

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO - UFRJ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS - CCJE
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO - FND

FREDE MEL SANTOS PIERRI

HIPERINTEGRAÇÃO DOS PRECEDENTES E A MITIGAÇÃO DAS
FUNDAMENTAÇÕES JUDICIAIS

RIO DE JANEIRO

2023

FREDE MEL SANTOS PIERRI

HIPERINTEGRAÇÃO DOS PRECEDENTES E A MITIGAÇÃO DAS
FUNDAMENTAÇÕES JUDICIAL

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 orientação do Professor Guilherme Hartmann.

RIO DE JANEIRO

2023

CIP - Catalogação na Publicação

P237h Pierri, Frede Mel Santos
Hiperintegração de precedentes e a mitigação das
fundamentações judiciais / Frede Mel Santos
Pierri. -- Rio de Janeiro, 2023.
51 f.

Orientador: Guilherme Hartmann.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2023.

1. Precedentes judiciais . 2. Fundamentações
judiciais. I. Hartmann, Guilherme , orient. II.
Titulo.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos
pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

AGRADECIMENTOS

Termino essa obra com a sensação de dever cumprido, pois tenho a percepção que o caminho até aqui fora demasiado conturbado, porém, me sinto realizado.

Tenho a compreensão que se estivesse morando na pequena Leopoldina, ao lado dos meus pais, a vida teria sido mais fácil, mas a vida não é nenhum conto de fadas.

Tenho, também, a consciência que perdi muitos momentos importantes da minha família, mas absorvi sensações individuais únicas. Cresci!

Tomo esse trabalho para a queridíssima dona Selma, minha mãe, que infelizmente não poderá apreciar o momento que tanto sonhou: me ver formado. Obrigado, mamãe! Sempre penso em você!

Vamos aos agradecimentos;

Meus mais sinceros agradecimentos aos meus pais Moacir Santos Pierri e Selma Rosa Santos, a luta de vocês para que eu cumpra meu objetivo nunca será esquecida. Obrigado pelo amor incondicional.

Agradeço aos meus irmãos, Lorna Sol e Tom Lira, por estarem sempre ao meu lado nos momentos mais difíceis de nossas vidas, só nós sabemos o que passamos. Nossa união e amor sempre prevalecerá.

Agradeço ao professor Guilherme Hartmann por se dispor prontamente a orientar a presente obra.

Agradeço, por fim, a todos os meus amigos, em especial a Lucas Malta (Lucão), Vinicius Ribeiro (Viniboy) e Paulo Emílio (goleiro), a presença de vocês em minha vida acadêmica e pessoal foi essencial para me tornar a pessoa que sou hoje. Vida longa à nossa amizade!

RESUMO

O precedente trabalho tem como objetivo analisar a hiperintegração dos precedentes no Brasil e a sua influência em face das fundamentações judiciais, com fulcro nas novas disposições trazidas pelo Novo Código de Processo Civil de 2015, em especial a integridade e a coerência. No decorrer da obra será posto que o fato em questão (hiperintegração) decorre de um processo histórico que caminha a partir de conceitos jurídicos advindos do positivismo exegético, normativista e do realismo jurídico, que habitam na composição cognitiva dos juristas hodiernos, por consequência, busca-se interpretar o precedente a partir de bases teóricas legislativas. A exposição da obra caminha em direção oposta a perspectiva atual de controle funcional e hierárquico do judiciário, e como isso afeta o sistema de precedentes. Por fim, procurar-se-á demonstrar a imprescindibilidade constitucional de uma fundamentação bem definida e adequada na sistemática atual dos precedentes.

Palavras-chave: hiperintegração; precedentes; fundamentação.

ABSTRACT

The foregoing work aims to analyze the hyperintegration of precedents in Brazil and its influence in the face of legal basis, based on the new provisions brought by the New Code of Civil Procedure of 2015, in particular integrity and coherence. In the course of the work, it will be stated that the fact in question (hyperintegration) stems from a historical process that walks from legal concepts arising from exegetical positivism, normative and legal realism, which inhabit the cognitive composition of today's jurists, consequently, seek to interpret the precedent from theoretical legislative bases. The work's exposition goes in the opposite direction to the current perspective of functional and hierarchical control of the judiciary, and how this affects the system of precedents. Finally, we will try to demonstrate the constitutional indispensability of a well-defined and adequate foundation in the current system of precedents.

Key words: hyperintegration; precedents; legal basis.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. HISTORICIDADE DOS PRECEDENTES: TRADIÇÕES JURÍDICAS PARADIGMÁTICAS	11
1.1. JURISDIÇÕES PARADIGMÁTICAS	11
1.2. POSITIVISMO EXEGÉTICO.....	12
1.3 POSITIVISMO NORMATIVISTA: COMPOSIÇÃO DE KELSEN	13
1.4. REALISMO JURÍDICO.....	15
2. FORMALISMO E CONTROLE DOS PRECEDENTES	18
2.1. CONTROLE HIERÁRQUICO VERTICAL	18
2.2. CONTROLE FUNCIONAL.....	20
3. EQUÍVOCOS NA APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES	23
3.1. APROXIMAÇÃO DO COMMOW LAW.....	23
3.2. TRATAR EMENTA COMO <i>RATIO DECIDENDI</i>	25
3.3. EQUÍVOCOS DA SUBSUNÇÃO	29
3.4. TRATAR A SEGURANÇA JURÍDICA COMO MERA PREVISIBILIDADE	32
4. ENRIQUECIMENTO HERMENÉUTICO DO PRECEDENTE: ASPECTO DA FUNDAMENTAÇÃO	36
4.1. INTEGRIDADE E COERÊNCIA.....	36
4.2. DIÁLOGO HERMENÉUTICO.....	41
4.3. DIÁLOGO COM AS FUNDAMENTAÇÕES JUDICIAIS	44
CONCLUSÃO	48

INTRODUÇÃO

O tema objeto de pesquisa se define como a relação da hiperintegração do sistema de precedentes e a consequente mitigação das motivações judiciais, consubstanciando a partir das novas conjecturas relacionadas ao sistema de precedentes na busca da integridade e coerência, deveres paradigmáticos do Novo Código de Processo Civil de 2015.

Impede destacar em um primeiro momento, que o Código de 2015, calcado em bases teórica, político-institucional e práticas segue uma normatização padronizada diferente do anterior. Nesse sentido, a partir de uma análise puramente literal percebemos isso. Visto que enquanto o Código de Processo Civil de 1973 só trazia o termo “precedente” uma única vez, o Novo Código de Processo Civil de 2015 o enuncia seis vezes. Com efeito, já no aspecto da literalidade percebe-se uma maior relevância ao tema.

Procurar-se-á demonstrar que a justificativa para a escolha da execução do tema proposto se caracteriza com a problemática que diz respeito à função principal do precedente: o enriquecimento do sistema jurídico, no seu plano de fundamentação e motivação, conjecturando aspectos hermenêuticos bem definidos e paradigmáticos para um caso posterior. Ressaltamos ainda, o argumento de extrema imprescindibilidade dos precedentes, que se tornará base ao longo da obra, de que os precedentes não podem ser tomados como prescrições gerais e abstratas capazes de regula todos os fatos subssímeis a sua literalidade.¹ Nesse sentido, a partir da metodologia do precedente como um aspecto idealizador de um enriquecimento jurídico, surge à grande antinomia doutrinária do tratamento do precedente como norma jurídica, aplicando-o como uma espécie de silogismo, nas palavras de Guilherme Marinoni², ou conjeturando o precedente a partir do seu aspecto hermenêutico. Aborda-se, nesse contexto, a nova interpretação do art. 489, §1º, CPC, que ressalta o dever de fundamentação das decisões judiciais como aspecto paradigmático na sentença, disposição inexistente no antigo dispositivo (CPC/73). A inovação buscou normatizar um problema recorrente nas decisões judiciais, a limitação em invocar precedentes ou sumulas sem identificar seus fundamentos, ou apenas fazer o silogismo da ementa ao caso concreto, sem especificar suas peculiaridades.

Será detalhado ao longo da obra que ao observar os estudos doutrinários sobre o sistema de precedentes, percebe-se uma idealização do sistema a partir de conceitos

¹LOPES FILHO. Juraci Mourão. Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo, 3º ed. rev. e atual Salvador: Juspodium, 2020, p. 423.

²MARINONI. Luiz Guilherme. Os precedentes na dimensão da segurança jurídica. Revista jurídica. São Paulo: Nota Dez, 2010, p. 203.

originários de outros países, principalmente os do *common law*, o que em uma perspectiva sistêmica no novo CPC não encontra respaldo.

Observar-se que atividade jurisdicional é a posição ocupada por seus pronunciamentos são intensamente influenciadas pela tradição jurídica em que o ordenamento está inserido. Nesse contexto, o conceito que se tem de precedentes, a determinação de sua função ante as disposições constitucionais e legislativas, bem como a hermenêutica considerada para o seu conhecimento e aplicação são de incomensurável relevância. Com efeito, será detalhado as tradições jurídicas, consideradas paradigmáticas para a construção dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro.

O estudo de caso é uma “estratégia metodológica [e] tem como objetivo uma análise detalhada de grupos, instituições, programas sociais ou sociojurídicos, entre outros.”³ Nesse sentido, cada capítulo será caracterizado com um caso concreto, a fim do aspecto teórico se tornar mais prático. Nesse sentido, caracterizamos logo na introdução como será o viés escolhido. No capítulo IV, a fim de corroborar o entendimento sobre assunto, escolhemos o caso do HC 926.821, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, o conteúdo diz respeito à ofensa a vários preceitos constitucionais, o principal, caracterizado pelo juiz natural, pois somente o presidente da sessão julgadora era desembargador, o resto da composição era de juízes de primeiro grau que foram convocados. O mérito da questão não merece nosso fomento, mas sim o aspecto paradigmático decorrente dos efeitos da decisão, que se tornou precedente. O que se observa é hiperintegração de tal decisão, pois em casos posteriores, que serão expostos ao longo da obra, foram tomadas apenas a ementa do caso, dada a clara abstração da situação concreta considerada e julgada. Nesse sentido, houve o que podemos chamar de “elisão das peculiaridades do caso posterior para forçosamente enquadrá-lo no anterior”⁴.

Vejamos a perspectiva de Bruyne, para compreender a sistemática da imprescindibilidade da metodologia:

A metodologia é a lógica dos procedimentos científicos em sua gênese e em seu desenvolvimento, não se reduz, portanto, a uma “metrologia” ou tecnologia da medida dos fatos científicos. Para ser fiel a suas promessas, uma metodologia deve abordar as ciências sob o ângulo do produto delas — como resultado em forma de conhecimento científico — mas também como processo — como gênese desse próprio conhecimento. A metodologia deve ajudar a explicar não apenas os produtos

³GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. (Re)pensando a Pesquisa Jurídica. 5. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Almedina, 2020, p. 154.

⁴LOPES FILHO. Juraci Mourão. Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo, 3^o ed. rev. e atual Salvador: Juspodium, 2020, p. 418.

da investigação científica, mas principalmente seu próprio processo, pois suas exigências não são de submissão estrita a procedimentos rígidos, mas antes de fecundidade na produção dos resultados.⁵

Pois bem, a pesquisa, em um primeiro momento, será baseada em uma revisão bibliográfica de doutrinas de processo civil e legislações decorrentes, com especificidade na teoria dos precedentes. Em um próximo passo será feito um estudo de casos, com o intuito de se observar na prática como os precedentes são usados hodiernamente. A partir daí, será proposto um panorama entre o uso equivocado dos precedentes e os possíveis conflitos que podem acarretar na motivação das decisões judiciais.

⁵BRUYNE, P. Dinâmica da Pesquisa em Ciências Sociais. Rio de Janeiro: Editora Francisco Alves, 1991, p. 29.

1. HISTORICIDADE DOS PRECEDENTES: TRADIÇÕES JURÍDICAS PARADIGMÁTICAS

1.1. JURISDIÇÕES PARADIGMÁTICAS

O Professor Lênio Streck, em sua obra *Verdade e Consenso* – que será base para a composição deste capítulo - destaca três tradições jurídicas calcadas de imprescindibilidade para entender o sistema de precedentes: a inglesa, calcada no juiz como a figura de destaque, a francesa, com destaque no Poder Legislativo; e pôr fim a alemã, com proeminência aos doutrinadores. Não obstante a prevalência de cada ordenamento, conjuntamente todos abarcam a composição jurídica hodierna: lei, doutrina e julgamento.⁶

No que diz respeito a tradição jurídica inglesa, é de conhecimento universal que sua diretriz história é apegada aos costumes, a partir de um viés realista. Nesse sentido, o juiz consubstancia sua decisão a partir das práticas sociais, que conseqüentemente servirá de paradigma para decisões posteriores.

No aspecto da produção normativa, com enfoque no parlamento, não há uma exclusão dessa matéria, porém, ela se estabelece de forma determinada e específica, onde se demanda uma regulação própria.⁷

A composição alemã é caracterizada pela influência da composição do Direito Romano, tendo em vista forte apego a tradições nacionalistas em detrimento da importação de institutos estrangeiros. Nesse sentido, corroborou para que houvesse um fortalecimento no campo didático universitário, no qual sobreveio a responsabilidade de graduação teórica do direito. No século XVIII e XIX era comum na Alemanha o juiz em caso de dúvida consultar os acadêmicos do direito, consoante a grande notoriedade de conhecimento advinda.⁸

A última tradição proposta pelo professor gaúcho é a Francesa – modelo referência que orientou o sistema brasileiro. O referido modelo dá ênfase ao parlamento na composição jurídica/teórica do Estado em si e para o próprio ocidente: através de ideais iluminista e racionalistas da modernidade.

Ao citar o modelo francês, torna-se imprescindível salientar o mais expressivo produto da Revolução Francesa: o Estado de Direito, O Estado da Razão e da lei racional imposta por

⁶STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 31.

⁷LOPES FILHO. Juraci Mourão. *Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo*, 3ª ed. rev. e atual Salvador: Juspodium, 2020, p. 36.

⁸STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 31.

um legislador igualmente racional, representante objetivo da vontade geral.⁹O ponto fulcral seria o ápice da lei escrita como passível da resolução de todos os conflitos. Nesse sentido, estabelece-se a compreensão inicial do Estado Legislativo, com espeque no positivismo exegetico.

1.2. POSITIVISMO EXEGÉTICO

O Estado de Direito é uma concepção fundamental que estabelece que o poder político deve ser limitado e regulado pelo meio do império da lei. Suas origens remontam às ideias de Montesquieu, filósofo político iluminista francês do século XVIII. Montesquieu considerou a separação dos poderes em um sistema político, no qual o poder executivo, legislativo e judiciário deveria ser independente e atuarem como freios e contrapesos uns dos outros.

Essa ideia de separação dos poderes foi amplamente aceita durante a Revolução Francesa, no final do século XVIII, quando os princípios do Estado de Direito foram cumpridos como uma resposta aos abusos do poder monárquico absolutista. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada durante a Revolução Francesa em 1789, enfatizou a importância do Estado de Direito e da igualdade perante a lei.

No entanto, é importante destacar que o apogeu do Estado de Direito ocorreu no século XIX, quando os princípios jurídicos do positivismo exegetico se tornaram dominantes. O positivismo exegetico era uma abordagem legal que enfatizava a interpretação estrita e literal da lei, sem levar em consideração considerações éticas ou políticas. Nessa perspectiva, a lei era vista como algo objetivo e independente de julgamentos de valor. A Constituição seria documento eminentemente político responsável pelo ato de fundação do Estado, mesmo porque, no século XIX, ainda se encontravam evoluindo a teoria da pirâmide normativa e a compreensão do direito como sistema.

Em vista do aspecto preponderante da lei, convém destacar o princípio da legalidade, que detém a característica da produção normativa pelo Parlamento, em resposta aos regimes absolutistas, porém com a mesma centralização do poder, agora em outras mãos. Nesse sentido, a legalidade era base para diretrizes normativas universais, atemporais e abstratas, alheias as especificidades de cada situação, do povo e do momento histórico. Essa era a base do Direito Legislativo da época: exegetica.

⁹LOPES FILHO. Juraci Mourão. Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo, 3ª ed. rev. e atual Salvador: Juspodium, 2020, p. 38.

O raciocínio jurídico era reducionista e simplório, caracterizado pela perspectiva que tudo poderia ser resolvido pelo esquema do silogístico formal da subsunção do fato a norma. Assim, a atividade do magistrado seria apenas lógico-dedutiva – o famoso juiz boca de lei-, tendo em vista que sua decisão já estaria descrita na própria lei. Juraci Lopes Mourão elucida muito bem através dessa passagem:

Não haveria razão para os pronunciamentos jurisdicionais desempenharem qualquer função de orientação de condutas futuras. Eles seriam vazios de sentido, já que meramente reprodutores de uma prescrição já contida na lei. Ao juiz não era deferido poder para acrescentar nada que já não lhe fosse comunicado pelo texto legislativo. Seu grau de deferência e resignação é máximo, ao ponto de se proibir interpretação e obrigar o juiz a realizar consulta ao parlamento no caso de dúvida. A famosa lei de 16-24 de agosto de 1790 determinada que o juiz deveria se dirigir ao Legislativo, por via de recurso geral, na necessidade de interpretação da lei.¹⁰

Juraci Mourão refere na conjectura supramencionada acerca das chamadas cortes de cassação, na qual sobrevinham para anular as decisões que extrapolavam o limite da lei. Nesse contexto, o judiciário tinha um papel meramente ilustrativo, visto que da lei vinha à suposta segurança jurídica e previsibilidade, conjecturas estritamente formais – que até hoje estão vigentes na cognição de juristas nacionais.

Não demorou muito para que o Estado Legislativo começasse a ruir, na medida que as concepções do Estado liberal não mais atendiam as demandas sociais oriundas da época. Interesses coletivos não vislumbrados pela visão oitocentista ocasionaram o envelhecimento dos códigos, impondo aos juízes não mais apenas o papel ilustrativo na solução do caso, ou seja, de “boca de lei”, mas sim a aderência de métodos hermenêuticos.

A partir daí o princípio da legalidade concebido no século XIX não mais se sustentava. O Estado legislativo atendia a demandas Liberais, logo inadequadas para reger um Estado social que vinha em ascensão. O positivismo exegético foi sendo esquecido e refutado, em vistas das leis lacunosas e inadequadas para a composição de lide.

1.3 POSITIVISMO NORMATIVISTA: COMPOSIÇÃO DE KELSEN

Com a derrocada do positivismo exegético surge a necessidade de um novo redimensionamento do positivismo, que ocorre a partir da sua versão normativista, com Hans Kelsen como o autor paradigmático - depende-se uma análise mais detida acerca do

¹⁰LOPES FILHO. Juraci Mourão. Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo, 3ª ed. rev. e atual Salvador: Juspodium, 2020, p. 44.

pensamento de Kelsen, em vista da sua forte influência no ordenamento jurídico nacional, e logo na perspectiva do sistema de precedentes -.

Kelsen, por meio do positivismo normativo, retirou da lei sua posição de expressão máxima: pôs fim ao fetichismo legal. A norma passou a ter posição intermediária, e no ápice a Constituição - famosa pirâmide de Kelsen.

Afasta-se a visão exegética do direito, o juiz não é mais apenas algo ilustrativo, que detém uma autonomia restritamente declaratória de um direito pré-determinado pelo legislador. A atuação do magistrado passa pelo conhecimento do contexto, político, social e econômico em que as partes estão inseridas, individualizando caso a caso.

Entende-se ainda que a norma legislativa resolverá o conflito, porém com uma perspectiva diferente: “o Direito a aplicar como uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação.”¹¹ É nesse sentido que surge os chamados “métodos de interpretação.”¹²

Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa - não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.¹³

O autor, porém, entende que a decisão do magistrado se trata de uma norma individual e concreta. Sendo assim, o autor austríaco depreende que na composição do sistema jurídico os tribunais são órgãos legislativos, visto que criam normas jurídicas gerais: os precedentes.

Juraci Mourão¹⁴ compreende que a relação entre precedente e norma geral permeiam o imaginário de inúmeros doutrinadores nacionais atualmente, tendo em vista aqueles que propõem a compressão do precedente a partir da busca de uma norma geral contida na decisão: depreende-se a *ratio decidendi* mediante abstratização do dispositivo. Daí que surge o equívoco em aplicar o precedente, tal qual uma lei qualquer, mediante subsunção do fato a “norma precedente”. Vejamos a interpretação de um expoente dessa ideia positivista, Luiz Guilherme Marinoni, *in verbis*:

Considerada a sua finalidade, o precedente de ser aplicado até os seus limites, regulando todos os casos aí cabíveis. É tal potencialidade inerente ao precedente,

¹¹Kelsen, Hans, 1881-1973. Teoria pura do direito / Hans Kelsen; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 247.

¹²Idem, ibidem.

¹³Idem, ibidem.

¹⁴LOPES FILHO. Juraci Mourão. Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo, 3º ed. rev. e atual Salvador: Juspodium, 2020, p. 54.

que torna possível a sua adoção para solução de casos particularizados por outras circunstâncias ou situações inicialmente não tratadas.¹⁵

Apesar de propor uma interpretação e autodeclarar neoconstitucionalista, o referido autor anseia por bases positivistas. Nesse tocante, estabelece-se compreensão paradigmática de Enrico Liedman, autor que moldou a formação da teoria do processo brasileiro: “prevalece uma visão exegética mitigada por uma óptica parcial de Kelsen, porquanto crê em uma inarredável correlação lógica entre lei e sentença.”¹⁶

1.4. REALISMO JURÍDICO

Prevalecia no direito dos EUA, nos anos de 1920 e 1930, com variados expoentes e visões, uma conjectura pragmática de se interpretar o direito, que seria composto estritamente pelas decisões judiciais. Isso se deu pelo fato de os intérpretes do direito norte-americano constatarem que as normas legislativas não eram capazes de predeterminar com certeza absoluta a prescrição aplicável, sendo assim, os precedentes teriam o caráter principal, sendo a lei sua subsidiária.

Impede destacar que essa interpretação se consolidou, pois, nos países de tradição inglesa as interpretações francesas exegéticas do estado legislativo nunca ressoaram dominantes. A interpretação sempre foi por meio do costume ou precedentes.

Pensadores paradigmáticos do realismo jurídico mais extremado vão além nas suas perspectivas, como por exemplo Holland, Gray e Jethro Brown, ao defenderem a não existência do direito antes das decisões judiciais. Nesse contexto, atribuem à eficácia das leis a decisão jurisdicional, visto que essa esta que daria interpretação a lei. As leis seriam aparências que se transformarão em realidade jurídica com a aparência.¹⁷

É possível notar que o realismo americano decorre de uma frustração quanto as regras legislativas, incapazes de assegurar certeza. Migram para os pronunciamentos jurisdicionais na busca de uma predição. Todavia tem-se em mente que as interpretações exegéticas aqui não sobressaem, visto que os realistas entendem não ser possível via raciocínios lógicos apurados de antever todas as consequências jurídicas de uma ação. Sendo assim, nem mesmo os precedentes são capazes de trazer a segurança jurídica, em premissas utópicas.

¹⁵MARINONI. Luiz Guilherme. Os precedentes na dimensão da segurança jurídica. Revista jurídica. São Paulo: Nota Dez, 2010, p. 167.

¹⁶LOPES FILHO. Juraci Mourão. Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo, 3º ed. rev. e atual Salvador: Juspodium, 2020, p. 64.

¹⁷Idem, p. 58.

A partir daqui destacaremos as premissas de Benjamin Cardozo, juiz e doutrinariamente considerado um realista mais moderado. Conforme ele mesmo destaca, em posição similar à de Kelsen, que existem sim situações de certeza, na qual o precedente/lei vai conseguir resolver a questão sem discricionariedade do magistrado.¹⁸ Porém, a diferença entre ambos consiste na forma de vinculação para o resultado compreendido, pois Kelsen, como foi salientado anteriormente, toma a decisão a partir de elementos formais; em contrapartida Cardozo admite lançar a mão de elementos sociológicos: história, costume, anseios sociais. Tanto que em algumas denominações autores referem-se ao realismo como jurisprudência sociológica. Nesse sentido, Cardozo remete as ideias de Geny e sua escola da livre investigação científica. “Livre porque aqui fica longe da ação da autoridade positiva; e científica, ao mesmo tempo, porque só pode encontrar fundamentos sólidos nos elementos objetivos que somente a ciência é capaz de lhe revelar.”¹⁹

Cardozo segue as compreensões de Kelsen e Hart quanto o método indutivo para se extrair preceitos gerais dos casos particulares analisados, os quais serão, posteriormente, utilizados pela dedução. Porém, não reduz o direito a esse apego lógico, visto que cada caso é um caso. Sendo assim, o autor entende que não há garantia de justiça, a não ser a personalidade do juiz que legisla nas lacunas do direito, cuja existência é detectada por ele mesmo.

Nesse sentido, percebe-se que Cardozo adentra implicitamente na seara da segurança jurídica tão enraizada em torno ordenamento jurídico que para alguns é sinônimo de previsibilidade, porém, para o autor não. Pois na perspectiva realista sociológico os contextos mudam e quando pensamos que as bases estão solidas elas se modificam.

Quanto aos precedentes, o autor tem uma visão que coaduna com a nossa obra, pois os submete a uma compreensão de grau. Visto que os tratam a partir de um ganho prático, evitando que a causa seja novamente aberta, pois aquilo já fora discutido. Todavia, no que tange aos aspectos de medidas sociais, esse devem ser individualizados. É por isso que para o autor não se pode tratar de uma subordinação em absoluto – em toda completude do precedente – as decisões proferidas, mas sim em graus ajustados a partir de uma visão sociológica.

Por fim, as bases do realismo jurídico são várias, no qual muitos autores discordam entre si, mas o aspecto central encontra-se unívoco “apontam uma responsabilidade do juiz

¹⁸CARDOZO, Benjamin. A natureza do processo judicial. Traduzido por Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fintex. 2004, p. 94.

¹⁹Idem, *ibidem*.

em considerar as consequências de sua decisão para sociedade e, por fim, rejeitam métodos puros e formais para o estudo do direito.”²⁰

²⁰LOPES FILHO. Juraci Mourão. Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo, 3º ed. rev. e atual Salvador: Juspodium, 2020, p. 61.

2. FORMALISMO E CONTROLE DOS PRECEDENTES

2.1. CONTROLE HIERÁRQUICO VERTICAL

Ao adotar o controle difuso de constitucionalidade, segue-se um paradigma sem diferenças entre magistrados. Nesse sentido, o juiz de primeiro grau diante de um caso concreto, desfruta dos mesmos poderes de revisão, controle e interpretação das normas jurídicas que um Ministro do Supremo Tribunal Federal. Essa ênfase ao juiz de primeiro grau se consubstancia pelo fato de estar mais próximo da realidade em que está inserida a causa, indo ao contrário da perspectiva histórica nacional: a estrutura vertical hierarquizada do judiciário brasileiro.

Conquanto, a eficácia dos poderes do juiz de primeiro grau, na concepção de Juraci Mourão²¹ é mitigada através da graduação entre escalões judiciais. Surge a conjectura do protagonismo calcada nos órgãos mais elevados. A obrigatoriedade dos precedentes superiores fundamenta a referida argumentação. Estabelece-se a vinculação ao precedente em um caráter estritamente formal, desconsiderando a materialidade da fundamentação, ou seja, não importa se a decisão é boa ou má fundamentada, ou se ela é coerente ou incoerente com princípios e regras fundamentais da Constituição Federal, o que importa é o grau hierárquico que essa decisão advém.

Afirma-se que no contexto apresentado, o precedente deve ser tomado tal qual uma norma legislativa: com significado pleno, no qual não se pode fazer acréscimo ou subtração.

Em idealizações doutrinárias, Guilherme Marinoni defende a posição de uma escala vertical hierarquizada no judiciário, visto que caracteriza sua conjectura através da diminuição dos poderes/funções da instancia iniciais: “em termos de eficácia do sistema e do Poder, não importa se o juiz inferior concorda com a decisão do juiz superior – é apenas aquela que vale e produz efeitos.”²²

Ainda, estabelece o autor que em um caso concreto, no qual se contrapõem a interpretação entre duas instâncias de hierarquia diferentes, não há em que se falar propriamente em divergência, mas sim em despeito do juiz inferior, vejamos:

²¹LOPES FILHO. Juraci Mourão. Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo, 3º ed. rev. e atual Salvador: Juspodium, 2020, p. 80.

²²MARINONI. Luiz Guilherme. Os precedentes na dimensão da segurança jurídica. Revista jurídica. São Paulo: Nota Dez, 2010, p. 209.

Bem vistas as coisas, divergência jurisprudencial apenas pode existir entre tribunais de igual estatura, e não entre um tribunal ordinário e aquele a quem incumbe unificar a interpretação da lei federal, zelando pela unidade do direito federal no país. Um Tribunal de Justiça ou Regional Federal não diverge do Superior Tribunal de Justiça, mas desrespeita a autoridade de suas decisões.²³

Interpreta-se a manifestação do autor da seguinte forma: sustenta-se percepção de que o juiz ordinário não desempenha papel efetivo no aprimoramento do sistema jurídico, pois apenas as decisões superiores são reconhecidas como válidas. Ademais, caso um juiz inferior discorde dessas decisões, além de ser considerado irracional, é tido como um profissional desrespeitoso. Pressupõem, nessa perspectiva, que o juiz de hierarquia inferior possui uma contribuição limitada no desenvolvimento do sistema jurídico, visto que suas decisões estão subordinadas às manifestações de instancias superiores.

Seguindo esse paradigma, salienta-se um julgado de demasiada importância. Em 2011, o Supremo Tribunal Federal na ADI 4277 e na ADPF 132, deu interpretação conforme a Constituição Federal a dispositivos do Código Civil, com o intuito de tomar por constitucional a união afetiva.

Impede salientar que o presente trabalho não questiona o mérito da decisão, muito pelo contrário, é indiscutível que a decisão não poderia ser tomada de outra forma, em vista da conjuntura evolutiva de constitucionalização do direito. Trata-se de uma evolução basilar no campo teórico/prático do direito e da vida.

Pois bem, no que tange o cerne da questão abordada, ocorre que, poucos dias após o referido julgamento, houve uma decisão de um magistrado de primeiro grau que anulou o registro de uma união homoafetiva por considerá-la inconstitucional. Tratar-se-á de um desafio a decisão do Supremo Tribunal Federal, o que, via regra, é normal da sistemática histórica dos precedentes. Pois é assim que o direito evolui nesse aspecto. Todavia, a decisão não foi bem recebida por parte Tribunal de hierarquia máxima em solo brasileiro. Juraci Mourão resume muito bem como foi à recepção do desafio:

Essa decisão, contudo, não colheu um tratamento fisiológico, porquanto tratada como uma patologia a ser severamente expurgada e repreendida. Em manifestações na imprensa, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, foi enfático ao afirmar: “se ele (o juiz) foi contra o entendimento do Supremo Tribunal Federal, eu entendo isso como um atentado à decisão do Supremo, que é passível de cassação”. O instrumento, para tanto, é a reclamação constitucional, a qual, segundo o mesmo ministro, comumente ocasiona repercussão sobre a vida funcional do magistrado: “Sempre se encaminha aos órgãos disciplinares para que a autonomia de um juiz não prejudique o povo”. Nessa enérgica reação, sequer cogitou em desconsiderar os

²³MARINONI. Luiz Guilherme. Os precedentes na dimensão da segurança jurídica. Revista jurídica. São Paulo: Nota Dez, 2010, p. 106.

fundamentos da decisão, perquirir se houve algum ponto diferenciado não abordado nas decisões da ADI e da ADPF²⁴

Percebe-se que a conjectura de Guilherme Marinoni se encontra fundamentada nas próprias ideias do Supremo Tribunal Federal: a divergência da decisão é tomada como um atentado a ser cassado, e o magistrado punido.

Esse entendimento não é espaçado e restrito a apenas um Ministro, Gilmar Mendes segue o mesmo paradigma sistêmico, ao analisar a atuação do magistrado calcada do dever rigoroso de deferência, intensificado pela exigência de obediência hierárquica, ao ponto de se equiparar os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal à força normativa da própria Constituição Federal: vejamos:

Impossibilidade de coexistência no sistema de decisão de tribunais inferiores contrários aos julgamentos do STF, porquanto considerou o excelso pretório que ofender suas decisões corresponde desconsiderar a força normativa da constituição de quem é intérprete autêntico e final.²⁵

A consolidação desse entendimento, no qual a divergência vertical deve ser encarada como ofensa à função constitucional do superior, consolida uma patologia, visto que calcado na premissa que o desafio a precedentes ou sumulas superiores pode ser considerado uma afronta. Nesse sentido, a realização do *distinguish ou do overruling* envolverá o risco de punição administrativa se não recepcionada pela instancia superior.²⁶

2.2. CONTROLE FUNCIONAL

Deve ser considerado, de igual forma, uma característica única do sistema nacional, não verificado nem nos Estados Unidos nem do Reino Unido – países paradigmáticos no tratamento dos precedentes – a normatização das instâncias superiores controlarem as carreiras dos inferiores.

Albuquerque Rocha²⁷ verifica uma dupla subordinação no judiciário brasileiro. O autor observa que os mesmos membros de tribunais que controlam a atividade do juiz de primeiro grau, por meio do julgamento de recursos, contra suas próprias decisões, são aqueles

²⁴LOPES FILHO. Juraci Mourão. Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo, 3º ed. rev. e atual Salvador: Juspodium, 2020, p. 87.

²⁵RE 227001 ED, Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Julgado em 18/09/2007.

²⁶LOPES FILHO. Juraci Mourão. Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo, 3º ed. rev. e atual Salvador: Juspodium, 2020, p. 94.

²⁷ROCHA, José de Albuquerque. Estudos sobre o Poder Judiciário. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 45.

que decidem sua progressão funcional na carreira: promoção, transferência, ou se serão utilizados em funções diferenciadas.

Entendemos que dupla subordinação interfere na cognição do juiz inferior, tendo em vista que em prol de sua progressão na carreira, o juiz não desafia os julgamentos dos tribunais, interferindo subjacentemente na função principal do precedente: o ganho hermenêutico.

Nesse sentido, com o esboço de fundamentar e institucionalizar a referida dupla subordinação, a Resolução 106/10 do Conselho Nacional de Justiça, dispôs no seu art. 5, “e”, que a avaliação da qualidade das decisões proferidas será levada em consideração se o juiz inferior usou ou não precedentes e sumulas dos tribunais superiores, vejamos o dispositivo em sua completude, *in verbis*:

Art. 5º Na avaliação da qualidade das decisões proferidas serão levados em consideração:
 a) a redação;
 b) a clareza;
 c) a objetividade;
 d) a pertinência de doutrina e jurisprudência, quando citadas;
e) o respeito às súmulas do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores (grifos nossos)²⁸

Ainda, é imprescindível ressaltar o art. 10 da referida resolução, que se alinha no mesmo sentido, *in verbis*:

Parágrafo único. A disciplina judiciária do magistrado, aplicando a jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com registro de eventual ressalva de entendimento, constitui elemento a ser valorizado para efeito de merecimento, nos termos do princípio da responsabilidade institucional, insculpido no Código Ibero-Americano de Ética Judicial (2006).²⁹

Depreende-se, através dos dispositivos supracitados, que existe um dever de deferência aos tribunais superiores imposto implicitamente – a preferência é pelo adjetivo “explícito”, pois a própria lei define isso-. O aspecto formal dos dispositivos se sobressai, visto que se interpreta a norma no sentido que o magistrado tem mais chance de ascender na carreira se seguir uma súmula superior, mesmo tendo ele a convicção de que a melhor solução para o caso seria em sentido diverso.³⁰

²⁸CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução 106, de 06 de abril de 2010. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_106.pdf. Acesso em: 20 maio 2019.

²⁹ Idem.

³⁰LOPES FILHO. Juraci Mourão. Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo, 3ª ed. rev. e atual Salvador: Juspodium, 2020, p. 95.

Juraci Mourão Lopes Filho expõe que essa é uma característica única do Brasil, vejamos:

Os países de tradição inglesa têm um judiciário paritário, porquanto, mesmo havendo tribunais de revisão recursal, estes não possuem a superioridade hierárquica experimentada nos países de tradição continental. Não há, como dito, a reverência funcional, pois o controle da carreira dos juizes não cabe aos tribunais (...). Assim, a estrutura judiciária, sem a rígida hierarquização, somada à existência de julgadores leigos, não agem em prol de um tácito alinhamento, ao contrário, há forças de desagregação espontânea³¹

Malgrado, interpreta-se que o juiz inferior nacional é constrangido a respeitar os pronunciamentos dos órgãos posicionados em níveis superiores ao seu. Mauricio Ramires – grande crítico acerca da aplicação dos precedentes na atual conjuntura nacional - expõe, de maneira inteligível, o comportamento que é comum nas justiças inferiores de buscar a inserção forçada de um precedente superior, em vista da dupla subordinação (funcional e hierárquica). O professor faz o uso da expressão hiperintegração do sistema: força-se uma espécie de adequação do caso ao precedente superior, elidindo as peculiaridades do caso.³²

Esta obra se fundamenta na não razoabilidade dessa aplicação forçada e acrítica do precedente. Remetemos mais uma vez a função paradigma da obra: o ganho hermenêutico do precedente. A conjectura da hiperintegração dos precedentes será mais detalhada posteriormente, fundamentada nas interpretações do professor Mauricio Ramires, grande expoente da respectiva teoria – fazendo-se uma análise com a repercussão nas motivações judiciais.

³¹Idem, ibidem.

³²RAMIRES, Maurício. Crítica à aplicação de precedente no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010, p. 67.

3. EQUÍVOCOS NA APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES

3.1. APROXIMAÇÃO DO COMMOW LAW

No decorrer da pesquisa literária para a elaboração do presente trabalho – por meio perspectivas doutrinárias diversas -, foi constante a minúcia dos autores em intercalar o estudo a partir de conjecturas estrangeiras. Nesse sentido, foi perceptível ao observar os estudos doutrinários sobre o sistema de precedentes uma certa idealização do sistema a partir de conceitos originários de outros países, principalmente os do *common law*, o que em uma perspectiva sistêmica no novo CPC não encontra respaldo, em vista dos conceitos como integridade e coerência - que serão delimitadamente postos em momento oportuno nessa obra - . Vejamos a conjectura de Patrícia Perrone no que tange à aproximação ao sistema de tradições inglesas:

A indiscutível expansão do controle concentrado de constitucionalidade, as discussões empreendidas pelo STF acerca da eficácia transcendente da motivação nesta sede, e, finalmente a criação da súmula vinculante, através da Emenda Constitucional n°45/2004 apontam para um novo momento da hermenêutica constitucional. Tais fatos expressão a evolução dos mecanismos de jurisdição constitucional, no Brasil, para uma direção comum, da atribuição de uma força vinculante geral aos precedentes judiciais. Representam, assim, uma aproximação do nosso sistema jurídico, correspondente a um modelo de direito codificado-continental (*civil-law*), ao sistema de *commow law*, no qual a ideia de vinculação ao julgado possui papel central.³³

Ao se falar em precedentes é factível que a doutrina dos EUA exerce exacerbada influência em face dos estudos brasileiros acerca do tema. Todavia, a sua estrutura prática/teórica diverge em demasia dos preceitos aplicados em âmbito nacional.

A própria Patrícia Perrone ensina que na perspectiva do *state decisis* (instituto do *commow Law*), o seu fundamento é a partir de uma prescrição informal que os juízes seguem por prudência, costumes ou outras razões impostas no caso concreto. Inclusive, não há uma teoria dominante que explica o porquê se deve segui-los. Tratar-se-á de algo enraizado na consciência coletiva dos juízes, difundido e praticado naturalmente. Com efeito, não há uma imposição legislativa posta sistematicamente que orienta a aplicação do precedente, ou seja, não há uma obrigação legal ou constitucional.

³³MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 1.

Nesse contexto, observa Juraci Mourão³⁴ que é comum que nas próprias discussões judiciais um debate acerca de como dever ser a vinculação ao precedente, a que ponto da decisão isso se dá e com que grau de deferência. Dessa forma, tudo é tomado como algo privativo do Judiciário - e não da lei-, e inclusive interpreta-se inconstitucional lei que venha estabelecer diretrizes nesse assunto.

Por outro lado, a perspectiva nacional é outra: fortemente normativa, influenciada ainda por razões exegéticas. A vinculação no sistema brasileiro é puramente formalista, através de uma mera imposição legislativa, não se importando com aspectos materiais – o ganho hermenêutico, que é caracterizado com a principal função do precedente é mitigado, ou melhor, esquecido -. As decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, normalmente, são tomadas como comandos normativos, inclusive as que sequer fundamentação possuem – exemplos de decisões sem fundamentação adequada que foram consideradas vinculantes serão expostas em capítulo oportuno-, ocasionando uma insistente sujeição (pelo aspecto estritamente formal) dos magistrados de segundo e primeiro grau.

Lênio Streck, em artigo publicado pela revista *Conjur*³⁵, aborda a perspectiva do *commow law* sobre o modo de seguir os pronunciamentos judiciais. Nesse sentido, entende-se que a vinculação no *state decisis* não é formal, como a encontrada em nosso ordenamento jurídico, mas sim material. O juiz deve considerar vários aspectos antes de simplesmente aplicar um precedente. Deve apreciar a fundamentação, se esta tem uma boa capacidade hermenêutica de ajudar no conflito, a sua viabilidade, os interesses em questão, e até mesmo a antiguidade do precedente em questão. Percebe-se que é uma vinculação totalmente diferente da normativista imposta em solo brasileiro.

Nos EUA, em vista da apreciação material do precedente, não se propõem que o juiz deva aplicar inafastavelmente o precedente, mesmo com ele discordando e tendo capacidade argumentativa para o *overruling*. Estabelece-se, pelo contrário, um consenso em não aplicar o pronunciamento que não esteja factível com o caso concreto determinado - obviamente é necessária uma fundamentação bem definida. Não há risco de punição ou sobrestamento na carreira do juiz que não reproduza o precedente mecanicamente. Nesse sentido, é imprescindível lembrar que os conceitos elencados no Capítulo II, acerca do controle

³⁴LOPES FILHO. Juraci Mourão. Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo, 3º ed. rev. e atual Salvador: Juspodium, 2020, p. 127.

³⁵STRECK, Lênio, Precedentes: O que é necessário para existir um precedente. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-abr-20/senso-incomum-pergunta-necessario-existir-precedente>. Acesso em 8 de junho de 2023.

funcional do magistrado, preceitos, tal qual o do art. 10, parágrafo único da Resolução 106 do Conselho Nacional de Justiça, não são conhecidos por esse sistema.

Conquanto, no Brasil, há uma ideia de obediência legal a julgados que não guardam correspondência com o que se verifica nos países, que na visão de Patrícia Perrone, nos aproximamos (*commom law*). Destaca-se que a característica dos países “exportadores”, ainda que seja a obediência de uma corte inferior aos precedentes de uma superior, deve-se considerar toda a linha jurisprudencial firmada em nível anterior. Conjecturas como a de Marinoni de que entre cortes de hierarquia diferentes não há divergência, mas sim convergência, não prevalecem. Os pronunciamentos inferiores têm importância longinquamente definida –aspecto que será detalhado no último capítulo-.

Portando, impede se falar em aproximação de conceitos, visto que são composições totalmente distintas, o *common law* não advém de uma imposição legislativa, mas uma teoria elaborada no exercício da jurisdição e controvertida nos tribunais e na doutrina. A legislação brasileira tem características diferentes das demais, a importação errônea de institutos estrangeiros vem sendo característica pragmática nas decisões. De outra forma, deve-se intercambiar elementos que possam contribuir para a modelagem de um novo raciocínio jurídico, baseado as conquistas da hermenêutica.³⁶

Juraci Mourão aborda, *in verbis*:

Os reais motivos para o fortalecimento dos precedentes no Brasil, em seu aspecto teórico, foram a constitucionalização e a judicialização do Direito, fenômenos igualmente recentes nos Estados Unidos e na Inglaterra (que experimenta com menos intensidade). É necessário então, que se conheçam institutos destes últimos, mas não para simplesmente reproduzi-los e sim para tomá-los como dados de elaboração de um referencial inédito.³⁷

3.2. TRATAR EMENTA COMO *RATIO DECIDENDI*

É comum em qualquer pesquisa, seja acadêmica ou profissional, o fácil acesso a precedentes para a formação do convencimento, seja qual for o tribunal. Essa facilidade em ter acesso aos precedentes tem estrita relação com a sua importância no ordenamento jurídico brasileiro. Digamos até que seja proporcional.

³⁶LOPES FILHO. Juraci Mourão. Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo, 3º ed. rev. e atual Salvador: Juspodium, 2020, p. 132.

³⁷Idem, *ibidem*

Hoje, não há tribunal no país que deixe de disponibilizar, com maior ou menor qualidade, os acessos aos seus precedentes, com destaque aos superiores, pois minuciam através de assuntos pré-determinados e específicos facilitando a comunhão no direito.

Juraci Morão³⁸ leciona, contudo, que esse fácil acesso não é de todo bom grado, pois ocasiona um comportamento patológico, visto que a resposta à pesquisa eletrônica se dá pelas ementas dos julgados. Apenas com um acesso mais minucioso é possível o conhecimento da decisão em sua completude. Nesse sentido, trata-se a ementa como se fosse a *ratio decidendi*, vinculando algo que inúmeras vezes não remete a contextualização do julgado. Far-se-á o silogismo da ementa ao caso, tal qual uma norma legislativa. Não obstante, existem doutrinadores que passam a entender a decisão (norma judicial) como um enunciado legislativo. Um exemplo é Guilherme Marinoni, pare ele “a fundamentação não diferencia a norma judicial da legislativa no que diz respeito às suas essências, mas no que toca a aspectos que lhes são externos, necessários à sua legitimação.”³⁹

Juraci Mourão⁴⁰ aponta que outros países enfrentam o mesmo dilema em torno dos sumários e resumos. Esse fenômeno, segundo autor é encontrado também na Finlândia, tendo os julgamentos da Suprema Corte também uma ementa como resumo do caso, denominada de *rubrication* ou *headnote*. No país nórdico a situação é ainda mais peculiar, visto que o princípio da publicidade das decisões é mitigado, pois nem todas as decisões da Suprema Corte finlandesa são publicadas.

Nesse sentido há um grande debate doutrinário no país se seria possível tratar a *headone* como a *ratio decidendi* do julgado. Juraci Mourão aponta que o debate consiste em uma nova perspectiva do positivismo: um positivismo judicial de cúpula, que substitui norma legislativa por ementas, que tem diversos apoiadores.

Ao longo de sua obra, Juraci Mourão cita um caso emblemático, que segundo ele é patológico, pois exprime muito bem o uso descabido de ementas no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a divisão de atribuições fiscalizatórias entre Conselhos Regionais de Farmácia e a Vigilância Sanitária. No AgRg no REsp 995800/SP, julgado em abril de 2010, a fundamentação do acórdão traz apenas uma série de ementas de julgados anteriores exortando de maneira generalizada qual o entendimento do Tribunal. Outrossim, essas respectivas ementas citadas exprime uma

³⁸Idem, p. 98.

³⁹MARINONI, Luiz Guilherme. Os precedentes na dimensão da segurança jurídica. Revista jurídica. São Paulo: Nota Dez, 2010, p. 93.

⁴⁰LOPES FILHO, Juraci Mourão. Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo, 3º ed. rev. e atual Salvador: Juspodium, 2020, p. 121.

fundamentação, que de igual forma, somente traz menção a ementas anteriores. E por incrível que pareça, assim se segue ao longo de oito (8) anos de julgamentos analisados retroativamente, no qual apenas em 2002, por meio do RESP 274.415/2002, houve uma fundamentação específica sobre o assunto.⁴¹

Percebe-se que não houve um cotejo analítico entre os precedentes conflitantes. O dever de fundamentação foi mitigado. O aspecto hermenêutico das decisões inexistente. Impede salientar que isso é normalizado, pois são comuns julgamentos tidos pelo relator como de casos padrão se darem pela simples enunciação do número do recurso e leitura da respectiva ementa. Trata-se de nulidade absoluta, visto que fere o dever de fundamentação consubstanciado constitucionalmente.

E mais, do ponto de vista filosófico, não é possível entender qualquer significado se não for dentro de um contexto, a partir dos argumentos e contra-argumentos suscitados pelas partes. A não observância das peculiaridades do caso pode ocasionar desajustes em toda a jurisdição pátria.

Nesse sentido, salientamos um caso paradigmático de uso de ementas sem a observância das suas dimensões externas.

Trata-se do julgamento do HC 96821 do Supremo Tribunal Federal, no qual foi apreciado *writ* contra decisão da 11ª Câmara Criminal “B” do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Em um breve resumo, alegava-se ofensa ao preceito do juiz natural, tendo em vista que apenas o Presidente da Câmara Julgadora era desembargador, sendo todos os demais membros juízes de primeiro grau convocados. Impede destacar que se tratava de uma câmara provisória, por isso o vocábulo “B”, visto que fora criada de maneira excepcional, para atender a causas transferidas em virtude da extinção do antigo tribunal de alçadas pela Emenda 45/04

Percebe-se que o caso é cheio de peculiaridades; e a dificuldade fática que passava a justiça paulista no período foi longamente descrita no voto do relator Ministro Ricardo Lewandowski, vejamos:

Lembro, ainda, por oportuno, que a Emenda Constitucional 45/2004, dentre outras inovações, assegurou a todos os jurisdicionados a duração razoável do processo e determinou a distribuição imediata dos feitos ajuizados em todos os fóruns e tribunais do país.

Acrescento, mais, que, na situação específica de São Paulo, a EC 45/2004 determinou ainda à Justiça bandeirante, a unificação dos Tribunais de Alçada com o Tribunal de Justiça, impondo-lhe hercúlea tarefa de reorganizar administrativamente uma gigantesca Corte – que conta atualmente com 362 desembargadores e 60 juízes

⁴¹Idem, p. 99.

substitutos de segundo grau, além de um enorme número de servidores – de maneira a preservar, minimamente, a presteza e eficiência da prestação jurisdicional. Em outras palavras, a EC 45/2004, ao estabelecer a unificação dos Tribunais paulistas, acarretou, além das mencionadas dificuldades outra consequência de grande repercussão, a saber, a imediata transferência de um enorme estoque de feitos criminais que antes se encontrava dividido em duas Cortes, que tinha de ser imediatamente redistribuído.⁴²

Nesse sentido, denegou-se a ordem por entender que o julgamento fora válido, não tendo ofendido qualquer preceito constitucional. Aliás, foi baseado no princípio da duração razoável do processo, em vista de todo o contexto ocasionado.

Mais tarde, esse mesmo julgamento foi citado como precedente, por meio do HC 99.240. Referia-se a Justiça do Amazonas e tratava de uma turma regular composta por juízes convocados, sem alguma excepcionalidade, sendo assim, o caso era totalmente diferente do paulista. Porém, julgou-se pela validade do julgamento.

Ainda, nesse mesmo julgado foi acrescentado ementas de decisões que não tinha nenhuma excepcionalidade. Nesse sentido, viu-se dessa maneira a ementas dos julgados posteriormente: a convocação de juízes de primeiro grau de jurisdição para substituir Desembargadores malfez o princípio constitucional do juiz natural.

Percebe-se uma clara hiperintegração do precedente, um uso descabido da ementa sem a observância das peculiaridades do caso. Com efeito, subverteram uma situação demasiada específica para uma categoria geral, admitindo que toda e qualquer convocação é válida

Maurício Ramires expõe detalhadamente a questão da hiperintegração das ementas ao longo de sua obra “Crítica à aplicação dos precedentes no direito brasileiro”, fazendo duras críticas a esse método patológico de aplicação dos precedentes. Segundo o autor,⁴³ é muito fácil hiperintegrar ementas ao se valer estritamente da sua literalidade para aplicá-la em situação diametralmente opostas daquelas verificadas nos precedentes que se originam, inclusive existem normas que coadunam com essa interpretação.

É nesse sentido que o Novo Código de Processo Civil de 2015, por meio do art. 489, especifica consequência ao erro que ora se denuncia: a decisão que se resume a citar ementas, sem analisar as peculiaridades do caso não é uma decisão fundamentada. A fundamentação pede todo um cotejo analítico entre os casos concretos, só assim temos a percepção que o precedente é o correto para o caso em questão. Impede salientar que esse dever não é restrito

⁴²HC 96821, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 08//04/2010

⁴³RAMIRES, Maurício. Crítica à aplicação de precedente no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010, p. 77.

do magistrado, é também das partes, que não podem apenas soltar ementas no ar sem especificar a fundamentação do porquê de segui-las.

As colocações de Maurício Ramires se entrelaçam com as conjecturas dos juizados hierarquizados que essa obra tenda a criticar; à vista das instancias iniciais buscarem de toda forma o encadeamento/adequação em julgados superiores, sob o espeque puramente hierárquico e funcional. Sendo as ementas um bom apetrecho para isso.

Ramirez faz um alerta esse descabimento em uma perspectiva envolvendo a fundamentação judicial:

É preciso compreender a obrigação de motivação da decisão judicial como garantia política e democrática. É freio ao arbítrio; a referência à sustentação normativa da decisão evidencia que ela não foi fruto de uma deliberação arbitrária do autor, mas de um trabalho de conhecimento e reflexão. É necessária comunicação entre a atividade judiciária e a sociedade, pois parte da responsabilidade dos juízes a sujeição de seus provimentos à ciência e à opinião das partes e do público, de forma transparente.⁴⁴

Dessa forma, acredita-se que a adesão ao precedente dos tribunais superiores deve ser reservada estritamente aos casos que se enquadram dentro do âmbito próprio dessas instâncias. Na presença de elementos de singularidade e especificidade, os mencionados precedentes não devem exercer um constrangimento absoluto, tampouco obstruir a análise minuciosa das minúcias. Eles não devem ser erigidos como único fundamento para a tomada de decisão, a fim de evitar artificialmente a redução da riqueza hermenêutica. Assim, a tensão entre a análise das peculiaridades e a uniformidade com a jurisprudência superior é atenuada: apenas em relação a questões abstratas deve-se buscar uma consonância com as orientações dos tribunais superiores, levando em consideração a inabilidade em relação aos pormenores fáticos, especialmente.

3.3. EQUÍVOCOS DA SUBSUNÇÃO

A partir dos critérios estabelecidos até o momento, principalmente com as conjecturas advindas do capítulo I – ineficácia do positivismo exegético e normativista -, resta evidente, na atual conjuntura do trabalho a inarredável inadequação da subsunção.

Esta obra tem o fulcro de abordar o enriquecimento hermenêutico advindo de uma boa fundamentação judicial como a principal função do precedente. Porém, a concepção vigente

⁴⁴RAMIRES, Maurício. Crítica à aplicação de precedente no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010, p. 83.

atualmente é norteada pelo positivismo exegético e principalmente o normativo, sistematizado pela teoria de Kelsen, sendo assim, compara-se precedente e norma jurídica a partir de uma perspectiva única, consubstanciando uma lógica formal que mitiga as justificativas subjacentes. Conquanto, far-se-á a necessidade de buscar uma teoria própria para os precedentes, desvinculando-se de bases legislativas.

Foi salientado no tópico anterior que a visualização dos precedentes na maioria dos casos é restrita as ementas ou verbetes de súmulas, ocasionando à subsunção de maneira objetiva da premissa maior com a premissa menor. Nesse sentido, gostaríamos de falar que o magistrado é um intérprete, porém, estaríamos equivocados, pois o que ocorre hodiernamente é uma espécie de alienação aos verbetes transcritos em três linhas, mitigando, ou, aliás, zerando o aspecto interpretativo – voltamos para as bases exegética do Estado Legislativo.

Esse tratamento por subsunção é evidenciado e corroborado por diversos autores, a já comentada nessa obra Patrícia Perrone resume assim seu pensamento “a *holding* ou *ratio decidendi* constitui a norma extraída do caso concreto que vincula os tribunais inferiores.”⁴⁵ Seguindo o mesmo paradigma Caio Marcio Gutterres Taranto⁴⁶ entende que o Poder Judiciário edita normas jurídicas que serão comandos abstratos aplicados na medida do possível, figurando com uma premissa maior de silogismo.

Não seguimos esse pensamento, mas sim a interpretação de Lênio Streck, do precedente como produto sistêmico não reduzido a norma que o integra; permite-se aqui uma análise hermenêutica das questões subjacentes.⁴⁷ Parte-se a considerar as questões fáticas, com as determinações se dando em decorrência dos julgados. O aspecto subjetivo sai de rota para uma perspectiva sistêmica, com integridade e coerência se sobressaindo.

Contribuição importante nessa seara é a de Juraci Mourão, vejamos:

Fala-se de precedente como se, no Brasil, já soubesse o que ele é, como se aplicam e qual sua função. Quando muito, se busca formar, com aportes estrangeiro um “sistema de precedentes”, sem realizar essas reflexões. Seria um “sistema de precedentes, ou um “sistema das normas legislativas sobre precedentes”? A partir da edição do Código de Processo de 2015, processualistas tentam lidar com precedentes sem considerar algo extremamente relevante: o tema é próprio da Teoria do Direito, que demanda reflexão sobre categorias fundamentais, baseadas em premissas filosóficas. O direito processual, pois, se apropria dos precedentes para lhe dar um

⁴⁵MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 118.

⁴⁶TARANTO, Caio Marcio Gutterres. Precedente Judicial: Autoridade e Aplicação na jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 7-8.

⁴⁷STRECK, Lênio, Decisão do TJ-CE comprova que não existe cultura de precedentes. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-dez-19/lenio-streck-decisao-comprova-nao-cultura-precedentes>. Acesso em 2 de junho de 2023.

disciplinamento dogmático e específico, mas só cogitações mais detidas exporão seus contornos básicos.⁴⁸

Nesse sentido, corroboramos o entendimento que é equivocado se valer de diretrizes teóricas legislativas para compreender os precedentes, isto é, interpretar os precedentes como se fossem lei a fim de depreender seu sentido; isso não soluciona os problemas enfrentados hodiernamente. Nesse sentido, não se pode mais crer em uma cisão das questões de fato e de direito.⁴⁹ A norma jurídica não pode ser dissociada do contexto do precedente para incidir de forma isolada. Sua aplicação requer um raciocínio amplo, que envolve a consideração de diversos elementos relevantes. Embora as normas legislativas sejam de extrema importância na prática do direito, a interpretação e aplicação corretas dessas normas muitas vezes exigem uma análise mais abrangente. Nesse sentido, o precedente judicial desempenha um papel fundamental. Ao examinar um precedente, é necessário considerar não apenas a norma específica em questão, mas também o raciocínio jurídico empregado pelos juízes para chegar àquela determinada decisão. Destarte, ao lidar com um precedente, é imprescindível compreender que a norma em questão não pode ser considerada isoladamente. Ela deve ser interpretada em conjunto com o raciocínio e os elementos que fundamentam o precedente, a fim de assegurar uma aplicação justa e adequada do direito ao caso em análise.

Malgrado a generalização automática tenha se tornado comum no Brasil, influenciada pelo positivismo exegético, é importante reconhecer suas limitações. Essa abordagem tende a simplificar a realidade, tratando todos os casos de forma igual, com base em padrões observados em uma amostra limitada. Ainda, ela pode negligenciar as diferenças individuais, a diversidade e a complexidade de cada caso. Para evitar conclusões injustas ou imprecisas, é fundamental adotar uma análise mais contextualizada, levando em consideração as particularidades de cada situação. Com efeito, salientamos um exemplo de um julgado que promoveu uma compreensão mais precisa e uma tomada de decisão mais equitativa, rompendo posições positivistas formais.

Verbia gratia, refere-se ao HC⁵⁰ contra decisão fundamentada pelo já revogado art. 223 do Código Penal. O caso descreve um indivíduo que teria exibido as nádegas e simulado masturbação em vista das reações calcadas de críticas pelo público ao término de uma peça teatral. Depois de um longo debate, no qual foi analisado as peculiaridades do caso e todo o

⁴⁸LOPES FILHO. Juraci Mourão. Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo, 3ª ed. rev. e atual Salvador: Juspodium, 2020, p. 177-178.

⁴⁹Idem, p. 438.

⁵⁰HC 83996, Relator: Min. Carlos Velloso p/ Acórdão: Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 17/08/2004.

contexto fático, conclui-se que simular masturbação e mostrar as nádegas no palco estava acobertado pela liberdade de expressão.

O referido caso foi escolhido para fazer a composição da obra porque ele é muito elucidativo e refuta o silogismo formalista. Se posteriormente o caso fosse usado como precedente numa espécie de silogismo dedutivo que ocorre hodiernamente teríamos a seguinte proposição, através do respectivo verbete: “simular masturbação e mostrar as nádegas no palco é acobertado pela liberdade de expressão e pensamento”⁵¹. Todavia, o caso teve todo um aspecto hermenêutico desenvolvido, fático e demasiado peculiar, pois tratava-se de uma peça restrita para adultos, com um conteúdo sexual cediço.

Percebe-se que o caso é paradigmático para essa obra, pois corrobora o entendimento que a *ratio decidendi* do julgado não pode ser despreendida dos fatos da causa e muito menos ser aplicado por mera subsunção a partir de uma enunciação contida no julgado. Os julgamentos envolvem uma série de elementos complexos, incluindo a apresentação de evidências, argumentação oral, análise jurídica, interpretação de leis e regulamentos, e consideração de precedentes legais, entre outros. Uma mera frase escrita não é capaz de resumir toda a operação realizada no julgamento⁵²

3.4. TRATAR A SEGURANÇA JURÍDICA COMO MERA PREVISIBILIDADE

A busca do precedente como mera previsibilidade remete as posições exegéticas mencionadas no primeiro capítulo. Dessa forma, tende-se ainda nos termos atuais a equiparar os as leis do Estado Legislativo francês, sendo que o próprio positivismo normativista já se encarregou de mostrar a sua inviabilidade

Mencionamos que a questão da previsibilidade é um problema das leis e dos precedentes. O entendimento que a lei não é capaz de prever todos os casos já foi recebido na composição cognitiva dos juristas, porém, na perspectiva do sistema de precedentes não se remete da mesma forma. A não absorção dessa conjectura tem fundamentação óbvia: trata-se de um assunto novo no Brasil, como salientado na introdução dessa obra, no CPC/73 a palavra precedente aparecia uma única vez no código. Países já habituados ao seu uso não mais se iludem com a interpretação que uma decisão judicial pode resolver todos os

⁵¹Idem.

⁵²LOPES FILHO. Juraci Mourão. Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo, 3º ed. rev. e atual Salvador: Juspodium, 2020, p. 269.

problemas do futuro.⁵³ Para compreendermos o precedente é necessário ter uma visão a partir de uma estrutura aberta e não a partir de uma estrutura hierarquizada, isto é, propõem uma espécie de lacunas planejadas para a aderência do caso *posteriori*. René David, em obra com título “Os grandes sistemas do direito contemporâneo” sistematiza muito bem onde queremos chegar, *in verbis*:

Num sistema jurisprudencial, como é o direito inglês, a situação deixa de subsistir, de forma intencional, muitas lacunas; e razão francamente reconhecida como uma fonte subsidiária do direito, chamada a preencher estas lacunas. A técnica de interpretação substitui uma técnica de distinções, visando estabelecer regras novas, cada vez mais precisas, em vez de aplicar uma preexistente. Os sistemas de direito de família romano-germânica são sistemas fechados, o *common law*, é um sistema aberto, em que novas regras são continuamente elaboradas, estas novas regras baseiam-se na razão.⁵⁴

Percebe-se que em sistemas onde predomina os precedentes o aspecto material sobressai ao formal, como já abordado em capítulo específico nessa obra. Todavia, não é o que acontece no ordenamento jurídico brasileiro. Tomando ainda a ideia de previsibilidade, insistimos que essa é dada por uma estrutura hierarquizada – os tribunais superiores remetem que o precedente deve ser seguido, não importando o aspecto da fundamentação – e não uma característica ínsita dos precedentes.

Remetendo ainda as conjecturas de Rene David sobre uma estrutura aberta e intencionalmente lacunosa, salientamos que essa visão entende o caso pretérito não como algo rígido e inquebrável, não se trata de uma norma legislativa que detém apenas aquele significado determinado, pois o precedente deve ser interpretado; em sua flexibilidade é possível um aplicador retirar-lhe apenas o que convém.

Por isso é necessária uma perspectiva que se afaste do positivismo normativo e exegético. Nesse sentido, Juraci Mourão proporem uma visão hermenêutica filosófica, que remete o precedente a um antagonismo com conjecturas que o aplicam a norma legislativas, o autor aborda:

Tentar alcançar a previsibilidade exegética mediante uma ingênua crença na vinculação é um grande equívoco. Essa é a razão para se criarem instrumentos acessórios de constrangimento da atividade do juiz, tais como a ideologia de subordinação hierárquica, difundindo a ideia de que as decisões de primeiro e segundo grau “não importam”, bem como os mecanismos de punição administrativa

⁵³STRECK, Lênio. Porque commonlistas brasileiros querem proibir juízes de interpretar? Conjur. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-set-22/senso-incomum-commonlistas-brasileiros-proibir-juizes-interpretar>. Acesso em 2 de junho de 2023.

⁵⁴RENÉ, David. Os grandes sistemas do direito contemporâneo tradução Hermínio A. Carvalho, Imprensa: São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 57.

para os recalcitrantes; tudo a revelar não a força do precedente, mas sua fraqueza e debilidade nesse tocante.⁵⁵

Pois bem, um precedente, quando considerado simplesmente como um padrão normativo abstratizado, não possui características que assegurem uma previsão absoluta de resultados. Embora os precedentes sejam importantes para a tomada de decisões judiciais e busquem promover a consistência e a estabilidade no sistema jurídico, sua aplicação em casos futuros está sujeita à interpretação e aplicação dos princípios legais pelos juízes responsáveis por cada caso individual. A abstratização dos precedentes permite extrair os princípios gerais contidos neles, mas isso não garante uma correspondência exata e automática entre os fatos de um caso e a decisão tomada em um precedente anterior. Cada caso possui suas próprias peculiaridades e o contexto pode variar, o que pode levar os tribunais a distinguirem um caso atual de um precedente existente se houver diferenças suficientes nas questões legais, nos fatos ou nas circunstâncias relevantes. Portanto, embora os precedentes sejam relevantes para a prática jurídica, é importante reconhecer que eles não garantem uma previsão absoluta de resultados e que cada caso deve ser avaliado individualmente.

Com efeito, consideramos a estabilidade em outra perspectiva, baseadas nos ideais de Lênio Streck: a de observar toda uma linha decisória na hora de decidir. Não se considera previsibilidade a partir de uma reprodução mecânica do precedente, saímos da ideia do juiz “boca de lei” faz tempo – apesar de alguns autores ainda manifestarem sua prevalência subjacente com discursos calcados em um novo constitucionalismo-. Portanto o precedente impede que o novo trabalho hermenêutico seja desenvolvido de um grau zero de conhecimento.⁵⁶

Sob essa abordagem, abandona-se o positivismo normativista, que considera as normas jurídicas como a única fonte de validade do direito, e não se reedita a ilusão exegética, que busca encontrar o sentido único e objetivo das leis por meio da interpretação literal. Em vez disso, a questão é levada ao campo hermenêutico, que envolve a interpretação das normas dentro de um contexto mais amplo. Nessa perspectiva, a estabilidade do direito não é atribuída apenas a uma norma judiciária, mas sim à tradição jurídica incorporada na argumentação de diversos julgamentos ao longo do tempo. Através dessa tradição, o jogo hermenêutico aplicado a um novo caso leva em consideração o passado e, sempre que possível, permite a repetição de decisões judiciais anteriores semelhantes. A segurança

⁵⁵LOPES FILHO. Juraci Mourão. Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo, 3º ed. rev. e atual Salvador: Juspodium, 2020, p. 135.

⁵⁶Idem, p. 138.

jurídica, nesse sentido, deve ser traduzida em termos de integridade e coerência em sentido amplo. Isso significa que a decisão em um caso específico não pode ser tomada de forma isolada, mas deve levar em conta os precedentes estabelecidos e a tradição jurídica existente.

Juraci Mourão, seguindo as conjecturas de Michael Gerhardt demanda a segurança jurídica a partir de uma série de fatores, vejamos:

a) permanência, existente quando um julgamento se torna referência sobre determinada questão, sobretudo constitucional, sendo reiteradamente utilizado; b) sequencialismo, entendido como uma sucessão de julgamentos e sua ordenação em determinado sentido evolutivo, autorizando que muitos avanços jurisdicionais sejam possíveis em razão de evoluções pretéritas que criam espaço para o passo seguinte; c) coerência, ou seja, adequação lógica da linha de precedentes; d) compulsoriedade, necessidade de tomar os pronunciamentos pretéritos, mesmo do próprio tribunal, como dado relevante e necessário a ser observado, forçando, em algumas ocasiões, que juízes tomem decisões que não sejam preferências pessoais e; e) previsibilidade, considerada a possibilidade de, efetivamente ser possível antecipar um julgamento.⁵⁷

Nesse sentido, percebe-se que a previsibilidade, quando analisada de forma mais aprofundada, é apenas um dos elementos de um conjunto mais complexo que permite trabalhar com precedentes no âmbito jurídico. Como componente desse conjunto, ela pode variar em grau, sem comprometer a segurança jurídica, desde que contrabalanceada por outros elementos. É correto afirmar que a previsibilidade diz respeito à capacidade de antecipar ou prever os resultados de um caso com base em decisões anteriores similares. Contudo, é importante ressaltar que a segurança jurídica não se baseia exclusivamente nesse aspecto. Para garantir a segurança jurídica outros elementos e princípios devem ser considerados.

A única previsibilidade que podemos esperar, que aqui é sinônimo de segurança jurídica, é que o juiz sempre considere os precedentes e argumente minuciosamente - tal qual determina o art. 489, §1º e seus incisos – a justificativa da sua decisão.

⁵⁷Idem, p. 176.

4. ENRIQUECIMENTO HERMENÉUTICO DO PRECEDENTE: ASPECTO DA FUNDAMENTAÇÃO

4.1. INTEGRIDADE E COERÊNCIA

Convém mencionar que originalmente a redação do art. 926 do novo CPC não era essa que vige atualmente. Durante o trâmite legislativo o dispositivo previa apenas que os tribunais deveriam uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável. Nesse sentido, advém as críticas de Lênio Streck, - autor que fundamentará a conjectura desse capítulo -, o professor com inúmeras publicações em coluna popular eletrônica, a mais relevante - na minha interpretação intrínseca pessoal - “*O Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o common law*”, destacava que a antiga redação deixava evidente que se aspirava uma postura de padronização e conservação. Vejamos a observação do autor:

Poder-se-ia alegar, em favor do projeto, que este tenta resolver o problema da litigiosidade repetitiva, com o reforço do modelo de padronização decisória, que faz crer que os litígios devam ser exterminados, após o proferimento de uma decisão modelar proferida por tribunais, sem que se perceba a completa ausência de uma teoria apta para a interpretação/aplicação dessa “padronização”.

Mas, eis aí o problema: não adianta fazer um modelo de extermínio de ações repetidas sem uma teoria decisória! Não tenho nenhum receio em afirmar isso. E lanço esse desafio à comunidade jurídica.

É que, nesse ponto, o projeto comete um pecado hermenêutico. Vou tentar ir mais a fundo. Faltou, sim — e temos de ter coragem para dizer isto, com todas as letras — um *hermeneuticturn* no projeto. Nele, há uma falácia semântica ou uma crença na plenipotenciabilidade dos conceitos, como se fosse possível a uma lei — e agora, especialmente a uma Súmula ou a uma ementa jurisprudencial — prever todas as hipóteses de aplicação de forma antecipada. Ou seja, para os autores do projeto, os conceitos podem abranger todas as hipóteses de aplicação... No fundo, o projeto faz um *mix*: ao mesmo tempo que aposta na construção de conceitos com pretensão de “norma geral” (ah, o velho positivismo), aposta também no protagonismo decorrente do livre convencimento.⁵⁸

Conquanto, as críticas de Lênio Streck foram ouvidas por juristas que participavam do desenvolvimento do Código, como Fredie Didier Jr, ocasionando a edição do dever de integridade e coerência no Novo CPC.

Streck, durante suas obras (críticas ao desenvolvimento do CPC) abordava o conceito e a imprescindibilidade da reunião dos três institutos (estabilidade, integridade e coerência) ao contrário disso estaríamos reféns da “commonlização”.

⁵⁸STRECK, Lênio. Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o common law, conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>. Acesso em 27 de maio de 2023.

No que tange a estabilidade trata-se de um conceito autorreferente, que toma como parâmetro as decisões do judiciário, com prevalência dos tribunais superiores, independente do substrato da fundamentação. Dessa forma, estabilidade seria o seguimento de uma jurisprudência pacificada em consonância com compromisso de sua preservação em vista de alterações infundadas. Estabilidade nos remete a ideia do princípio da não surpresa.

É por isso que Streck ansiava pela necessidade de mais. Porquanto a estabilidade não seria suficiente para a composição do Novo CPC. Em outra obra, - nessa fundamentando as mudanças ocasionadas pela agora conhecida “emenda Streck” -, “*Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC*”, o professor aborda que a integridade e a coerência não são um mero reforço gramatical a essa noção de segurança estável. A coerência e a integridade, segundo o autor “guardam um substrato ético-político em sua concretização, isto é, são dotadas de consciência histórica e consideram a facticidade do caso.”.

Entende-se que ambos os deveres se inserem em uma perspectiva antagônica ao positivismo normativo e exegético, visto que prioriza os elementos hermenêuticos do caso, partindo da imposição principiológica da não *hiperintegração*. Pois, o que quer com esses conceitos é uma participação de todo o âmbito jurisdicional e não apenas uma valorização dos tribunais superiores. Deve-se ter integridade e coerência com os próprios julgados e toda a consolidação epistemológica já consolidada, ou seja, os deveres surgem para obstar perspectivas individuais, solipsistas e voluntaristas. O precedente sempre deve ser observado (vide o art. 927, caput.), e as arbitrariedades expurgadas do judiciário.

Corroborando ainda mais o entendimento o art. 927, §4º do CPC/15, que merece ser transcrito:

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de **fundamentação adequada e específica**, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia (grifo nosso).

O dispositivo é feliz em estabelecer a necessidade de fundamentação adequada e específica para a mudança de interpretações jurisprudências. Traz um estímulo ao principal ganho do precedente: o hermenêutico, consubstanciando como deve ser feito o *distinguish* e o *overruling*. - é necessário fortes argumentos à superação de um precedente.

Malgrado, é importante compreender que os conceitos de integridade e coerência não se confundem, para isso seguimos as ideias de Juraci Mourão, aliadas as perspectivas de Dworkin:

(...) a coerência estrita das leis e também dos precedentes é apenas a reprodução de uma linha de entendimento anterior, tem por referência apenas esse encadeamento prévio, que deve ser reproduzido. Por outro lado, a integridade é diferente, revela um compromisso, uma convergência não apenas com uma linha isoladamente considerada, mas uma harmonia com outros elementos, especialmente principiológicos, do sistema jurídico considerado em sua inteireza, e não apenas do modo revelado pelo encadeamento imediatamente anterior. (...). A integridade impede que a segurança jurídica seja mera previsibilidade de resultados aferida segundo encadeamento de decisões prévias, pois demanda uma coerência compreendida em sentido mais amplo de conexão com elementos sistêmicos gerais e amplos.⁵⁹

Apesar dos conceitos não se confundirem, ambos se entrelaçam - não vivem sem o outro-. A coerência (sentido estrito), em seguir os precedentes sem observância dos aspectos principiológico e hermenêutico, pode levar ao rompimento da integridade, no sentido de negação aos próprios princípios. A integridade impede aspirações exegéticas de um juiz com caráter meramente ilustrativo – o juiz deve interpretar.

Fredie Didier Jr, conquanto tenha seguido as orientações de Streck para incluir os deveres de integridade e coerência, sistematiza de uma forma diferente. Porém, não foge do paradigma elencado nesta obra.

Por exemplo, autor verifica, de maneira inteligível, a coerência a partir de duas dimensões, interna e externa. Vejamos o comentário de Fredie Didier Jr:

Do ponto de vista externo, os tribunais devem coerência às suas próprias decisões anteriores e à linha evolutiva do desenvolvimento da jurisprudência. A coerência é, nesse sentido, uma imposição do princípio da igualdade - casos iguais devem ser tratados igualmente, sobretudo quando o tribunal já tem um entendimento firmado. Não pode o tribunal contrariar o seu próprio entendimento, ressalvada, obviamente, a possibilidade de sua superação.⁶⁰

Ainda, Didier Jr aborda:

Além disso, a dimensão externa do dever de coerência reforça o inafastável caráter histórico do desenvolvimento judicial do Direito: o direito dos precedentes forma-se paulatinamente, em uma cadeia histórica de decisões, que vão agregando sentido e dando densidade à norma jurídica geral construída a partir de um caso concreto. A coerência impõe o dever de autorreferência, portanto: o dever de dialogar com os precedentes anteriores, até mesmo para superá-los e demonstrar o *distinguishing*. O respeito aos precedentes envolve o ato de segui-los, distingui-los ou revogá-los, jamais ignorá-los.⁶¹

⁵⁹LOPES FILHO, Juraci Mourão. Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo, 3ª ed. rev. e atual Salvador: Juspodium, 2020, p. 315.

⁶⁰DIDIER JR, Fredie, Curso de Direito Processual Civil, vol. 2. 11ªed. Salvador: Juspodium, 2016, p. 493.

⁶¹Idem. p. 494.

No que tange ao aspecto da dimensão interna, é a coerência no sentido de construção do precedente no caso através de sua fundamentação, ressalta-se aqui, que a fundamentação deve ter uma diretriz lógica, ou seja, estar de acordo com o ordenamento jurídico atual.

Quanto ao dever de integridade, remete a ideia de unidade do direito. Didier Jr expõe que o tribunal adote certas posturas ao decidir. Iremos expor as principais que se relacionam com o tema abordado, vejamos:

Enfrentar, na formação do precedente, todos os argumentos favoráveis e contrários ao acolhimento da tese jurídica discutida. Esse desdobramento do dever de integridade está expressamente consagrado no §2º do art. 984 e no §3º do art. 1.038 do CPC - também nesse sentido o enunciado 305 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "No julgamento de casos repetitivos, o tribunal deverá enfrentar todos os argumentos contrários e favoráveis à tese jurídica discutida, inclusive os suscitados pelos interessados."

Observar, na aplicação dos precedentes, as técnicas de distinção e superação, sempre que necessário para adequar o entendimento à interpretação contemporânea do ordenamento jurídico (Enunciado n. 457 do Fórum Permanente de Processualistas Civis)⁶²

Apesar de não ir ao encontro das ideias de Dworkin, sistematizadas aqui no Brasil por Lênio Streck, o fim almejado em ambas concepções é o mesmo: o dever de observar os precedentes a partir de uma hermenêutica jurídica, sem considerações solipsistas e imaginárias.

Ao longo de suas obras, Didier Jr e principalmente Lênio Streck citam casos concretos nacionais que giram em torno da presente matéria. Para viés da perspectiva do trabalho, escolhemos o exemplo citado pelo jurista gaúcho, no qual os deveres de integridade e coerência se sobressaem igualmente. Tratar-se-á da discussão em torno da Súmula 280 do STF, "por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário".

Pois bem, servidores do Poder Executivo do Rio Grande do Sul demandaram uma ação alegando que o benefício do vale refeição estava fixado em montantes inferiores ao da inflação, o que segundo os demandantes fere o art. 3º da Lei Estadual nº 10.002/93.

O Tribunal julgou por improcedente a demanda, em via de dois argumentos: a fixação do benefício é uma discricionariedade do prefeito; a concessão da vantagem poderia ferir dispositivos da LRF.

Inconformados com a decisão, os servidores ajuizaram recurso extraordinário alegando ofensa a princípios constitucionais. Porém não surtiram efeito, visto que os recursos não foram conhecidos, sob o argumento da ofensa reflexa (súmula 280 do STJ). É

⁶²Idem, p. 499.

imprescindível ressaltar algumas partes do voto do relator Ministro Carlos Ayres Britto, *in verbis*:

(...) não há dúvida de que a solução da controvérsia depende do exame de legislação infraconstitucional, providência que não tem lugar em se de recurso extraordinário. Daí a natureza meramente indireta ou reflexa da alegada violação ao Texto Magno (...) ⁶³

Exatamente nesse sentido já decidiram ambas as Turmas desta colenda Corte, ao julgarem casos semelhantes ao presente, oriundos do mesmo ente federado e relacionados à mesma matéria. ⁶⁴

Nesse contexto, percebemos que a jurisprudência do STF é estável e coerente nesse sentido, inclusive posta em Súmula.

Em contrapartida, no ano de 2008, o Ministro Marco Aurélio, relator do julgamento RE 428.991, invocou ementa de precedentes de sua autoria para corroborar o entendimento que não é necessário ofensa direta a Carta Magna para conhecer de recurso extraordinário, sob o espeque dos princípios da legalidade e do devido processo legal.

Convém mencionar que no seu voto o Ministro não fala que existe uma jurisprudência pacificada em sentido diverso o da sua interpretação. Negligencia o entendimento já pacificado fazendo apenas a citação avulsa de uma ementa de um próprio julgado, com um entendimento também avulso.

Não obstante o julgamento de relatoria do Ministro Marco Aurélio, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ainda se coadunou com o entendimento passado. Não se ignorou o precedente anterior – respeitava-se o art. 927, caput do CPC -, mas o desafiava, visto que ia contra a toda uma jurisprudência majoritária pacificada há anos. Trata-se de uma visível incoerência com todo arcabouço jurídico pré-estabelecido.

Vejamos algumas partes do voto, no julgamento da Apelação Cível nº 70030515795, relatoria do Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl, *in verbis*:

Anoto não desconhecer a recente decisão STF que, ao julgar o RE nº 428.991/RS (1ª Turma, publicação no DJE em 31.10.2018), deferiu o reajuste pretendido. No entanto, tenho ser prematura a adoção deste entendimento, posto que julgado em um unido caso isolado, da relatoria do eminente Min. Marco Aurélio. Impede destacar, todavia, que as decisões anteriores proferidas pela Primeira Turma do Pretório Excelso são em sentido diverso (*assim*, v.g., AL-AgR 471741, Min. Cezar

⁶³RE 434924, Relator: Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 12/04/2005.

⁶⁴Idem.

Peluzo, DJ 19-08-2005), coadunando-se com a compreensão desta 4ª Câmara Cível.⁶⁵

Percebe-se que a decisão representa as ideias postas nessa obra: visto que os precedentes inferiores importam. Desde que bem fundamentada a decisão, tribunais inferiores podem sim convergir dos superiores. Não há a necessidade de uma hiperintegração acrítica dos precedentes, trata-se de ideias exegéticas que ferem o dever de fundamentação impostos infra e constitucionalmente.

O dever de coerência é o fator crucial e determinante na perspectiva do caso, pois a decisão avulsa do Ministro Marco Aurélio é incoerente com todo arcabouço jurídico já construído em torno da matéria. Ademais, apesar de não explícito, houve o desrespeito ao dever de integridade, com a mera exposição de ementa para mudança de interpretação jurisprudencial já consolidada.

Como salientado anteriormente, para ter uma quebra de jurisprudência é necessária uma fundamentação adequada e específica, não apenas a colação de ementas. Nesse sentido, é muito feliz o art. 489, §1º, V do CPC, ao dispor que se considerada não fundamentada uma decisão que se limita a invocar precedente sem demonstrar a existência de distinção do caso. O Ministro Relator não se ocupou com uma fundamentação dialógica, mediante a confrontação de argumentos. Sua decisão não foi íntegra com o ordenamento jurídico.

4.2. DIÁLOGO HERMENÊUTICO

Compreendidas as ideias de integridade e coerência que são bases para a instrumentalização da presente obra. Apontamos, com o intuito de fundamentar o posicionamento ora definido, um caso que exprime muito bem a elaboração desse capítulo, trata-se do entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da legitimidade processual do contribuinte de fato em impugnar, pela via judicial a exação tributária.

Em 2001 o STJ começou a mudar o posicionamento admitindo que o contribuinte de fato demandasse pessoalmente a exação tributária, com espeque no ICMS, mais especificamente sobre a demanda de energia elétrica contratada e paga, mas não consumida. Passado algum tempo, o STJ em 2009 sumulou o entendimento acerca da legitimidade do contribuinte de fato.

⁶⁵RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70030515795. Relator: Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl. Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgado em 12/04/2005.

Impede destacar que um ano depois ao entendimento ter sido posto em súmula, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (RE 903.394) mudou o entendimento – agora o contribuinte de fato não tinha mais legitimidade.

Destacamos que o posicionamento de uma década foi basicamente ignorado, conjuntamente com toda a jurisprudência enraizada, e um quadro hermenêutico bem definido, isto é, as inúmeras fundamentações de julgados anteriores foram esquecidas (ato arbitrário), não houve um cotejo analítico entre as interpretações, que é condição *sine qua non* na atual conjuntura do constitucionalismo atual de respeito ao dever de integridade e coerência, para qualquer mudança brusca de interpretação

Freddie Didier Jr ressalta a necessidade de fundamentação detalhada quando se muda um entendimento jurisprudencial, vejamos:

A decisão que implicar *overruling* exige como pressuposto uma carga de motivação maior, que traga argumentos até então não suscitados e a justificação complementar da necessidade de superação do precedente. A manutenção dos precedentes vigentes, de forma a gerar previsibilidade e garantir a isonomia na aplicação do direito, exige um esforço argumentativo tanto à parte que litiga em face de precedente em sentido contrário, como ao órgão julgador que atue nessa revogação estando tal ônus relacionado com princípio da inércia argumentativa.⁶⁶

Percebe-se que a perspectiva do processualista não fora executada, pois ao adentrar as especificidades do julgado depreende-se que o relator configurou um erro que ora foi demasiado debatido ao longo da obra, fez a citação de diversas ementas, de sua própria autoria e entendimento, porém não analisou as peculiaridades, nem o contexto fático de nenhuma delas. Apenas as “jogou ao ar”, sem expor nenhum motivo dominante para a mudança de entendimento.

Destaca-se quem em vista do mérito do julgado, já existia um círculo hermenêutico construído há quase uma década, a não observância dessas motivações judiciais anteriores é um ato inconstitucional e viola, de igual forma, as novas disposições do Código de Processo Civil.⁶⁷

Para autores que defendem um silogismo dedutivo foi uma boa decisão, porém, em vias do constitucionalismo atual foi uma decisão nula e não fundamentada. Podemos salientar que esse posicionamento foi uma espécie de espelho da arbitrariedade cogentes dos julgadores em detrimento do princípio fundamental de motivar as decisões judiciais (art. 93, IX, CF)

⁶⁶DIDIER JR, Freddie, Curso de Direito Processual Civil, vol. 2. 11^oed. Salvador: Juspodium, 2016, p. 511.

⁶⁷RAMIRES, Maurício. Crítica à aplicação de precedente no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010, p. 48.

Nesse sentido, atribuindo as ideias de uma exigência deontológica de Dworkin, Juraci define muito bem o contexto ora apresentado:

Uma decisão que rompa com uma firme linha jurisprudencial pretérita, sem qualquer justificação pela integridade ou preparação sistêmica, não deixará de ser um voluntarismo egoísta de um julgador ou turma julgadora, fruindo, assim de pouca força.⁶⁸

As conjecturas de Juraci tornam-se muito apropriadas para obra, pois, em vista de pouca força do precedente ora comentado, conquanto o seu aspecto nulo de sua fundamentação, não demorou muito tempo para esse entendimento ser reformado, agora, mediante operação do *distinguish*, com disposições bem fundamentadas.

Esse caso, de interpretação arbitrária, sem a observação de todo um juízo ontológico não é raridade. Outros pronunciamentos remetem à interpretação individualizada ou propriamente solipsistas, como se a única opinião que importasse fosse a do magistrado superior.

Impede destacar o famoso julgado já remetido em diversos estudos – inclusive na própria FND – acerca do voto do ministro Humberto Gomes de Barros, do Superior Tribunal de Justiça, aqui o realismo jurídico dos anos 1920 reverbera, vejamos:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esse Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nós dá lições. Não somos aprendizes de ninguém.

Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade

Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja.⁶⁹

O voto impressiona com tamanho descabimento e arbitrariedade. É difícil expressar opinião com tamanha conduta que vai além do realismo jurídico. Se procede com perpetuações inimagináveis em uma atual conjuntura de um constitucionalismo evidente.

⁶⁸LOPES FILHO. Juraci Mourão. Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo, 3º ed. rev. e atual Salvador: Juspodium, 2020, p. 279.

⁶⁹AgRg em ERESP nº 279.889. Relator: Humberto Gomes de Barros, Primeira Seção, julgado em 14/08/2002.

“ninguém nos da lições”. Visualização evidente que interpretações de juizados inferiores não importam para nada, e muito menos a doutrina – com exceção de nomes conhecidos.

Mencionamos que essa interpretação não é solitária. Juraci Mourão⁷⁰ remete ao voto de Paulo Brossard em julgamento de extrema importância para o Brasil (ADI 534 sobre o plano Collor, que bloqueara os ativos financeiros da poupança), vejamos:

Por entender que se trata de uma questão que não poderá deixar de ser mencionada na história deste STF, refleti seneramente sobre o caso, como se estivesse longe dos homens e fora do tempo, como se estivesse a contemplar o mar intenso, em eterno movimento, e as montanhas coroadas de neve eternas em sua imobilidade milenar, e conclui que entre o discurso econômico, de duvidosa correção, e o discurso jurídico claramente enunciado na Constituição, não havia o que hesitar.⁷¹

Em vez de julgar o ato de bloqueio conforme a conjuntura brasileira apresentada, de instabilidade econômico, ou observar precedentes de tribunais inferiores para definir sua percepção, preferiu pensar em montanhas, neve, mar, crendo o magistrado que seria o melhor entendimento para definir o futuro do país.

Sendo assim, interpreta-se as disposições supramencionadas da seguinte forma: perpetua-se a hierarquia em detrimento da integridade e da coerência. A única que produção relevante é a dos tribunais superiores. Prefere-se opiniões arbitrária, ao invés de todo um arcabouço jurídico construído pelas instâncias inferiores, não existe um diálogo hermenêutico entre esta e aquela decisão.

4.3. DIÁLOGO COM AS FUNDAMENTAÇÕES JUDICIAIS

Não é admissível apresentar qualquer motivo para distanciar-se de uma resposta já proferida sem uma devida justificação adequada. Não se pode simplesmente alegar o livre convencimento do juiz como fundamento. Mesmo a apresentação de outro precedente em sentido contrário não é suficiente, uma vez que não expõe as razões que levaram à escolha de um em detrimento do outro. Expressões ou afirmações destituídas de significado, como a mera alegação de similitude ou equivalência substancial entre os casos, não são suficientes para embasar essa decisão.⁷²

⁷⁰LOPES FILHO. Juraci Mourão. Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo, 3º ed. rev. e atual Salvador: Juspodium, 2020, p. 86.

⁷¹ADI 534/DF. Relator: Min Paulo Brossard: Tribunal Pleno, julgado em 26/08/1992.

⁷²LOPES FILHO. Juraci Mourão. Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo, 3º ed. rev. e atual Salvador: Juspodium, 2020, p. 397.

Ao estabelecer o dever de motivar as decisões jurisdicionais, a Constituição implica que tais decisões não podem ser proferidas de forma arbitrária ou desprovida de fundamentação. Pelo contrário, trata-se de uma exigência fundamental que deve ser abordada com acuidade e atenção apropriadas.

Esse dever encontra respaldo em dispositivos constitucionais que resguardam o direito à fundamentação das decisões judiciais.

Assim, pode-se interpretar o art. 93, IX da Constituição Federal da seguinte forma: toda decisão judicial deve ser devidamente fundamentada, indicando os fatos, o direito aplicável e os fundamentos jurídicos que a justificam; a motivação das decisões é essencial para garantir a transparência, a imparcialidade e a conformidade com os princípios constitucionais do devido processo legal e do contraditório.

Essa obrigação constitucional tem como objetivo assegurar que as partes envolvidas compreendam os motivos pelos quais uma decisão foi tomada, permitindo-lhes avaliar se a aplicação da lei foi adequada e se os princípios constitucionais foram respeitados.

Ademais, a motivação das decisões judiciais também desempenha um papel crucial no contexto do sistema de justiça, uma vez que viabiliza a interposição de recursos e a revisão judicial. Uma decisão devidamente fundamentada possibilita a análise da consistência dos fundamentos utilizados e a verificação da correção da interpretação legal adotada.

Nesse sentido, Fredie Didier JR aborda sobre a importância da função extraprocessual do precedente:

Mais do que nunca, é necessário valorizar a função extraprocessual da fundamentação, percebendo que ela não serve apenas à justificação, para as partes envolvidas naquele processo específico, da solução alcançada pelo órgão jurisdicional. Num sistema em que se valorizam os precedentes judiciais, a fundamentação serve também como modelo de conduta para aqueles indivíduos que não participam, nem nunca participaram, daquele processo específico, haja vista que o precedente poderá ser por eles invocado (ou invocado em seu desfavor) para justificar e legitimar sua conduta presente (ou questioná-la).⁷³

Portanto, a exigência de motivação das decisões jurisdicionais é um imperativo constitucional, que busca garantir a transparência, a legitimidade e a confiança no sistema judicial, além de assegurar a observância dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos envolvidos nos litígios.

⁷³DIDIER JR, Fredie, Curso de Direito Processual Civil, vol. 2. 11ªed. Salvador: Juspodium, 2016, p. 484.

Dessa forma, não é factível um tribunal, sob o argumento do livre convencimento, decidir conforme sua imaginação, ou anexar ementas com opiniões individuais que nada fortalecem a hermenêutica jurídica, ignorando legítimas expectativas suscitadas tanto por julgadores por julgadores que lhes sejam superiores quanto inferiores.

A conjectura em âmbito nacional, entretanto, ao adotar o silogismo dedutivo como parâmetro para o raciocínio jurídico, mesmo que de forma dissimulada, minimizou a importância desse dever constitucional, permitindo distorções. Mais recentemente, como observado, a forma de negligenciar tal exigência consiste simplesmente em citar uma ementa de julgamento sem qualquer explicação específica, relevante ou razão para a escolha realizada. A prática de basear as decisões judiciais apenas na ementa, sem fornecer uma fundamentação adequada, compromete a clareza e a consistência do sistema jurídico. Isso pode levar a interpretações arbitrárias ou injustas, uma vez que não há uma análise aprofundada dos fatos e das normas aplicáveis a cada caso.

Vejamos a conjectura de Nelson Nery Jr acerca da fundamentação no seu aspecto conceitual, *in verbis*:

Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão. Não se consideram “substancialmente” fundamentadas as decisões que afirmam que “segundo os documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo por que julgou procedente pedido”. Essa decisão é nula porque lhe falta motivo.⁷⁴

Nesse sentido, o próprio Supremo Tribunal Federal vem ressaltando a imprescindibilidade da fundamentação, em vias do constitucionalismo atual, vejamos:

A fundamentação constitui pressuposto de legitimidade das decisões judiciais, a inobservância do dever imposto pelo art. 93, IX, da Carta Política, precisamente por traduzir grave transgressão de natureza constitucional, afeta a legitimidade jurídica da decisão e gera, de maneira irremissível, a consequente nulidade do pronunciamento judicial.⁷⁵

Seguindo o mesmo paradigma,

A exigência de motivação dos atos jurisdicionais constitui, hoje, postulado constitucional inafastável que traduz, em sua concepção básica, poderoso fator de limitação do próprio poder estatal, além de constituir instrumento essencial de

⁷⁴NERY JUNIOR, Nelson. Princípios Constitucionais do Processo Civil na Constituição Federal, p.175-176.

⁷⁵HC 80892, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 16/10/2001

respeito e proteção às liberdades públicas. Atos jurisdicionais que descumpram a obrigação constitucional de adequada motivação decisória são atos estatais nulos.⁷⁶

Sendo assim, não adiantar fundamentar de qualquer forma, para que um precedente tenha força hermenêutica para julgados posteriores é imprescindível que haja uma fundamentação substancialmente adequada.

Grande parte dos operadores do direito nacionais, quando se atribui o pensamento do precedente verificado na prática, percebe-se uma determinação por motivos semânticos.⁷⁷ Depreende-se, contudo, a pobreza desse raciocínio quando visualizamos o dever de fundamentação com diretrizes constitucionais.

⁷⁶HC 68422, Relator: Min Celso de Mello Primeira Turma, julgado em 19/02/1991.

⁷⁷LOPES FILHO. Juraci Mourão. Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo, 3º ed. rev. e atual Salvador: Juspodium, 2020, p. 468.

CONCLUSÃO

A conjuntura nacional presente não obstrui a utilização e exame dos precedentes judiciais, porém desafia a sua aplicação mediante uma redução automática e mecânica a uma regra geral e abstrata. Essa abordagem, enraizada no positivismo jurídico e formalismo, tem sido alvo de críticas por negligenciar as particularidades e circunstâncias específicas de cada caso. No âmbito do Estado de Direito Constitucional, almeja-se uma compreensão mais ampla e contextualizada dos precedentes, levando-se em conta não apenas a sua literalidade, mas também os princípios constitucionais e as garantias fundamentais envolvidas. Desse modo, é necessário interpretar e aplicar os precedentes de maneira adequada, considerando o seu propósito e os valores fundamentais presentes no ordenamento jurídico.

É fundamental ressaltar que o sistema jurídico brasileiro tem experimentado transformações e progresso contínuo, visando uma incorporação plena das demandas do Estado de Direito Constitucional. Apesar da abordagem positivista ainda continuar a existir – ou melhor, ser predominante.

A correta compreensão do precedente exige a análise da sua aplicação específica a uma situação concreta, além da consideração do texto que o fundamenta. Embora o texto do precedente seja essencial para a sua compreensão, é importante destacar que esse texto não possui status de norma em si.

Quando um precedente é estabelecido por um julgamento anterior, ele refere-se a uma situação particular, com suas próprias circunstâncias específicas. O texto do precedente descreve como a decisão foi tomada nesse caso particular, porém não pode ser interpretado de forma literal e aplicado automaticamente a todas as situações, sem levar em conta os contextos individuais.

A aplicação de um precedente em um caso posterior requer uma análise minuciosa das semelhanças e diferenças entre os dois casos. É necessário identificar os princípios jurídicos subjacentes ao precedente e, a partir disso, efetuar uma interpretação que leve em consideração as peculiaridades do caso concreto. Somente por meio dessa análise contextualizada é possível obter indícios para orientar a tomada de decisão em casos futuros.

Busca- de igual forma uma necessidade de redimensionamento das regras de controle formal de precedente, tendo em vista que os elementos formais não se ocupam do conteúdo da decisão, mas de sua forma e origem. Não é razoável disposições tais quais as da Resolução 106/2010 do Conselho Nacional de Justiça, sistemática única brasileira, no qual o aspecto

formal sobressai frente à todas disposições materiais, como por exemplo a fundamentação do precedente.

No aspecto de justificação, o precedente se impõe a partir de critérios de justiça substancial e não formal, reduzidos à mera previsibilidade e respeito hierárquico. Não é pelo simples fato de haver um entendimento superior e ou uma norma legislativa impondo a sua prevalência que irá reproduzi-lo acriticamente. O dever de fundamentação imposto pelo art. 93, IX da Constituição Federal, conjuntamente com o art. 489 do Código de Processo Civil, envolve também o dever de interpretar o precedente. Não de jogar ementas “ao vento”. É necessário aferir os vários elementos que tornam o precedente mais ou menos relevante para o caso posterior, o que, além de elementos estritamente formais, requer uma análise de sua integridade, justificação e coerência ampla com outras fontes produtoras de sentido jurídico; afinal, diferentes das interpretações de alguns juristas o direito não é aquilo que apenas os tribunais superiores dizem. Os tribunais superiores não vivem numa ilha cognitiva, estão inseridos em uma rede sistêmica ampla, no qual todos os precedentes importam, inclusive os inferiores.

Portanto, faz-se necessário uma nova perspectiva de análise dos precedentes, a partir de orientações constitucionais. De conjunturas que se faça cumprir o dever de fundamentar uma decisão de maneira adequada pormenorizada e não hiperintegrada, como acontece atualmente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADI 534/DF. Relator: Min Paulo Brossard: Tribunal Pleno, julgado em 26/08/1992.

AgRg em ERESP nº 279.889. Relator: Humberto Gomes de Barros, Primeira Seção, julgado em 14/08/2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília,DF: Senado, 1988.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil Brasileiro**. Brasília. DF: Senado, 2015.

BRUYNE, P. **Dinâmica da Pesquisa em Ciências Sociais**. Rio de Janeiro: Editora Francisco Alves, 1991.

CARDOZO, Benjamin, p. 94). CARDOZO, Benjamin. A natureza do processo judicial. Traduzido por Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fintes. 2004.

DIDIER JR, Fredie, **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 2. 11ªed. Salvador: Juspodium, 2016.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a Pesquisa Jurídica**. 5. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Almedina, 2020.

HC 96821. Relator: Min Ricardo Lewandowski: Tribunal Pleno, julgado em 08/04/2010.

HC 83996, Relator: Min. Carlos Velloso p/ Acórdão: Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 17/08/2004.

HC 80892, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 16/10/2001.

HC 68422, Relator: Min Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 19/02/1991.

Kelsen, Hans, 1881-1973. **Teoria pura do direito** / Hans Kelsen; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998. – (Ensino Superior)

LOPES FILHO. Juraci Mourão. **Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo**, 3º ed. rev. e atual Salvador: Juspodium, 2020.

MARINONI. Luiz Guilherme. **Os precedentes na dimensão da segurança jurídica**. Revista jurídica. São Paulo: Nota Dez, 2010.

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

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios Constitucionais do Processo Civil na Constituição Federal**, 5, ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 1999.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70030515795**. Relator: Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl. Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgado em 12/04/2005.

RE 227001 ED. Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 18/09/2007.

RE 434924. Relator: Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 12/04/2005.

RENÉ, David. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho, Imprensa: São Paulo, Martins Fontes, 2002.

STRECK, Lênio. **Decisão do TJ-CE comprova que não existe cultura de precedentes**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-dez-19/lenio-streck-decisao-comprova-nao-cultura-precedentes>. Acesso em 2 de junho de 2023.

STRECK, Lênio. **Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o common law.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>. Acesso em 27 de maio de 2023.

STRECK, Lênio. Precedentes: **O que é necessário para existir um precedente.** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2023-abr-20/senso-incomum-pergunta-necessario-existir-precedente>. Acesso em 8 de junho de 2023.

STRECK, Lênio. **Porquecommonlistas brasileiros querem proibir juízes de interpretar?** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-set-22/senso-incomum-commonlistas-brasileiros-proibir-juizes-interpretar>. Acesso em 2 de junho de 2023.

STRECK, Lênio. **Verdade e Consenso.** 6^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TARANTO, Caio Marcio Gutterres. **Precedente Judicial: Autoridade e Aplicação na jurisdição constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.