fato é que, no Brasil, a falta de respeito aos precedentes se dá pela falsa crença de que a lei seria suficiente para prever todas as possíveis hipóteses de sua aplicação e, a partir da estrita separação de poderes, caberia ao judiciário apenas aplicá-la, sem que houvesse qualquer atividade interpretativa. Nas palavras de Marinoni “a ideia de submissão do juiz ao legislador colaborou para a formação de um sistema despreocupado com o respeito aos precedentes<sup>33</sup>”. Em decorrência disso, falta familiaridade aos nossos juizes e juristas para com as teorias sobre como interpretar e aplicar precedentes. Teorias essas que demoraram muito tempo para se desenvolver na common law e que, apesar de serem bastante relevantes para a adequada utilização do instituto dos precedentes, são majoritariamente inexploradas pelos juizes e juristas brasileiros.

Contudo, existe uma inconsistência nessa postura, já que a Constituição Federal prevê princípios fundamentais, indissociáveis do Estado Democrático de Direito, profundamente relacionados com a ideia de respeito aos precedentes. São eles: a igualdade e a segurança jurídica<sup>34</sup>, dos quais decorrem a estabilidade, a previsibilidade e a confiança no sistema jurídico brasileiro.

Tais preceitos possuem extrema importância, pois para que uma democracia funcione da melhor maneira possível, os cidadãos precisam estabelecer uma relação de confiança com o estado-nação a que pertencem, de forma que respeitem a jurisdição a que estão submetidos, mantendo assim a ordem jurídica. Ademais, é necessário ter

---

<sup>33</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. – 5. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 104.

<sup>34</sup> Art. 5º da CRFB: 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. (grifou-se)

previsibilidade acerca das decisões judiciais, visto que a partir delas são definidos os parâmetros de conduta e comportamento dos cidadãos. Como sustenta Moreira: “Trata-se, pura e simplesmente, de evitar, na medida do possível, que a sorte dos litigantes e afinal a própria unidade do sistema jurídico vigente fiquem na dependência exclusiva da distribuição do feito ou do recurso a este ou àquele órgão”.<sup>35</sup>

## 2.1. Distinções importantes

Para começar a falar sobre o respeito aos precedentes é importante fazer algumas relevantes distinções, elencadas por Schauer<sup>36</sup> e Marinoni<sup>37</sup>. A primeira delas remete ao fato de que o precedente é diferente da experiência, pois enquanto a experiência elucida e/ou ensina algo a respeito do presente a partir de uma situação passada, o precedente não possui essa vinculação obrigatória com o passado. Ele é autônomo, de maneira que não há, necessariamente, uma relação de dependência com a relação passada, ou com o raciocínio do qual surgiu. Sua observância se dá pelo caráter vinculante e pela autoridade que lhe são atribuídos. Também não se confunde com o exemplo, pois não tem a pretensão de explicar ou elucidar algum conceito, mas apenas indicar que já ocorreu uma discussão judicial sobre determinado assunto. Conjuntamente, o precedente se distingue do costume, apesar de ambos serem fontes do direito e possuírem uma ligação muito próxima. Isso porque:

**o precedente que se funda no costume conta com algo que, mesmo não sendo imprescindível à sua caracterização, propicia-lhe força.** Na mesma perspectiva, o precedente ainda que contingente para a conformação do costume é importante para o seu desenvolvimento e transformação. **A relevância dos precedentes para a solidificação do costume é notória no common law.**<sup>38</sup>

Além disso, deve-se ressaltar que o precedente, por ser autônomo, se refere estritamente ao direito e não à situação fática de origem. Sucede-se que, a partir do caso concreto, é produzida uma decisão específica e adequada ao contexto exposto, completamente singular no que concerne às questões de fato. Logo, a eficácia vinculante do precedente não se dá pelos fatos do caso, mas pelas questões de direito

---

<sup>35</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao código de processo civil. 16. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. 5, p. 5.

<sup>36</sup> SCHAUER, Frederick. Precedent, cit., p. 574.

<sup>37</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. – 5. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 85.

<sup>38</sup>Idem. p. 87 – grifou-se.

que se firmaram na decisão paradigma. É o que dispõe Tucci<sup>39</sup>: “todo precedente judicial é composto por duas partes distintas: a) as circunstâncias que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório”. Logo, apenas a chamada *ratio decidendi* possui eficácia vinculante.

Da mesma forma, se faz importante mencionar que o precedente é completamente distinto da coisa julgada. Didier conceitua coisa julgada como “a imutabilidade da norma jurídica individualizada contida na parte dispositiva de uma decisão judicial<sup>40</sup>”. À vista disso, enquanto a coisa julgada garante imutabilidade do que foi decidido em relação às partes daquela relação jurídica, o respeito aos precedentes é mais abrangente e fornece previsibilidade e estabilidade à interpretação jurídica utilizada em determinadas decisões.

Por fim, é preciso salientar que os precedentes são especialmente capazes de gerar os efeitos descritos a seguir quando respeitados tanto em sua eficácia vertical, quanto horizontal. Isto é, as decisões das Cortes Superiores têm eficácia vinculante perante os órgãos judiciais inferiores, de forma que há uma hierarquia verticalizada entre eles. Outrossim, todos os órgãos jurisdicionais também se vinculam às suas próprias decisões, de maneira que há uma eficácia horizontal entre eles. A partir disso, pretende-se integrar todos os órgãos do judiciário, para que exista a maior coerência possível entre eles.

## **2.2. A garantia da segurança jurídica**

A primeira e principal razão para se respeitar precedentes se dá pelo seu papel fundamental na garantia da segurança jurídica. Através da uniformização da jurisprudência e do devido respeito aos precedentes, é possível assegurar a imparcialidade, a previsibilidade e a estabilidade das decisões judiciais, o que proporciona segurança.

---

<sup>39</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 12.

<sup>40</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 2, p. 408.

Fato é que o princípio da segurança jurídica é basilar na nossa Constituição e intrínseco ao Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, assevera MacCormick:

Entre os valores que ele [o Estado de Direito] assegura, nenhum é mais importante que a certeza jurídica, exceto talvez pelos princípios que a acompanham, a saber, a segurança de expectativas jurídicas e a garantia do cidadão contra interferência arbitrária por parte do governo e de seus agentes.<sup>41</sup>

Em linhas gerais, o princípio da segurança jurídica busca fornecer estabilidade para a garantia da ordem jurídica, proporcionando sua continuidade. Para tanto é necessário que exista coerência na aplicação do direito, o que remete à uniformidade trazida pelo respeito aos precedentes. Ademais, por estar expressamente disposto no art. 5º da nossa Constituição, o princípio da segurança jurídica é estruturante no nosso ordenamento e deve ser obrigatoriamente respeitado e prestigiado.

Tal princípio, por impor o respeito às relações jurídicas já constituídas, faz com que, obrigatoriamente, antecipem-se os efeitos das decisões que irão interferir no plano individual ou coletivo. Desse modo, há uma maior previsibilidade na relação entre os indivíduos e entre estes e o poder público, assegurando a efetividade dos direitos fundamentais.<sup>42</sup> Ao dispor sobre os efeitos da segurança jurídica em relação aos cidadãos, Marinoni deu ênfase à sua relevância e influência na vida cotidiana dos cidadãos:

O cidadão precisa ter segurança de que o Estado e os terceiros se comportarão de acordo com o direito e de que os órgãos incumbidos de aplicá-lo o farão valer quando desrespeitado. Por outro lado, a segurança jurídica também importa para que o cidadão possa definir o próprio comportamento e suas ações. **O primeiro aspecto demonstra que se trata de garantia em relação ao comportamento daqueles que podem contestar o direito e têm o dever de aplicá-lo; o segundo quer dizer que ela é indispensável para que o cidadão possa definir o modo de ser de suas atividades.**<sup>43</sup>

Tal princípio está profundamente atrelado à noção de previsibilidade, de forma que um cidadão, ao antecipar os resultados jurídicos de determinada conduta ou mesmo

---

<sup>41</sup>MACCORMICK, Neil, 1941: Retórica e Estado de Direito/Neil MacCormick; [tradução Conrado Hubner Mendes] – Rio de Janeiro, 2008, p. 18.

<sup>42</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

<sup>43</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. – 5. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 97.

de uma demanda que almeja levar ao judiciário, possui maior confiança e convicção no ordenamento jurídico ao qual se submete. Porém, a previsibilidade não se restringe ao conhecimento das normas jurídicas existentes, até porque, atualmente é praticamente impossível conhecer toda a legislação produzida.

Ademais, é certo que de nada adianta saber plenamente o conteúdo de determinada norma jurídica se no momento em que for aplicada, cada órgão jurisdicional adotar uma interpretação diferente. Sendo assim, chega-se a seguinte conclusão: “se a previsibilidade não depende da norma em que a ação se funda, mas da sua interpretação judicial, é evidente que a segurança jurídica está ligada à decisão judicial e não à norma jurídica em abstrato”.<sup>44</sup>

Nesse ponto, percebe-se novamente que a mera alegação de aplicação do texto legal não basta para garantir segurança jurídica. A atividade do judiciário é inegavelmente interpretativa e isso se evidencia pelas inúmeras decisões díspares produzidas todos os dias no Brasil. Se ocorresse a mera aplicação e a lei previsse todas as suas hipóteses de aplicação, as decisões acerca do mesmo assunto seriam idênticas. Tal disparidade comprova a atividade criativa e interpretativa do judiciário.

Deste modo, a partir da compreensão de que a interpretação da norma jurídica é fundamental para que haja previsibilidade, constata-se que o respeito aos precedentes, através do *stare decisis* (princípio que determina a vinculação obrigatória dos precedentes), é inerente à sua garantia. Por meio da uniformidade das decisões judiciais e do respeito pelo o que já foi decidido, é possível que o indivíduo consiga prever o entendimento dominante acerca de determinadas questões.

Além disso, cumpre ressaltar que o respeito aos precedentes desestimula a propositura de demandas, na medida em que fornece essa previsibilidade acerca da aplicação de determinadas normas jurídicas. O que é extremamente relevante no atual cenário brasileiro, que possui um judiciário extremamente sobrecarregado e moroso pela alta demanda de litígios, diminuindo muito sua efetividade.

---

<sup>44</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. – 5. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 100.

Tal previsibilidade também favorece a realização de acordo entre as partes e dá efetividade à duração razoável do processo, pois inibe a interposição de recursos de maneira desenfreada, trazendo uma economia de despesas. Quando são proferidas decisões díspares, as partes acabam se arriscando na interposição de recursos, pois podem tanto ganhar, quanto perder. No entanto, com uma maior previsibilidade e estabilidade das decisões judiciais, essa prática é inibida.

Nesse sentido, cabe trazer outra importante perspectiva do princípio da segurança jurídica, também relacionado com a previsibilidade: a ideia da proteção da confiança. Para Canotilho os dois andam, necessariamente, juntos, pois a proteção da confiança garante aos cidadãos a previsibilidade no que concerne aos efeitos jurídicos dos atos praticados entre si e entre eles e o Poder Público<sup>45</sup>.

Aqui se faz importante distinguir a confiança gerada pela coisa julgada e a confiança gerada pelo respeito aos precedentes. A coisa julgada confere certeza ao cidadão assegurando a imutabilidade da decisão proferida no julgamento específico de seu caso concreto. Em contrapartida, a ideia de respeito aos precedentes traz confiança no que já foi decidido pelos órgãos jurisdicionais, através da previsibilidade, que permite ao cidadão pautar seu comportamento na orientação firmada pela jurisdição vigente.

Por fim, deve-se mencionar a relação entre o princípio da segurança jurídica e a estabilidade da lei e de sua interpretação. É fundamental que num Estado Democrático de Direito exista continuidade na ordem jurídica vigente, o que se dá pela permanência tanto das normas jurídicas produzidas pelo direito legislado, quanto pela interpretação dada a elas nas decisões judiciais. Sendo certo que de nada adianta ter decisões coerentes e estáveis, se a lei mudar constantemente em curto intervalo de tempo, assim como não há efetividade em ter uma legislação estável se a interpretação dada em sua aplicação for completamente inconstante, situação que se verifica no Brasil:

Não há como ter estabilidade quando os juízes e tribunais não se veem como integrantes do sistema, mas se enxergam como entes dotados de autonomia para decidir o que bem quiserem. A estabilidade das decisões, portanto,

---

<sup>45</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra; Almedina, 2002, p. 257.

pressupõe uma visão e uma compreensão da globalidade do sistema de produção de decisões, o que lamentavelmente, não ocorre no Brasil, onde ainda se pensa que o juiz tem poder para realizar a sua “justiça” e não para colaborar com o exercício do dever estatal de prestar a adequada tutela jurisdicional, para o que é imprescindível a estabilidade das decisões.<sup>46</sup>

Percebe-se aqui a importância de se estabelecer o respeito aos precedentes tanto em sua eficácia horizontal, quanto vertical, de maneira que os órgãos jurisdicionais se entendam como pertencentes a um sistema jurídico integrado e coerente, de maneira a fornecer a estabilidade necessária à garantia da continuidade da ordem jurídica vigente.

### **2.3. A garantia do princípio da igualdade**

Ao dispor sobre a necessidade de se utilizar do instituto dos precedentes, MacCormick cita como principal motivação a garantia da igualdade e da imparcialidade que o instituto traz ao sistema jurídico no qual incide:

Se você deve tratar igualmente casos iguais e diferentemente casos distintos, então novos casos que tenham semelhanças relevantes com decisões anteriores, devem (*prima facie*, pelo menos) ser decididos de maneira igual ou análoga a casos passados. Conectada a essa razão está a ideia de um sistema jurídico imparcial que faz a mesma justiça a todos, independentemente de quem forem as partes do caso e de quem está julgando. Num Estado moderno, com muitos juízes e muitas cortes, e uma hierarquia estruturada de recursos, as mesmas regras e soluções devem orientar a decisão independentemente do juiz do caso. Fidelidade ao Estado de Direito requer que se evite qualquer variação frívola no padrão decisório de um juiz ou corte para o outro.<sup>47</sup>

Tal ideia está profundamente interligada com o respeito aos precedentes, tendo em vista que decisões díspares acerca do mesmo tema e de hipóteses análogas de incidência violam frontalmente o princípio da igualdade. Como visto no trecho acima, é preciso tratar igualmente casos iguais ou análogos, de maneira a garantir segurança e imparcialidade no acesso à justiça do cidadão.

Deve-se enfatizar, nesse momento, a imensa relevância que o princípio da igualdade possui no nosso ordenamento jurídico, sendo basilar e estruturante em relação ao Estado Democrático de Direito. Tal princípio, previsto no caput do art. 5º da

---

<sup>46</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. – 5. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 103.

<sup>47</sup>MACCORMICK, Neil, 1941: Retórica e Estado de Direito/Neil MacCormick; [tradução Conrado Hubner Mendes] – Rio de Janeiro, 2008, p. 191.

Constituição Federal, deve ser obedecido por todos os cidadãos e pelo Estado no exercício dos três poderes, sendo, inclusive, inerente à ideia de separação do executivo, legislativo e judiciário. Isso porque, de acordo com o sistema de “freios e contrapesos”, para que as funções do Estado sejam exercidas da melhor forma possível é preciso que os três órgãos a que foram distribuídas tenham independência e autonomia, se respeitando reciprocamente, de maneira a conter o arbítrio do poder estatal.

Todavia, o que tem se observado no Brasil é que existe uma ênfase muito maior na igualdade processual do que na igualdade em relação às decisões judiciais (que remete ao respeito aos precedentes). Há uma grande preocupação, expressa tanto na Constituição, quanto no Código de Processo Civil, em garantir o tratamento igualitário entre as partes<sup>48</sup>, o respeito ao contraditório e à ampla defesa<sup>49</sup>, e em assegurar a igualdade no procedimento do acesso à justiça. Contudo, quando os indivíduos apresentam uma demanda ao judiciário, o maior interesse que possuem se dá em torno do que será decidido, na medida em que conseguirão ou não obter êxito em relação ao que pediram. Sendo assim, percebe-se um enorme lapso por não existir a preocupação com o respeito aos precedentes, pois:

**O judiciário deixa de observar o princípio da igualdade no momento mais importante da sua atuação**, exatamente quando tem de realizar o principal papel que lhe foi imposto.

(...)

É preciso frisar que não se deve confundir direito ao processo justo com direito à decisão racional e justa. O direito ao processo justo é satisfeito com a realização de direitos fundamentais de natureza processual, como o direito à efetividade da tutela jurisdicional e o direito ao contraditório. Mas a legitimação da jurisdição não depende apenas da observância destes direitos nem pode ser alcançada somente pelo procedimento em contraditório e adequado ao direito material, sendo aí imprescindível pensar em uma legitimação pelo conteúdo da decisão.

Note-se que o procedimento pode ser legítimo à luz dos direitos fundamentais processuais e, ainda sim, produzir decisão descompromissada com a substância das normas constitucionais.<sup>50</sup>

---

<sup>48</sup>Art. 7º do Código de Processo Civil: 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.

<sup>49</sup>Art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal: Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

<sup>50</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. – 5. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 113.



Assim, torna-se evidente que a igualdade meramente processual coloca o jurisdicionado em posição extremamente frágil, posto que este não possui qualquer previsibilidade acerca de sua tutela jurisdicional. Isso porque, como já mencionado em momento anterior, a falta de respeito aos precedentes faz com que existam decisões completamente diferentes acerca de casos análogos, além de abrir espaço para arbitrariedades e decisionismos judiciais, violando frontalmente o princípio da igualdade.

Além disso, deve-se ressaltar que a igualdade jurisdicional se relaciona com o respeito a um sistema hierárquico estruturado, para que determinada interpretação definida numa Corte Superior, por exemplo, seja reproduzida em todo o ordenamento jurídico. Ou ainda, para que determinada interpretação seja respeitada no mesmo Órgão Jurisdicional em que foi fixada. Em ambos os casos, é garantido ao jurisdicionado igualdade de tratamento em relação às partes que obtiveram sua tutela na decisão paradigma anterior. É importante frisar que o respeito a um sistema hierarquizado não retira a independência e autonomia do juiz, mas impede que estes sejam incoerentes e arbitrários.

A coerência também é um fator que está conectado à igualdade, pois esta remete a um sistema jurídico harmônico, que confira a mesma solução a casos análogos, tratando-os com uniformidade. Nesse sentido, o judiciário possui papel fundamental na coerência do direito, pois é o responsável por sua aplicação. Assim, ao proferir decisões completamente distantes em casos semelhantes, atribuindo interpretações diversas a uma mesma norma jurídica, não há como existir qualquer coerência no direito, pois a decisão passa a depender do juiz a qual foi submetida, rompendo também com a imparcialidade.

A imparcialidade constitui aspecto profundamente relacionado com o princípio da igualdade. O respeito aos precedentes é intrínseco à imparcialidade, pois apenas um sistema jurídico imparcial faz a mesma justiça a todos, de maneira que as mesmas soluções devem conduzir decisões acerca de casos análogos, independentemente de quem forem as partes e de quem o estiver julgando<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup>MACCORMICK, Neil, 1941: Retórica e Estado de Direito/Neil MacCormick; [tradução Conrado Hubner Mendes] – Rio de Janeiro, 2008, p. 191.

Ao pensar, especificamente, sobre a garantia da imparcialidade do juiz e sobre a legitimidade das decisões judiciais, é comum remeter a ideia da necessidade da fundamentação das decisões, pois através dela o juiz demonstra o raciocínio que fez ao aplicar determinada norma jurídica referente ao caso concreto que examina, trazendo legitimidade à sua decisão e, conseqüentemente, mostrando-se imparcial. Porém, essa imparcialidade se dá apenas em relação ao juiz.

Ao refletir de forma mais abrangente, é possível perceber que a fundamentação não basta para garantir a imparcialidade. De que adianta termos uma série de decisões fundamentadas por normas e doutrinas jurídicas, se não há consenso e coerência na interpretação dos dispositivos utilizados na realização de seu embasamento? Essa desconformidade, além de produzir uma série de decisões díspares e contraditórias entre si, faz com que os precedentes mais relevantes sejam desrespeitados e com que a lei seja interpretada de forma bastante peculiar, de acordo com o julgador que a estiver analisando. O sistema jurídico permanece parcial e ainda abre espaço para arbitrariedades e decisionismos por parte dos juizes, já que estes possuem suposta legitimidade apenas pelo fato de produzirem decisões fundamentadas. Nas palavras de Marinoni:

Ao permitir decisões díspares a casos iguais, o sistema estimula o arbítrio e a parcialidade. Se o juiz pode atribuir significados distintos à mesma norma, o juiz parcial está livre para decidir como lhe convier, bastando justificar as suas opções arbitrárias. Porém, quando está sujeito ao seu passado, isto é, ao que já decidiu, o juiz não pode, ainda que deseje, ser parcial ou arbitrário. Fica-lhe vedado decidir casos iguais segundo o rosto das partes.<sup>52</sup>

Sendo assim, o respeito aos precedentes faz com que haja imparcialidade do sistema jurídico como um todo, inibindo juízos arbitrários, ainda que justificados através de fundamentação com base em dispositivos legais e doutrinários. Ademais, o respeito aos precedentes faz com que o juiz tenha maior responsabilidade ao decidir, pois não está apenas fixando entendimento em relação ao caso concreto que julga especificamente, mas vincula tanto o órgão jurisdicional do qual faz parte, quanto os que são hierarquicamente submetidos a ele. Tal raciocínio certamente traz um peso maior na hora de formular seu entendimento e decidir de maneira coerente e adequada.

---

<sup>52</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. – 5. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 131.

Portanto, constata-se que o respeito às decisões passadas torna todo o ordenamento jurídico mais coerente e garante a igualdade e a segurança jurídica da forma mais abrangente possível.

### 3. COMO SE APLICA UM PRECEDENTE?

Superada a discussão acerca da importância do respeito aos precedentes é preciso entender como se dá a dinâmica da correta aplicação do instituto, pois é nesse momento que todas as ideias discutidas no presente estudo monográfico são postas em prática. Nesse sentido, em primeiro lugar, é fundamental perceber que o raciocínio constante na aplicação dos precedentes é feito, essencialmente, por comparações. Nas palavras de Dierle Nunes e André Frederico Horta:

**Raciocinar por precedentes é, essencialmente, raciocinar por comparações. Comparam-se situações, fatos, qualidades e atributos, e, ao serem feitas as comparações, analogias e contra-analogias são elaboradas para que se possa concluir se tais comparações são fortes o suficiente para que coisas diferentes sejam tratadas de forma igual, ou se são fracas o bastante para que coisas diferentes não sejam tratadas de forma desigual – aliás, por mais complexa e controvertida seja a noção de “justiça”, dificilmente se conseguirá ensaiar alguma conceituação fundamentada sem enfrentar a questão da igualdade e da diferença.<sup>53</sup>**

Aqui se faz importante dispor sobre o conceito de analogia, que consiste em indicar semelhanças entre aspectos de dois entes que, apesar de diferentes entre si, possuam características que permitam fornecer a ambos tratamento igual. Sendo assim, se ao final do raciocínio comparativo se chegar à conclusão que aos dois casos em análise deve ser designada a mesma consequência, se está diante de uma analogia. Todavia, se o entendimento for de atribuir aos casos consequências distintas, o raciocínio será fruto de uma contra-analogia, também chamado de *distinguishing*.

Como retratado nos capítulos anteriores, a dinâmica do precedente envolve a atuação do magistrado de maneira interpretativa e nessa atividade, por meio de comparações e analogias entre o caso concreto e o caso paradigma, se decidirá se o precedente é adequado ou não ao caso em análise. Ao realizar essa adequação, o magistrado poderá aplicar, rejeitar, distinguir ou superar um precedente, condutas que serão esmiuçadas a seguir.

---

<sup>53</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 2, p. 310 – grifou-se.

Ademais, para compreender a aplicação dos precedentes, deve-se diferenciar o precedente persuasivo do vinculante, pois as condutas do magistrado serão diferentes ao analisar cada tipo. O precedente vinculante é aquele obrigatório, que possui uma autoridade própria, sendo o juiz forçado a segui-lo mesmo não concordando com ele, pois ele fixa uma orientação que deve ser observada em hipóteses semelhantes. Em contrapartida, o conceito de precedente persuasivo se dá por exclusão, sendo persuasivos aqueles que não forem obrigatórios, de forma que um juiz não é impelido a obedecê-lo, mas se optar por seguir seu entendimento estará convencido de que tal precedente está correto. Nessa perspectiva, assim distingue Ronaldo Cramer:

**Na hipótese de precedente persuasivo, que é empregado como reforço de argumentação jurídica, o magistrado somente o aplicará se concordar com a norma jurídica nele fixada.**

**(...)No caso de precedente vinculante, o juiz tem o dever de empregá-lo no caso concreto.** Perceba-se que a força vinculante não tem relevância se o magistrado concorda com o precedente, pois, nesse caso, a aplicação do precedente ocorre, antes de tudo, pela vontade do juiz. Essa força se justifica na hipótese de o magistrado discordar do precedente.

Assim, como no precedente persuasivo, o magistrado deve motivar a adoção do precedente vinculante, demonstrando de forma minuciosa, o encaixe do precedente no caso concreto.<sup>54</sup>

Tal diferenciação também é relevante ao se falar na rejeição de um precedente, pois no caso do precedente persuasivo, é possível que o magistrado, por não concordar com ele, opte por não aplicá-lo. Já no caso do precedente vinculante, só é possível deixar de aplicá-lo se houver distinção ou superação, hipóteses que devem ser adequadamente fundamentadas e motivadas. Nessa acepção, se faz importante detalhar como ocorre a distinção, ou o *distinguishing* e a superação, ou o *overruling*

### 3.1 *Distinguishing*

Como mencionado acima, para aplicar um precedente é preciso comparar o caso paradigma com o caso concreto que se deseja resolver. Ao realizar essa comparação, se for verificado não ser possível o encaixe do precedente ao caso em análise, é necessário realizar uma distinção, que é chamada de *distinguishing*, pela common law. Através do conceito fixado por MacCormick, por uma questão de justiça, devem-se tratar da mesma

---

<sup>54</sup> CRAMER, Ronaldo. Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica – 1. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 139

maneira casos semelhantes e diferentemente casos distintos<sup>55</sup>. Desse modo, conclui-se que quando os casos não forem idênticos, ou quando não for possível realizar uma analogia entre eles, haverá distinção, assim definida por Marinoni:

Numa primeira visão, *distinguishing* é apenas a declaração de que o direito evidenciado no precedente não deve regular o caso sob julgamento. Portanto, é uma declaração negativa, jamais podendo chegar perto da declaração de um direito novo ou de sua constituição. Isso pode ocorrer apenas após a declaração de inaplicabilidade do precedente, e, ainda assim, não necessariamente, já que se pode adotar outro precedente.<sup>56</sup>

O *distinguishing* é considerado um tipo de ruptura no direito jurisprudencial, que terá maior ou menor grau de importância, quanto maior ou menor for a autoridade do precedente. A ruptura é extremamente relevante quando falamos sobre a busca pela uniformização da jurisprudência, pois permite que o sistema não fique rígido demais. Todavia, em respeito à segurança jurídica e à igualdade, mencionadas no capítulo anterior, é preciso que as rupturas sejam motivadas e adequadamente fundamentadas de forma a assegurar a coerência e a garantia da justiça no momento em que os juízes tomarem suas decisões. Isso para que não entendam o *distinguishing* como uma ferramenta a ser empregada quando não quiserem aplicar determinado precedente. Desse modo, a exigência de motivação e fundamentação tenta inibir o uso inconsistente do *distinguishing*.

Fato é que afastar a incidência de determinado precedente não implica em qualquer questionamento de sua autoridade, validade ou legitimidade, mas apenas se afirma que a consequência contida no paradigma não se aplica ao caso concreto em análise por diferenças relevantes que geram essa distinção. Nesse sentido, sobre a técnica do instituto, assim descrevem Dierle Nunes e Andre Frederico Horta:

É possível classificar a técnica da distinção (*distinguishing*) tomando por base um sentido amplo e outro estrito: **a distinção em sentido amplo consiste no processo argumentativo ou decisório por meio do qual o raciocínio por contra-analogias se manifesta; a distinção em sentido estrito refere-se ao resultado do processo argumentativo, quando se**

---

<sup>55</sup>MACCORMICK, Neil, 1941: Retórica e Estado de Direito/Neil MacCormick; [tradução Conrado Hubner Mendes] – Rio de Janeiro, 2008, cap. 8, p. 191.

<sup>56</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. – 5. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 233.

**chega a efetivamente diferenciar dois casos ou duas situações, afastando-se a aplicação de determinado precedente.<sup>57</sup>**

Adentrando no procedimento do *distinguishing*, a primeira etapa necessária para a sua realização consiste na delimitação do *ratio decidendi* do precedente que se pretende aplicar, que é a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação do provimento decisório<sup>58</sup>. Separam-se, então, os fatos relevantes para fins de comparação e adequação, daqueles irrelevantes, estabelecendo o que será considerado, efetivamente, precedente. Segundo Thomas Bustamante<sup>59</sup> tal identificação deve ser buscada nas razões que os juízes fornecem quando fundamentam suas decisões.

Após a identificação da *ratio decidendi* do precedente, passa-se a comparar o caso paradigma com o caso analisando, afim de verificar em qual medida os fatos se assemelham ou possuem circunstâncias que os afastam. De acordo com Dierle Nunes e Andre Frederico Horta<sup>60</sup>, ao realizar essa comparação, se ocorrer uma distinção fática, ou seja, quando a abrangência da norma jurisprudencial permanece inalterada, porém os fatos do caso concreto não constituírem hipótese de aplicação daquele precedente, há o que chamamos de exceção indireta ou argumento ao contrário. Em contrapartida, se ocorrer uma distinção normativa, quando há o afastamento do precedente em relação a determinados casos que antes estavam abrangidos por ele, ocorre a chamada exceção direta ao precedente ou redução teleológica. Para adequada compreensão de cada um dos institutos, é relevante trazer a explicação acerca deles, elaborada pelos mencionados autores:

**A redução teleológica** parte da premissa segundo a qual as normas jurídicas (incluídas as jurisprudenciais) são condicionantes superáveis, possuindo exceções implícitas cuja descoberta fica a cargo do intérprete. **À vista de determinadas razões, normalmente movidas por um senso de justiça diante de uma situação específica e mediante a introdução de uma cláusula implícita, estabelece-se uma exceção à regra, reduzindo o seu campo de aplicação e retirando-lhe o caráter definitivo para a solução de um caso.**

**(...) No argumento ao contrário, por sua vez, conclui-se que os fatos do caso presente não se encontram inseridos no campo de aplicação da**

---

<sup>57</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 2, p. 316 – grifou-se.

<sup>58</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 12.

<sup>59</sup>BUSTAMANTE, Thomas. Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação das regras jurisprudenciais. Editora Noeses: São Paulo, 2012, p. 270.

<sup>60</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 2, p. 317 – grifou-se.

**norma do caso precedente com relação ao qual se pretende promover o *distinguishing***, isto é, a conclusão ao contrário se impõe quando se verifica que o caso precedente não constitui hipótese de incidência do precedente, cujas consequências restarão inaplicadas.<sup>61</sup>

Percebe-se, portanto, que o primeiro tipo de distinção, qual seja a exceção indireta, é mais moderado do que o segundo. Isso porque reconhece a validade da norma estabelecida pelo precedente, porém chega à conclusão de que o precedente não abrange e, conseqüentemente, não pode ser aplicado ao caso atual, por não possuírem entre si fatos, fundamentos jurídicos ou teses jurídicas semelhantes. Já o segundo tipo de distinção, a chamada exceção direta, é mais ousado, pois reformula ou cria uma exceção à norma estabelecida pelo precedente, de acordo com as especificidades do caso concreto. Tal distinção pode ser vista como um desafio à autoridade do tribunal que estabeleceu o precedente, por isso é mais audaciosa que a primeira. Fato é que em ambas as hipóteses de distinção o campo de incidência e vinculação do precedente é fatalmente reduzido, porém em maior grau diante de uma exceção direta e em menor grau diante de uma exceção indireta.

### 3.2 *Overruling*

Ao verificar não ser possível a aplicação de um precedente, pode-se aferir que o entendimento fixado nele não deve mais persistir, de forma a observar uma necessidade de superação, chamada de *overruling* pela common law, que ocorre quando há a revogação do precedente anterior por outro proferido pela mesma corte que o criou ou por outra que seja hierarquicamente superior, a depender das normas do sistema jurídico a que se está inserido.

A prática do *overruling* é extremamente importante, pois permite o desenvolvimento do direito, possibilitando que ele acompanhe as mudanças da sociedade a qual regula, de maneira a corresponder aos padrões de congruência social, o que também contribui para estabilidade do sistema jurídico. Ao negar o *overruling* e manter um sistema jurídico inteiramente estático, não há coerência do direito com as proposições morais, políticas e de experiência, determinantes para que se estabeleça uma conduta como boa ou ruim em face do bem-estar geral da sociedade em que se está

---

<sup>61</sup> Idem. p. 317 – grifou-se.



inserido<sup>62</sup>. Nesse sentido, o *overruling* se mostra fundamental no contexto atual, em que as mudanças são cada vez mais rápidas e voláteis. Nesse sentido, Marinoni cita o papel fundamental da doutrina ao sinalizar que um precedente deve ser superado:

Importa salientar que tanto a ausência de congruência social quanto a falta de consistência sistêmica costumam ser demonstradas pela doutrina. A crítica doutrinária permite não apenas a individualização dos precedentes que se revestem de algum ou de ambos os defeitos, como também apresenta argumentos que os evidenciam, deixando a classe dos advogados adequadamente informada acerca da fragilidade de determinado precedente. A informação dos advogados é um dos elementos de maior importância para descaracterizar os fundamentos para a preservação do precedente, pois elimina as alegações de confiança justificada e da vedação da surpresa injusta.<sup>63</sup>

No entanto, como já ressaltado anteriormente, o *overruling* também é um tipo de ruptura e ocasiona a revogação de um precedente. Dessa forma, para preservar a segurança jurídica e a estabilidade do sistema jurídico como um todo, a superação de um precedente deve ter, sempre, caráter excepcional. Todavia, infelizmente, o que se verifica no Brasil é uma jurisprudência instável, com um alto número de revogações de precedentes, que geram a impressão de que a jurisprudência se fixa de acordo com a composição do tribunal. Isso porque, é comum quando há mudança na composição dos órgãos jurisdicionais, ocorrer uma série de revogações para que os precedentes se adéquem às opiniões e posicionamentos dos magistrados<sup>64</sup>, o que gera imensa insegurança jurídica e imprevisibilidade.

Sendo assim, devemos entender que o ideal é que a superação da jurisprudência ocorra nas hipóteses de modificação do texto legal, alteração da compreensão da comunidade jurídica acerca de determinado tema, mudança dos fatos sociais ou ainda pelo fato do precedente ter fixado entendimento que, em momento posterior, constatou-se errado. Nas palavras de Marinoni tal revogação “depende de adequada confrontação entre os requisitos básicos para o *overruling* – ou seja, a perda da congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica – e os critérios que ditam as razões para a

---

<sup>62</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. – 5. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 253.

<sup>63</sup> Idem. p. 254.

<sup>64</sup> CRAMER, Ronaldo. Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica – 1. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 147.

estabilidade ou para a preservação do precedente – fundamentalmente a confiança e a prevenção contra a surpresa injusta.”<sup>65</sup>

Em síntese, o *overruling* ocorre quando o mesmo tribunal, ou tribunal hierarquicamente superior se posicionam de forma contrária àquela estabelecida no precedente. Ao detalhar melhor tal procedimento, Humberto Ávila entendeu existir três formas de manifestar esse posicionamento contrário: de maneira expressa (quando o tribunal indica, explicitamente, qual precedente está revogando); de maneira implícita (quando o tribunal adota entendimento incompatível com o precedente anterior e, apesar de fazer referência à ele não afirma que o está revogando) ou de maneira encoberta (quando o tribunal adota um entendimento oposto ao precedente anterior, sem fazer qualquer menção a ele).

Deve-se ressaltar que no caso do precedente vinculante, pela sua importância e relevância, não podem ocorrer as superações implícita e encoberta, pois é preciso expor e fundamentar as razões de sua revogação, a fim de justificar o motivo para não observar sua autoridade e vinculação obrigatória.

Além disso, é preciso consignar que, em regra, quando ocorre a superação de um precedente, os efeitos da revogação são retroativos. Porém, se tal efeito for aplicado indistintamente de forma retroativa, um indivíduo ficará sujeito a seguinte situação: postular no judiciário, pautando sua conduta de acordo com o precedente revogado, vigente na época do ajuizamento da ação, e ao ocorrer a alteração do entendimento fixado no curso de seu processo, ter seu direito julgado de acordo com o novo entendimento, até então inexistente. Desse modo, o jurisdicionado postulará no judiciário a partir da previsibilidade e contando com a garantia da segurança jurídica, contudo terá sua confiança violada e sua expectativa frustrada.

Assim, para evitar que isso ocorra, o tribunal pode realizar a chamada modulação dos efeitos do precedente, que consiste em determinar a partir de que momento o novo posicionamento deve valer. A modulação pode ocorrer, essencialmente, de três formas: o novo precedente será aplicado apenas para decisões posteriores à sua fixação,

---

<sup>65</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. – 5. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 255

incluindo o caso do qual surgiu sua discussão; ou aplicado apenas para decisões posteriores à sua fixação, excluindo o caso do qual surgiu sua discussão e, por fim, o tribunal pode condicionar a aplicação a determinada data ou condição. A modulação possui maior grau de relevância quando o precedente que será revogado for amplamente conhecido e aplicado, pois constitui importante fonte do direito e, por isso, exige maior cautela.

Outra hipótese de superação é a chamada superação antecipada, ou *anticipatory overruling*, que ocorre quando o tribunal que deu origem ao precedente, ou o tribunal de hierarquia inferior em relação àquele que fixou o entendimento, deixa de aplicar o precedente, pois verifica, com base nas manifestações e posicionamentos dos tribunais, que ele será revogado. Marinoni elenca como fundamentos mais importantes desse instituto o desgaste do precedente, as novas tendências das decisões de uma Corte Suprema, no caso do Brasil podemos considerar o Supremo Tribunal Federal, e, enfim, a consciência de que essa Corte Suprema está aguardando o julgamento de determinado caso para que decida sobre a superação do precedente (podemos pensar aqui, no caso brasileiro, na hipótese de espera pelo julgamento de um recurso repetitivo).<sup>66</sup>

A legitimidade do *anticipatory overruling* se dá pela coerência da atuação dos demais tribunais em relação à Corte Suprema, já que não faria sentido atuar em desconformidade com o tribunal a que se subordinam. O instituto traz uniformidade ao sistema jurídico como um todo, para que não haja disparidade entre as decisões dos órgãos jurisdicionais, como assevera Marinoni:

Note-se, entretanto, que **a antecipação não se destina a corrigir falta de celeridade da Suprema Corte na revogação do precedente.** É a Suprema Corte que deve definir o momento propício à revogação de um precedente. Quando o caso chega à Corte de Apelação, num momento em que tudo indica que o precedente brevemente será revogado, a Corte deve deixar de aplicar o precedente apenas para não discordar da própria Suprema Corte e, assim, não realizar injustiça; não para revogá-lo. É por isso que, bem vistas as coisas, a Corte de Apelação não revoga antecipadamente o precedente, mas deixa de aplicá-lo em virtude de ter fortes fundamentos de que a Suprema Corte, caso tivesse o caso em pauta para julgamento, revogaria o precedente. Assim **tudo se resume a uma questão de forte probabilidade de revogação do precedente por parte da Suprema Corte. Frisa-se que não importa o entendimento da Corte de Apelação a respeito do precedente,**

---

<sup>66</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. – 5. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 263.

**mas sim a sua percepção acerca da probabilidade da sua revogação pela Corte Suprema.<sup>67</sup>**

Sendo assim, percebe-se que o *antecipatory overruling* tem razão de ser e não significa, em hipótese alguma, mera discordância com a aplicação de um precedente. Possui requisitos e fundamentação específica, de forma que para aplicá-lo, o tribunal inferior ou o próprio tribunal que fixou o entendimento anterior devem apontar os motivos pelos quais entendem que o precedente será superado, indicando os julgados que exprimem a tendência de revogação do precedente em análise.

Deve-se mencionar ainda a figura do chamado “superprecedente”, que consiste em um precedente que é amplamente aplicado pela sociedade de modo geral, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência e por ser assim definido é o precedente que mais precisa de cautela ao ser superado. No modelo brasileiro, o superprecedente é aquele que versa sobre direito fundamental, criando ou ampliando tal tipo de direito, o que ocorre, principalmente, por atuação do Supremo Tribunal Federal através do controle concentrado de constitucionalidade e, subsidiariamente, pela atuação do restante dos órgãos constantes do sistema jurídico, assim como pelos jurisdicionados, por meio do controle difuso de constitucionalidade. Por ter como objeto um direito basilar e orientador do sistema jurídico brasileiro, a modificação de seu entendimento só pode ser realizada pelo poder constituinte originário, como defende Ronaldo Cramer:

Não há dúvida de que qualquer instabilidade acerca da existência de um direito cria insegurança jurídica na sociedade, mas a inconstância da previsão de um direito fundamental, ainda mais quando imposta por precedente vinculante é muito mais grave, porquanto conspira contra o próprio sistema jurídico, sendo certo que sua modificação descaracteriza qualquer sistema jurídico.

(...) O que se reclama com esse entendimento é conferir tratamento distinto à norma do precedente que versa sobre direito fundamental, da mesma forma que a Constituição faz com direitos e garantias individuais, que, conforme dispõe o art 60 §4º, inciso IV, não podem ser reformados. Seria considerar o superprecedente uma espécie de *cláusula pétrea de jurisdição*.

(...) Logo, caso crie um direito fundamental e tenha eficácia vinculante, o precedente deve ser considerado um superprecedente e somente pode ser modificado total ou parcialmente na hipótese de nova ordem jurídica instaurada por poder constituinte originário.<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. – 5. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 266.

<sup>68</sup> CRAMER, Ronaldo. Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica – 1. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 165.

Sendo assim, percebe-se que o instituto do *overruling* é fundamental para o sistema jurídico como um todo, já que permite o desenvolvimento do direito, de forma que ele acompanhe as mudanças de entendimento e posicionamento de uma sociedade plural e integrada, como é a maioria atualmente, mas deve ser aplicado com as devidas cautelas para que não gere insegurança jurídica, levando em consideração, no modelo brasileiro, a figura do superprecedente.

### 3.3. Técnicas de aplicação que se situam entre o *distinguishing* e o *overruling*

Existem algumas técnicas de aplicação dos precedentes que se situam entre a distinção e a revogação, já descritas neste capítulo. Uma dessas técnicas é a chamada sinalização, que consiste numa postura diferenciada do tribunal no momento em que percebe que o precedente não deve mais prevalecer. Ao invés de revogar o precedente, o tribunal indica sua incongruência e sinaliza sua futura revogação. O *distinguishing* não se aplica nessas hipóteses, pois o precedente já apresenta incoerência com o entendimento jurisprudencial, de forma que não há interesse em produzir uma exceção ou limitação de sua incidência. Também não se utiliza o *overruling* nessa hipótese, por conta da violação à segurança jurídica. Porém, nesses casos é de suma importância comunicar que o precedente será revogado para que os jurisdicionados tenham previsibilidade acerca de suas ações futuras e cautela ao pensar em utilizar o entendimento fixado no precedente sinalizado. Nas palavras de Marinoni:

A decisão que adota a técnica da sinalização na revoga o precedente, embora reconheça o equívoco da sua *ratio decidendi*. Essa aparente contradição é desfeita pelos motivos que fazem a Corte ver que, em alguns casos, é melhor manter o precedente do que revogá-lo: quando a segurança jurídica justifica a manutenção do precedente até que os jurisdicionados tenham plena consciência de que não mais devem considerá-lo para pautar as suas atividades, é adequado sinalizar para circunstância de que o precedente não tem mais autoridade e que, portanto, o *overruling* deverá ocorrer em breve.<sup>69</sup>

Outra técnica utilizada é a chamada *overriding*, que não se confunde com a revogação e nem com a distinção. Tal técnica restringe a incidência do precedente, sem que, contudo, haja superação parcial, aproximando-se, assim, do *distinguishing*. A *overriding* busca compatibilizar o precedente com um entendimento que será

---

<sup>69</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. – 5. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 244.

formulado em momento posterior, pois há “novo entendimento no plano dos tribunais ou academia, capaz de não permitir que caso substancialmente idêntico seja tratado da mesma forma”, isso porque “a distinção feita no *overrinding* supõe que o litígio anterior, caso fosse visto na perspectiva da nova situação, do novo entendimento, teria outra solução.”<sup>70</sup>

Percebe-se ao fim deste capítulo que para a utilização do instituto dos precedentes foram formuladas diversas técnicas com vistas a garantir a segurança jurídica e a igualdade, já dimensionadas na perspectiva do respeito aos precedentes, sem deixar de lado a relevância do direito se manter moderno e acompanhar o dinamismo das sociedades modernas. Devidamente aplicadas, tais técnicas permitem uma jurisprudência uniforme e com efetiva congruência social.

---

<sup>70</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. – 5. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 248.

#### 4. PROBLEMÁTICA NACIONAL: A FORMAÇÃO DE UMA JURISPRUDÊNCIA LOTÉRICA

Como já mencionado nos capítulos anteriores, a grande problemática nacional se dá pelo fato de haver uma enorme disparidade entre as decisões proferidas pelo sistema jurisdicional brasileiro, situação que torna sua jurisprudência, por muitas vezes, lotérica. Para falarmos mais sobre esse desequilíbrio, é preciso partir do pressuposto de que a atividade jurisdicional é sim criativa, não se restringindo à mera aplicação da norma jurídica estipulada.

O Novo Código de Processo Civil assim entendeu ao trazer em seu artigo 489<sup>71</sup> a função de garantir a adequada fundamentação das decisões judiciais, buscando maior segurança jurídica e respeito aos precedentes através de um sistema mais rígido nesse aspecto. Ocorre que, tal dispositivo, por si só, não foi suficiente para assegurar a coerência e acabar com a disparidade entre as decisões produzidas pelos órgãos jurisdicionais no Brasil.

Por vivermos em uma sociedade extremamente plural, integrada e globalizada, que produz uma enorme variedade de ideias filosóficas, morais, religiosas e culturais é muito comum que algumas dessas concepções conflitem entre si e isso se desdobra nas decisões judiciais. Nesse sentido, o método lógico dedutivo, que consiste na simples aplicação do texto legal formulado pelo legislador, não basta ou contempla as inúmeras questões que chegam ao juiz quando este vai decidir determinados casos concretos.

---

<sup>71</sup>Art. 489 do Código de Processo Civil: São elementos essenciais da sentença:

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

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

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

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

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

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Além disso, é necessário entender que o legislador, muitas vezes, é obrigado a utilizar conceitos indeterminados, amplos, gerais e abertos, já que a sociedade está em constante mudança e não é possível prever todas as situações e desdobramentos que podem acontecer. Dessa forma, não há como toda e qualquer norma jurídica ser exata e pormenorizadamente delimitada. Sendo assim, no caso de normas mais gerais e abertas, é frequente que se abra certa margem para atividade criativa do juiz no momento em que for aplicá-las. O julgador, então, a partir de suas concepções, ideologias e conhecimentos decidirá da forma que entender adequada. Porém, devido ao Novo Código de Processo Civil, deverá fundamentar e justificar sua decisão, sob pena de nulidade.

Todavia, devido a essa pluralidade de pensamentos e concepções, acaba-se abrindo espaço para determinadas fundamentações baseadas apenas nas convicções pessoais do julgador, o que não pode ocorrer de forma alguma, já que a partir disso sucedem decisionismos e arbitrariedades. Ainda mais se pensarmos na amplitude e enorme abrangência das normas constitucionais, elaboradas para contemplar a imensa diversidade das sociedades contemporâneas. Percebe-se que, a partir delas, é possível construir fundamentações hermenêuticas completamente distintas e até mesmo opostas. Por isso é fundamental estabelecer um sistema pautado no respeito aos precedentes, mais coerente, harmonioso e previsível, para que as decisões possam ser orientadas por ponderações e entendimentos fixados anteriormente.

Diante de toda essa multiplicidade de ideias e necessidade de fundamentação, tornou-se corriqueiro, no Brasil, que os juízes primeiro decidam, ou seja, cheguem ao resultado final do problema trazido no caso concreto, para depois buscar as normas e princípios que justifiquem seu entendimento já previamente fixado com base no ponto de vista do julgador. Paire sobre a atividade jurisdicional um alto grau de subjetividade e voluntarismo. O que, segundo Lúcio Grassi de Gouveia e Fábio Gabriel Breitenbach, gera uma enorme problemática:

Na prática forense, não raras vezes escutamos que existe jurisprudência para justificar – ou fundamentar – qualquer decisão; ou seja, basta ao juiz decidir qual decisão quer tomar para, depois, buscar alicerce à decisão, tomada de acordo com sua “consciência subjetiva”, na ementa de algum julgado. A menção à ementa é importante para o presente estudo porque, muitas vezes



verificamos ementas invocadas nas mais variadas peças jurídicas – petições, pareceres, sentenças e acórdãos – sem que o jurista que a está utilizando tenha lido o inteiro teor da decisão; buscando saber se a ementa integra a jurisprudência consolidada do tribunal; e investigando os fundamentos jurídicos essenciais que justificaram a construção do precedente (*ratio decidendi*).<sup>72</sup>

Verifica-se que os juízes brasileiros adotam diferentes métodos de interpretação de normas jurídicas e sua fundamentação acaba sendo produzida para justificar uma decisão que foi tomada por razões prévias e por convicções pessoais. No entanto, a atividade jurisdicional, ainda que criativa, não pode, de maneira alguma, se resumir a um ato de vontade do julgador.

Atualmente, o que se verifica é um entendimento de interpretação que remete à “escolha de um sentido que advém da consciência do julgador”<sup>73</sup>. Muitos juízes, inclusive, se utilizam da amplitude e abrangência que possuem os princípios constitucionais para mascarar a subjetividade de suas decisões, moldando tais princípios a enunciados que comprovem seus entendimentos. A partir da reprodução dessa concepção de interpretação, são produzidas inúmeras decisões dispare, tornando o sistema jurídico completamente incoerente e contraditório, pois não há previsibilidade e, conseqüentemente, garantia de segurança jurídica. Por tal razão, é preciso pensar o direito a partir de uma hermenêutica jurídica constitucionalizada, como explica Barroso:

A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção incluem-se a atribuição da normatividade aos princípios e a definição de suas relações com os valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.<sup>74</sup>

Dessa forma, diante do reconhecimento da atividade criativa do interprete, é preciso exigir dele uma postura construtiva, porém pautada na supremacia constitucional e em uma interpretação racional, para que as decisões não sejam baseadas nos seus subjetivismos e concepções individuais. A conclusão a que se chega aqui é que

---

<sup>72</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 2, p. 500 – grifou-se.

<sup>73</sup> Idem. p. 502 – grifou-se.

<sup>74</sup> BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Jus Navegandi, Teresina, ano 10, n. 851, 01 de Nov de 2005. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>

o poder que o julgador possui de fazer escolhas, quando diante de um caso concreto que exige a aplicação de uma norma geral ou a ponderação entre princípios, não pode se tornar justificativa para abusos e arbítrios que tornam o direito imprevisível e inseguro<sup>75</sup>. A construção do raciocínio para fundamentar uma decisão judicial não é uma mera opção do juiz, ele tem o dever de fundamentar adequadamente seu entendimento com base nas normas jurídicas, na ponderação de princípios e na jurisprudência.

Infelizmente, o que se verifica na conjuntura atual é uma enorme gama de decisões conflitantes entre si, que julgam de maneira distinta casos analogamente ou simetricamente iguais, pois são pautadas em juízos de consciência ou conveniência. Os princípios constitucionais são utilizados para justificar qualquer decisão e os julgadores em algumas fundamentações invocam determinados entendimentos e em outros momentos, dependendo da conjuntura política, econômica e social, ignoram tais preocupações que haviam entendido relevantes em momento anterior, decidindo de maneira completamente diferente, o que torna o sistema jurídico totalmente incoerente.

Tais decisionismos não garantem qualquer segurança aos jurisdicionados, submetidos a uma verdadeira loteria, já que ao acionar o judiciário não possuem qualquer previsibilidade acerca do que será decidido, pois as decisões são baseadas nas subjetividades do julgador. Acaba que a tutela de seu direito depende quase que unicamente do magistrado sorteado para julgá-lo, ferindo frontalmente o princípio da imparcialidade.

Quando os magistrados formulam uma tese previamente, para depois buscar a fundamentação que justifique sua decisão, é comum que reproduzam entendimentos jurisprudenciais. Porém, fazem-no de forma inadequada, já que, como mencionado, utilizam-se de ementas e trechos de julgados, de maneira abstrata e sem o devido cuidado, para justificar qualquer decisão. Muitas vezes, as decisões são fundamentadas apenas com base na transcrição de ementas, sem que sequer estejam completas. O que é muito grave, pois a ementa não se confunde com o precedente e não necessariamente

---

<sup>75</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 2, p. 504 – grifou-se.

reflete todo o raciocínio e a fundamentação que orientaram o tribunal a tomar sua decisão final. Ademais, devido à ausência de uma jurisprudência uniforme, coerente e previsível, aumentam as demandas jurisdicionais e, conseqüentemente, o número de decisões díspares acerca de uma mesma questão e tal situação se reproduz num enorme ciclo vicioso.

Assim, percebe-se que o respeito aos precedentes é fundamental para combater tamanho desequilíbrio. Nesse sentido, uma das formas de inibir essa fundamentação posterior e deficiente que legitima decisões pautadas em concepções pessoais, é fazer com que o julgador tenha que convencer a coletividade de que o entendimento a ser fixado é o correto para aquele caso concreto. É preciso fazer com que as decisões sejam dotadas de universalidade, como assevera Bustamante:

É fato que quando a Constituição brasileira institucionaliza o princípio moral da igualdade ou justiça formal ela definitivamente exige um modelo de produção e consolidação do direito jurisprudencial que possa garantir ao menos um mínimo de universalidade na aplicação do Direito. A Constituição inequivocamente sustenta a pretensão de que a aplicação de um precedente particular só pode ser justificada por enunciados universais elaborados sob a forma de regras hipotéticas.<sup>76</sup>

Desse modo, a decisão com um enunciado universal possui um raciocínio pensado e construído para que seja válido e utilizado em casos posteriores, compatível com a lógica do respeito aos precedentes. O Novo Código de Processo Civil tenta garantir tal universalidade a partir da exigência de uma fundamentação adequada em seu artigo 489, que não considera fundamentada uma decisão que se limite a invocar precedente ou enunciado de súmula sem identificar seus fundamentos determinantes ou demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta aos fundamentos do paradigma, como explicam Lúcio Grassi Gouveia e Fábio Gabriel Breiteitenbach:

A dispersão jurisprudencial ocorre, em grande medida, em face da singeleza de uma teoria que obrigue o juiz a respeitar as decisões anteriores dos tribunais. Em boa hora portanto, o novo CPC reforça a teoria dos precedentes e sua eficácia vinculante. A sistematização dos precedentes é uma proposta viável para que as decisões judiciais sejam respeitadas e previsíveis. O reforço da teoria dos precedentes combate a possibilidade da utilização de

---

<sup>76</sup>BUSTAMANTE, Thomas. Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação das regras jurisprudenciais. Editora Noeses: São Paulo, 2012, p. 326.

ementas de julgados para justificar qualquer decisão, construída a partir da escolha do juiz.<sup>77</sup>

Portanto, é evidente que a eficácia tanto dos dispositivos trazidos pelo Novo Código de Processo Civil quanto das garantias presentes nos princípios constitucionais dependem dos interpretes, já que eles precisam assumir, de forma definitiva e contínua, uma postura de respeito às decisões anteriores proferidas pelos tribunais, para que as fundamentações construídas de maneira universal sejam de fato utilizadas e emanadas para todo o ordenamento jurídico, trazendo coerência ao sistema e economizando esforços, pois um juiz não precisa realizar novo esforço argumentativo para solucionar um caso já decidido<sup>78</sup>, de maneira a diminuir, demasiadamente, a imprevisibilidade e o caráter lotérico que dominam o momento atual.

#### **4.1. Análise da problemática atual a partir de um caso concreto**

Caminhando para o final do presente estudo monográfico, faz-se fundamental ilustrar a problemática descrita anteriormente, para que se entenda e assimile a imensa aleatoriedade que paira sobre a utilização e aplicação dos precedentes no Brasil. A partir da importante reflexão do professor Fernando Leal<sup>79</sup> e da dissertação de mestrado de Maurício Ramires<sup>80</sup>, foi possível perceber que o uso da jurisprudência é incerto até mesmo em julgados do Supremo Tribunal Federal, por não ter sido implementada uma lógica adequada de interpretação e respeito aos precedentes.

A análise irá se debruçar sobre os precedentes utilizados nos votos dos Ministros Celso de Mello e Teori Zavascki, membros do Supremo Tribunal Federal em 2015, época em que ocorreu o julgamento do Habeas Corpus nº 127.186/PR<sup>81</sup>, referente às prisões preventivas efetuadas na operação “lava jato”. O remédio constitucional foi

---

<sup>77</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 2, p. 517 – grifou-se.

<sup>78</sup> MACCORMICK, Neil, 1941: Retórica e Estado de Direito/Neil MacCormick; [tradução Conrado Hubner Mendes] – Rio de Janeiro, 2008, cap. 8, p. 191 – grifou-se.

<sup>79</sup> LEAL, Fernando. Uma jurisprudência que serve para tudo. Rio de Janeiro, 2015. Artigo publicado no site Jota em 16.05.2015, disponível em <<https://www.osconstitucionalistas.com.br/uma-jurisprudencia-que-serve-para-tudo>>.

<sup>80</sup> RAMIRES, Maurício. A invocação de precedente jurisprudencial como fundamentação de decisão judicial: uma crítica ao sincretismo improvisado entre os sistemas da civil law e common law no Brasil e uma proposta para sua superação hermenêutica. São Leopoldo, UNISINOS, 2009.

<sup>81</sup> STF, HC 127.186/PR, Segunda Turma, Rel. Ministro Teori Zavascki, julgamento: 28.04.2015, DJE: 03.08.2015.

impetrado contra o Superior Tribunal de Justiça, autoridade coatora no caso em comento, a fim de questionar a prisão preventiva decretada, por suposta ausência de requisitos e elementos concretos que justificassem a adoção da medida. A decisão final da Segunda Turma, que por maioria, acompanhou o voto do relator, o então Ministro Teori Zavascki, substituiu a prisão preventiva por outras medidas cautelares, que a seu ver, poderiam igualmente resguardar a ordem pública.

Pois bem, ao observar os votos percebe-se que o Ministro Celso de Mello utilizou 4 (quatro) julgados para sustentar o indeferimento do Habeas Corpus impetrado, enquanto o Ministro Teori Zavascki utilizou 28 (vinte e oito) julgados para defender a concessão da ordem, o que por si só já demonstra um enorme desequilíbrio que, aparentemente, não possui razão de ser. Observa-se que a extensão dos votos é praticamente a mesma. Ademais, também não é verdade que a argumentação de cada um exigia um número maior ou menor de precedentes. Ao longo de seus votos os Ministros vão enumerando uma série de julgados para reforçar argumentos específicos que empregam ao sustentar sua posição, prática reiterada nos julgamentos e decisões dos demais órgãos jurisdicionais brasileiros e também empregada nas petições e recursos apresentados pelos advogados.

Como restou demonstrado no capítulo 3, raciocinar através de precedentes é, fundamentalmente, raciocinar por meio de comparações e analogias. Devem-se indicar semelhanças entre o caso em análise e o julgado paradigma, que podem até possuir diferenças entre si, porém, por apresentarem características relevantes correspondentes, devem receber tratamento igual. É necessário, portanto, que o magistrado atue de forma interpretativa e, por meio de comparações, decida se o paradigma é adequado ou não ao caso em análise.

Para realizar essa comparação também é necessário demonstrar qual o *ratio decidendi* do julgado que se pretende utilizar como precedente, pois tal aspecto é o que será aplicado ao caso em análise. Além disso, para aplicar um precedente também é preciso indicar se o paradigma que se pretende empregar é persuasivo ou vinculante, já que o vinculante é obrigatório e deve ser seguido, mesmo que o julgador não concorde com ele. Só se pode deixar de aplicá-lo com a devida fundamentação, através da distinção ou da superação, institutos detalhados ao longo do capítulo 3. Em

contrapartida, o persuasivo é utilizado para dar força à argumentação, mas não possui a obrigatoriedade de ser seguido.

A partir dessas constatações, percebe-se que no decorrer dos votos não é feita a devida comparação entre cada um dos julgados trazidos com o caso em análise. Não há descrição das características dos paradigmas, muito menos indicação da *ratio decidendi* de cada um ou indicação de que se trata de precedente vinculante ou persuasivo. Os julgados são apenas listados e enumerados após a exposição de algum argumento apontado ao longo do voto. Vejam alguns exemplos contidos no voto do Ministro Teori Zavascki:

De qualquer modo, apontou-se a necessidade de garantir a instrução criminal tendo em vista a possibilidade de interferência no depoimento de testemunhas e na produção de provas, circunstâncias que, a princípio, realmente autorizam a decretação da custódia cautelar, **nos termos da jurisprudência desta Corte** (HC 126025, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 26-03-2015; HC 120865 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 11-09-2014; RHC 121223, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 29-05-2014; RHC 116995, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 27-08-2013)<sup>82</sup>

**Ocorre que a jurisprudência desta Suprema Corte, em reiterados pronunciamentos, tem afirmado que, por mais graves e reprováveis que sejam as condutas supostamente perpetradas, isso não justifica, por si só, a decretação da prisão cautelar** (HC 94468, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, DJe de 03-04-2009; RHC 123871, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 05-03-2015; HC 121006, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 21-10-2014; HC 121286, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 30-05-2014; HC 113945, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe de 12-11-2013; HC 115613, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 13-08-2014). De igual modo, a jurisprudência do Tribunal tem orientação segura de que, em princípio, não se pode legitimar a decretação da prisão preventiva unicamente com o argumento da credibilidade das instituições públicas, “nem a repercussão nacional de certo episódio, nem o sentimento de indignação da sociedade” (HC 101537, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 14-11-2011). No mesmo sentido: HC 95358, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 06-08-2010; HC 84662, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, DJe de 22-10-2004).<sup>83</sup>

Fica a suspeita de que a utilização dos precedentes é completamente aleatória. Nesses casos se indica apenas em qual julgado consta o entendimento mencionado, sem nem trazer a ementa do paradigma, muito menos realizar algum tipo de comparação ou analogia dos julgados utilizados como precedentes com o caso em análise, a fim de

---

<sup>82</sup> STF, HC 127.186/PR, Segunda Turma, Rel. Ministro Teori Zavascki, julgamento: 28.04.2015, DJE: 03.08.2015, p. 18 do voto do relator.

<sup>83</sup> Idem. p.19 do voto do relator.

demonstrar ser devida a aplicação do paradigma naquele ponto em que se argumenta. Inclusive, seria demasiadamente difícil realizar essa comparação em 28 (vinte e oito) julgados, já que o voto ficaria extremamente extenso e se perderia a efetividade do emprego de precedentes, qual seja não analisar novamente casos iguais ou análogos ao paradigma, que já foi adequadamente decidido. É o que constata o professor Fernando Leal:

O número de precedentes citados parece ser, portanto, aleatório. Como também parece ser aleatório o seu papel na justificação de cada decisão. **Nos votos, não há cotejo entre o caso atual e os casos que serviram de base para a definição dos precedentes invocados. Há, ao contrário, referências pontuais a argumentos ou teses gerais citados em trechos de precedentes, que, por sua vez, funcionam como premissas também gerais para a fundamentação de cada um dos habeas corpus.** E, uma vez que cada ministro parte de argumentos gerais diferentes, é possível construir, a partir de um conjunto diferente de [trechos de] precedentes, cadeias de razões capazes de sustentar resultados distintos. Assim, é inegável que, para caso que chega ao STF, haja “inúmeros precedentes” quanto são os argumentos já apresentados nas salas do tribunal para embasar os votos dos seus integrantes. **Nesse contexto, precedentes não funcionam como limites ao julgador. São, ao contrário, oportunidades. Fontes praticamente inesgotáveis para a sustentação de inúmeros pontos de vista.**<sup>84</sup>

Percebe-se que a partir do momento em que não se identifica a *ratio decidendi* dos precedentes que serão utilizados, mas empregam-se apenas teses e argumentos soltos e amplos contidos ao longo dos julgados paradigmas, é possível justificar praticamente qualquer argumento empregado e, como argumentou o professor Fernando Leal, é viável, inclusive, utilizar o mesmo precedente para embasar argumentos contrários, o que, evidentemente, viola a lógica de aplicação e respeito aos precedentes.

Isso se dá, pois, cada precedente deve fixar um posicionamento específico. De forma que, se verificadas características relevantes e predominantes entre o precedente e o caso em análise, deve, então, ser aplicado aquele entendimento fixado no paradigma. Nesse sentido, não é necessário listar uma série de julgados, mas sim utilizar apenas um precedente que possua caráter vinculante para aplicar o entendimento firmado. Verifica-se que até mesmo quando os Ministros vão sustentar a mesma posição utilizam julgados diferentes, quando na verdade, pela lógica do respeito aos precedentes, deveriam se utilizar do mesmo paradigma.

---

<sup>84</sup>LEAL, Fernando. Uma jurisprudência que serve para tudo. Rio de Janeiro, 2015. Artigo publicado no site Jota em 16.05.2015, disponível em <<https://www.osconstitucionalistas.com.br/uma-jurisprudencia-que-serve-para-tudo>>. - grifou-se.

Diante de tal análise, percebe-se o alto grau de aleatoriedade e a falta de critérios padronizados no que diz respeito à aplicação de precedentes no Brasil. Torna-se evidente o quão urgente e necessário é estabelecer tais critérios para que haja previsibilidade, coerência e segurança no sistema jurídico brasileiro. Esse emprego desenfreado de julgados que a tudo podem justificar mostra o enorme desequilíbrio e desorientação que permanecem vigentes até hoje.



## 5. CONCLUSÃO

O presente estudo monográfico pretendeu analisar a problemática envolvendo a não observância do respeito aos precedentes e o desdobramento disso no Brasil. Verificou-se que, atualmente, no sistema jurídico brasileiro, o uso dos precedentes é bastante aleatório. Ao serem aplicados, não é realizado o devido cotejo analítico entre os casos em análise e os paradigmas. Na verdade, na maioria das vezes em que os precedentes são empregados, são selecionados argumentos e alegações pontuais do julgado invocado, que se tornam premissas gerais para a fundamentação de decisões previamente formuladas.

Buscou-se demonstrar que o respeito aos precedentes e sua adequada aplicação garantem maior segurança jurídica, igualdade e previsibilidade aos sistemas jurídicos dos estados modernos, e por tal razão, vários países adotaram mecanismos a fim de uniformizar sua jurisprudência. Tal postura confirma a aproximação e congruência entre as tradições da civil law e common law, que passaram a adotar alguns dos institutos mais efetivos de cada uma.

Contudo, apesar da aparente adoção do instituto dos precedentes vinculantes pelo sistema jurídico brasileiro, não houve preocupação com a sua devida aplicação e respeito. Isso porque, muitos juristas ainda estão ligados à tradição romano-germânica, que acredita na estrita força da lei para garantia da segurança jurídica, não permitindo qualquer atividade jurisdicional criativa por parte do interprete, por crer que o juiz é mero aplicador do texto legal. Assim, apesar de existirem dispositivos constitucionais (art. 105 e 103-A da Constituição Federal) e processuais (arts. 489, 496 §4º e 932, inciso V do CPC) preocupados com a uniformização da jurisprudência e aplicação dos precedentes, são produzidas inúmeras decisões dispares e contraditórias no Brasil.

Constata-se que, pela falta de respeito aos precedentes, esses são utilizados sem a devida adequação, de maneira aleatória e automática, sendo o paradigma, muitas vezes, empregado para justificar uma tese anteriormente formulada, e não para seguir a orientação já firmada. Tal situação acaba por gerar inúmeras decisões que variam de acordo com as teses e entendimentos de cada magistrado, violando frontalmente o

princípio da imparcialidade. Nesse sentido, assim dispõe o professor Fernando Leal acerca da problemática brasileira:

No limite, há tantos “precedentes” quantos são os argumentos já apresentados nas salas do tribunal para embasar os votos dos seus integrantes. Nesse contexto, precedentes não funcionam como limites ao julgador. São, ao contrário, oportunidades. Fontes praticamente inesgotáveis para a sustentação de inúmeros pontos de vista.

Nesse cenário, e com esse alto número de citações, é de se esperar que os precedentes citados se refiram a casos muito diferentes daquele que se decide. Na melhor das hipóteses, o que os une não é a proximidade entre os fatos dos casos atual e precedente, mas entre os argumentos das duas decisões, que podem estar sendo usados em contextos completamente diferentes.<sup>85</sup>

Dessa forma, percebe-se que o uso indevido do instituto dos precedentes, em que apenas se encaixam trechos e argumentos do paradigma a uma tese previamente pensada, gera uma série de decisões diferentes e até conflitantes entre si, o que torna a jurisprudência brasileira, por muitas vezes, lotérica. Esse caráter lotérico se explica, pois o cidadão que se submete à jurisdição brasileira, ao se deparar com decisões completamente diferentes, não consegue prever qual é o entendimento dominante dos tribunais acerca das matérias discutidas. Dessa forma, quando apresenta sua demanda ao judiciário, o jurisdicionado acaba dependendo do interprete que irá apreciar sua demanda, ficando sujeito à verdadeira loteria.

Deve-se ressaltar ainda que, muitas vezes, a fundamentação produzida pelo magistrado busca apenas justificar uma decisão tomada por razões prévias e convicções pessoais, caracterizando-se por verdadeiro ato de vontade do julgador. É comum, aliás, que os juízes se utilizem do caráter amplo e abrangente dos princípios constitucionais para mascarar a subjetividade constante em suas decisões, adequando tais princípios a enunciados que comprovem seus entendimentos.

Dessa maneira, apesar de ser extremamente necessário reconhecer que a atividade jurisdicional é criativa, ela não pode ser fruto de subjetivismos, mas sim se pautar na supremacia constitucional e em uma interpretação racional. O julgador precisa e possui poder para fazer escolhas ao decidir, mas isso não pode, sob hipótese alguma, justificar abusos e arbitrariedades.

---

<sup>85</sup> LEAL, Fernando. Uma jurisprudência que serve para tudo. Rio de Janeiro, 2015. Artigo publicado no site Jota em 16.05.2015, disponível em <<https://www.osconstitucionalistas.com.br/uma-jurisprudencia-que-serve-para-tudo>>.

Ademais, observa-se que, ao fundamentar suas decisões, os magistrados se utilizam de entendimentos jurisprudenciais de maneira generalizada e abstrata, pois quando o fazem se limitam a trazer apenas as ementas ou trechos dos julgados, sem o cuidado de realizar a devida comparação entre o caso concreto e o paradigma. Como já exposto, tal comparação tem a finalidade de demonstrar a semelhança entre suas circunstâncias fáticas, chegando à conclusão de que deve ser aplicada a mesma consequência para os dois casos, de forma a justificar ser adequada a aplicação daquele precedente ao caso concreto.

É o que restou demonstrado na análise dos os precedentes utilizados nos votos dos Ministros Celso de Mello e Teori Zavascki, membros do Supremo Tribunal Federal em 2015, época em que ocorreu o julgamento do Habeas Corpus nº 127.186/PR (item 4.1). No decorrer dos votos de cada ministro não foi feita qualquer comparação entre os julgados trazidos e o caso que se pretendia apreciar. Não houve a mínima descrição das características dos paradigmas ou indicação da *ratio decidendi* que seria empregada.

O que se verificou nos votos foi a mera listagem de julgados e ementas após a exposição de algum argumento ou alegação. Situação bastante complicada, pois a ementa ou trecho do paradigma não são suficientes para entender o raciocínio que levou o tribunal a tomar sua decisão final e, assim, são produzidas diversas decisões mal fundamentadas e conflitantes. Fato é que, tal análise reflete comportamento comum nas decisões proferidas pelos tribunais brasileiros e evidencia a problemática nacional, já que até a Corte mais alta do país aplica o instituto dos precedentes sem o devido cuidado.

Diante de todas as exposições trazidas no presente estudo monográfico, constatou-se o quão fundamental é o respeito aos precedentes no sistema jurídico brasileiro. É evidente a necessidade de se aplicar o instituto em observância ao propósito para o qual foi criado, tornando o ordenamento brasileiro mais coerente e equilibrado, garantindo segurança jurídica aos cidadãos que se submetem a ele, a fim de acabar com o caráter lotérico que a jurisprudência possui atualmente.

Assim sendo, os dispositivos trazidos pela Constituição Federal e pelo Código de Processo Civil, com a finalidade de uniformizar a jurisprudência e aplicar de forma

devida o instituto dos precedentes, só serão eficazes se os interpretes assumirem, de forma definitiva e contínua, uma postura de respeito às decisões anteriores proferidas pelos tribunais, para que as decisões construídas através de uma fundamentação e raciocínio dotados de caráter universal tenham seu entendimento emanado para todo o ordenamento jurídico.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.** Jus Navegandi, Teresina, ano 10, n. 851, 01 de Nov de 2005. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 26.11.2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Institui o Código de Processo Civil.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 26.11.2019.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** Coimbra; Almedina, 2002.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica** – 1. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional.** 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil.** 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 2, p. 408.

DIDIER, Fredie Jr. ... [et. Al.]. **Precedentes** / coordenadores, Fredie Didier Jr. – Salvador: Juspodivm, 2015.

LEAL, Fernando. **Uma jurisprudência que serve para tudo.** Rio de Janeiro, 2015. Artigo publicado no site Jota em 16.05.2015, disponível em <https://www.osconstitucionalistas.com.br/uma-jurisprudencia-que-serve-para-tudo>.

MACCORMICK, Neil, 1941: **Retórica e Estado de Direito/Neil MacCormick; [tradução Conrado Hubner Mendes].** – Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** – 5. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina.** Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. 16. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RAMIRES, Maurício. **A invocação de precedente jurisprudencial como fundamentação de decisão judicial: uma crítica ao sincretismo improvisado entre os sistemas civil e common law no Brasil e uma proposta para sua superação hermenêutica**. São Leopoldo, UNISINOS, 2009.

SCHAUER, Frederick. **Precedent**. Stanford Law Review, vol. 39, 1987.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Direito processual civil europeu contemporâneo**. José Rogério Cruz e Tucci Coordenador. São Paulo: Lex, 2010.

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