

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

**OS PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES NO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL: UMA ANÁLISE CRÍTICA**

ANTONIO PINTO DE SOUZA JUNIOR

Rio de Janeiro

2017

ANTONIO PINTO DE SOUZA JUNIOR

OS PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL: UMA ANÁLISE CRÍTICA

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Márcia Cristina Xavier Souza.

Rio de Janeiro,

2017

ANTONIO PINTO DE SOUZA JUNIOR

OS PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL: UMA ANÁLISE CRÍTICA

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dra. Márcia Cristina Xavier Souza.

Data da Aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2012

RESUMO

O presente trabalho possui por escopo a análise dos precedentes judiciais vinculantes insculpidos no Novo Código de Processo Civil. Para tanto, busca-se analisar, historicamente, as duas grandes famílias de Direito existentes no mundo atual, a *Common Law* e a *Civil Law*, as suas principais diferenças, similitudes e o atual processo de aproximação entre as mesmas. Após, analisa-se o instituto tal qual utilizado na *stare decisis*, que serviu de modelo e inspiração para a adoção dos precedentes judiciais no Novo Código de Processo Civil. Aborda-se, ainda, a tão propalada crise no Poder Judiciário e a sua ineficiência em lidar com as novas demandas criadas pelo constitucionalismo, carecendo de segurança jurídica e celeridade no julgamento das demandas, a ser enfrentada pelo instituto em análise, alardeado como a solução para os males apresentados. Por fim, traçando um paralelo das diferenças substanciais existentes entre os precedentes judiciais advindos do Novo Código de Processo Civil e aquele oriundo da *Common Law*, analisa-se a efetividade deste instituto para os fins propostos, bem como eventuais vantagens e retrocessos para o Processo Civil pátrio, sem perder de vista a influência econômica e política na aprovação do Novo Código de Processo Civil e na escolha do precedente judicial tal como aqui estampado.

Palavras-Chave: Precedente judicial; Celeridade Processual; Novo Código de Processo Civil; Segurança Jurídica; Direito Processual.

ABSTRACT

The present work has as scope the analysis of the binding judicial precedents inscribed in the New Code of Civil Procedure. In order to do so, it seeks to analyze, historically, the two great families of Law existing in the current world, Common Law and Civil Law, their main differences, similarities and the current process of approximation between them. Afterwards, the institute is analyzed as it was used in the stare decisis, which served as a model and inspiration for the adoption of judicial precedents in the New Code of Civil Procedure. Also discussed is the so-called crisis in the Judiciary and its inefficiency in dealing with the new demands created by constitutionalism, lacking legal certainty and speed in the judgment of the demands, to be faced by the institute in analysis, touted as the solution for the evils presented. Finally, drawing a parallel of the substantial differences between the judicial precedents arising from the New Code of Civil Procedure and that from the Common Law, the effectiveness of this institute is analyzed for the purposes proposed, as well as possible advantages and setbacks to the Civil Procedure without losing sight of the economic and political influence in the approval of the New Code of Civil Procedure and in the choice of judicial precedent as set forth herein.

Keywords: Judicial precedents; speed procedure; New Code of Civil Procedure; legal security; Procedural Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1- CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE AS FAMÍLIAS DO DIREITO DA <i>CIVIL LAW</i> E DA <i>COMMON LAW</i>.....	10
1.1- Elementos históricos da <i>Civil Law</i>	11
1.2- Elementos históricos da <i>Common Law</i>	14
1.3- Aproximação entre as famílias.....	19
1.3.1- O atual processo de “descodificação” na tradição da <i>Civil Law</i>	20
1.3.2- O aumento do processo legislativo na tradição da <i>Common Law</i>	22
2- OS PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES E A DOUTRINA DA <i>STARE DECISIS</i> NA <i>COMMON LAW</i>.....	24
2.1- Precedente Judicial: Definição.....	25
2.2- Aplicação: <i>Ratio Decidendi</i> e <i>Obter Iudicium</i>	27
2.3- Superação do Precedente.....	31
2.3.1- <i>Distinguishing</i>	31
2.3.2- <i>Overruling</i>	33
2.3.3- Técnicas: <i>technique of signaling, transformation e overriding</i>	36
3- OS PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	39
3.1- A crise no modelo brasileiro de justiça e o desenvolvimento do Direito jurisprudencial no Brasil.....	39
3.2- Precedentes Judiciais no Novo Código de Processo Civil.....	46
3.3- Precedente Judicial, jurisprudência e súmula.....	50
3.4- A <i>ratio decidendi</i> dos precedentes judiciais no Novo Código de Processo Civil.....	55
4- ANÁLISE CRÍTICA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	62
4.1- Os precedentes judiciais inculpidos no Novo Código de Processo Civil como instrumento garantidor da segurança jurídica.....	62
4.1.1- O Novo CPC e o renascimento da escola da exegese.....	67

4.1.2- O dever de coerência e integridade insculpido no art.926 como resposta para a segurança jurídica.....	73
4.2- A <i>stare decisis</i> e o julgamento de demandas repetitivas.....	78
4.2.1- O <i>Musterverfahren</i> alemão como mecanismo de tutela plurindividual.....	83
4.3- A opção do legislador diante da crise do Poder Judiciário e sua atuação no cenário econômico globalizado.....	86
CONCLUSÃO.....	95
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	98

INTRODUÇÃO

O objetivo de estudo da presente monografia é o sistema de precedentes judiciais brasileiro, sua positivação, sistemática e como vem ocorrendo seu fortalecimento e estruturação no ordenamento jurídico pátrio, em especial com a promulgação da Lei número 13.105 de 16 de março de 2015, o Novo Código de Processo Civil.

O sistema de precedentes judiciais, ou *stare decisis*, como é conhecido no direito anglo-americano, é um instituto de origem da família jurídica da *Common Law*, de matriz anglo-saxônica, que consiste, basicamente, em um princípio legal pelo qual os juízes estão obrigados a respeitar os precedentes estabelecidos em decisões anteriores.

É cediço que o Brasil possui sua tradição jurídica de origem na *Civil Law*, de matriz romano-germânica, diante de sua herança portuguesa, aonde a lei representa a principal fonte do Direito.

Em regra, portanto, o sistema da *stare decisis* seria estranho aos países de tradição jurídica romano-germânica, uma vez que a atuação dos juízes nestes países restaria circunscrita à observação da lei e não de decisões judiciais pretéritas.

Na *Civil Law*, atuação do juiz se limita à interpretação de formulas legislativas, baseando seus julgamentos em abstrações legais decorrentes de um raciocínio dedutivo. Diferente dos países da *Common Law*, em que a técnica jurídica se inicia com um estudo pragmático, ou seja, parte do caso em concreto para dirimir as lides presentes e futuras.

Contudo, a aproximação das duas principais famílias não é nenhuma novidade no cenário internacional, com a formulação de códigos antes inexistentes em países de tradição da *Common Law* e a “jurisprudencialização” dos modelos de origem da *Civil Law*.

No Brasil, por seu turno, é evidente o crescente protagonismo da jurisprudência no ordenamento jurídico, com a adoção gradativa dos precedentes judiciais vinculantes na atividade judiciária. Isto porque a estrutura clássica do Poder Judiciário pátrio parece não conseguir lidar com as novas demandas advindas do constitucionalismo e da globalização.

Intrinsecamente subordinado ao modelo português, o sistema brasileiro de justiça, inspirado em instituições inquisitoriais com raízes culturais da Contra-Reforma, desde seus primórdios no Brasil colonial, sempre foi organizado como um burocrático sistema de procedimentos inscritos.

Tal modelo pressupunha uma sociedade brasileira estável, com níveis equitativos de distribuição de renda e um sistema legal integrado por normas padronizadoras e semelhantes. Assim, os conflitos trazidos à apreciação jurídica seriam, basicamente, interindividuais e surgiriam a partir de interesses das partes, que estariam sob perspectivas diametralmente opostas.

Neste ínterim, a função da atividade judiciária se resumiria à solução dos conflitos de direitos invocados pelas partes, resultando em um julgamento que restaria circunscrito apenas àquela hipótese em concreto trazida à apreciação judicial. O processo, portanto, seria em grande parte controlado pelas partes, a quem caberia a responsabilidade de definir as principais questões submetidas a juízo.

Contudo, o Judiciário vem sofrendo séria crise na atualidade, em razão da sua postulação inicial não se enquadrar na realidade sócio- econômica contemporânea, sendo notória a sua falta de eficiência para lidar com a multiplicidade de causas que são diariamente propostas nos tribunais.

No Brasil, após a reabertura democrática, principalmente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve uma vertiginosa acentuação da conflituosidade antes sufocada pelo regime anterior, principalmente diante da estrutura de direitos e garantias contemplados pela Carta Constitucional.

A Constituição de 1988 redefiniu profundamente o papel do Judiciário no que diz respeito à sua posição e à sua identidade, ampliando sua margem de atuação com a extensa constitucionalização de direitos e liberdades individuais e coletivos, em uma medida que não guarda proporção com textos legais anteriores. Dessa forma, a Constituição de 1988 pode ser vista como um ponto de inflexão, representando uma mudança substancial no perfil do Poder Judiciário, alcançando-o para o centro da vida pública e conferindo-lhe um papel de protagonista.

Ao que tudo indica, o modelo brasileiro adotado carece de meios para satisfazer a cada vez maior demanda social por uma resposta judiciária, demonstrando-se ineficiente à

consecução de processos a uma solução definitiva e coerente com outras ações idênticas, dentro de prazo de tempo razoáveis.

A morosidade do Judiciário e a ineficiência deste em garantir os direitos prometidos pela Constituição de 1988 passou a gerar uma falta de confiança nas instituições por parte da população, que a interpreta como uma desconsideração de seus interesses.

Neste contexto, o Brasil vem apostando em sucessivas reformas legislativas que visam à concessão cada vez mais de poder vinculante às decisões proferidas pelos Tribunais Superiores, mecanismos alardeados como a grande solução para os desafios enfrentados pelo Judiciário brasileiro, trazendo maior celeridade processual, principalmente no que tange a demandas repetitivas, e segurança jurídica, diminuindo a possibilidade de entendimentos conflitantes, harmonizando o sistema de justiça brasileiro.

Este ideário do legislador tem sido apontado como indicador de uma aproximação de nossa tradição jurídica com à *Common Law*. Ocorre que a adoção dos precedentes judiciais no Brasil tem ocorrido de forma bastante peculiar se comparada àquela família, havendo uma equivocada correlação entre a *stare decisis* e o trato de demandas repetitivas ou de massa, que lotam as prateleiras dos tribunais nacionais.

Esta percepção equivocada da *stare decisis* tem contribuído para uma interpretação errônea desta teoria e a defesa de uma verticalização do Direito que poderá causar sérios prejuízos de ordem qualitativa ao ordenamento jurídico pátrio, além de apresentar retrocessos à Teoria do Direito.

Assim, busca-se com o presente estudo demonstrar as diferenças cruciais existentes entre o raciocínio jurídico da *Common Law* e da *Civil Law*, o que nos leva a uma incorreta incorporação dos institutos daquela família, formulando, após, propostas para um uso mais adequado e democrático dos precedentes judiciais.

1 CONSIDERAÇÕES ELEMENTARES SOBRE OS SISTEMAS JURÍDICOS DA COMMON LAW E DA CIVIL LAW.

Para que se possam ser estudados os impactos da incorporação da teoria dos precedentes judiciais no Direito pátrio, é imprescindível que, primordialmente, se faça uma análise, mesmo que perfunctória, das duas principais famílias jurídicas existentes, a fim de verificar os elementos históricos e culturais que levaram à criação e posterior aproximação de ambas, bem como as consequências da incorporação de institutos existentes em uma por outra.

O Direito é resultado cultural e histórico da sociedade que regula. Desta feita, cada Estado constitui seu próprio sistema de normas, condizente com a sua realidade histórica e cultural. Contudo, a fim de viabilizar uma compreensão didática acerca das suas características, semelhanças e diferenças, tais sistemas são agrupados, levando em consideração determinados critérios que indiquem similitudes e diferenças entre eles.

A forma mais clássica de distinguir os ordenamentos jurídicos de países distintos é em famílias. Esta distinção tem origem nos estudos do professor René David, sobre a qual explica que “ não há concordância sobre o modo de efetuar este agrupamento, e sobre quais as famílias de direitos se deve, por conseguinte, conhecer” (DAVID, 1978, p.22). Assim, para David, o agrupamento dos direitos em famílias é o meio próprio, reduzindo-os a um número restrito de tipos, para facilitar sua compreensão e apresentação.

Alude o professor às famílias da *Civil Law*, de origem romano-germânica, que agrupa os países nos quais a ciência do Direito se formou com base no Direito romano, como, por exemplo, os países da Europa continental; da *Common Law*, de origem anglo-saxã, que comporta o Direito da Inglaterra e dos países por ela influenciados, como os Estados Unidos da América; e a dos direitos socialistas¹. Importante frisar que, como o próprio autor ressalta, essas famílias não refletem toda a realidade do mundo contemporâneo, mas servem para apresentar um quadro com as principais regras, características e significados. (DAVID, 1978, p.22-28).

¹ Ressalta-se que, à época dos estudos do professor, existia um bloco de países socialistas, encabeçado pela extinta União Soviética, atual Rússia. Com a queda do muro de Berlim em 1989 e o desmantelamento da URSS, em 1991, não há mais sentido em falar-se de tal “família”.

As duas famílias que serão objeto de análise neste capítulo são aquelas que melhor se amoldam ao objeto de estudo deste trabalho: A *Common Law* e a *Civil Law*. Isto porque o Brasil, a princípio, possui seu Direito baseado na *Civil Law*, diante da sua herança portuguesa, e os precedentes judiciais possuem sua origem na *Common Law*. Portanto, torna-se imprescindível a análise das diferenças, pelo menos na origem, de cada uma destas famílias para o estudo em questão.

1.1 Elementos históricos da *Civil Law*

A família da *Civil Law* agrupa os países que tiveram a ciência do direito concebida sobre a base do direito romano, tendo seu berço na Europa continental. Esta família se caracteriza pela criação de regras de Direito como regras de conduta, ligadas a preocupações morais e de justiça, além de elaborarem seus direitos visando a regulação das relações entre os cidadãos. (DAVID, 1978, p.23).

As principais características que definem a *Civil Law*, ao revés do que se observa na *Common Law*, é que a principal fonte de seu Direito é a lei, bem como que os precedentes judiciais, em regra, só possuem força argumentativa, não havendo força normativa nas decisões emanadas pelo Poder Judiciário.

A tradição jurídica romano-germânica tem suas origens no século XII e XIII, no período do Renascimento da Europa Ocidental, momento no qual o direito romano é resgatado e volta a assumir o protagonismo, em detrimento dos costumes germânicos, até então dominantes. Diante do avanço econômico da época, as cidades e os comércios ganharam nova organização com uma complexidade social na qual os costumes já não davam conta, o que demandou a necessidade da “construção de um Direito que, sem trair os fatos, estivesse por cima dos fatos e ordenasse em esquemas universais”, acarretando, portanto, no “redescobrimento do Direito romano justiniano”. (GILISSEN, 1995, p.128)

Este renascimento do direito romano situa-se num movimento geral de renascimento intelectual no fim do século XII na Itália: renascimento do pensamento filosófico, renascimento da literatura latina. Além disso, o desenvolvimento comercial das cidades do norte da Itália pode também ter contribuído para aumentar o interesse pelo estudo dum sistema jurídico muito mais desenvolvido e aperfeiçoado que os das leis e costumes lombardos (GLISSEN, 1995, p.341).

A partir do ideal renascentista, as universidades ganharam destaque no estudo do Direito e foi a Universidade de Bolonha, situada ao norte da Itália, que, nas últimas décadas

do século XI, começou o estudo crítico do *Digesto*, conhecido por *littera Bononiensis*, que se transformou no texto escolar básico do *ius civile* europeu. (WIEACKER, 1980, p. 38- 39). A base do direito nestas universidades era o direito romano, no entanto, profundamente deformado pela influência das concepções de direito canônico², deixando em segundo plano os direitos próprios de cada nação, uma vez que, até o século XX, marcado pelas codificações nacionais, o direito romano era o ensino básico. (DAVD, 1978, p.43-44)

Neste contexto, o direito europeu era marcado pelo universalismo e pelo pluralismo jurídico, em que, de um lado, existia o direito feudal, consubstanciado na multiplicidade dos direitos territoriais fragmentados, o *jus proprium*, e, de outro, geralmente subordinante a este, o direito romano, consagrado no *corpus iuris civilis*, que seria um direito “comum” a todos, a base, o *jus commune*. (BOBBIO, 2006, p.31-32)

Tal concepção perdura até o século XVII, quando surge na Europa a escola de Direito Natural³, que domina o pensamento jurídico até o século XVIII, período de forte ruptura na história intelectual do homem. A nova ordem científica é ampliada e aprofundada, caracterizando-se fundamentalmente pela excessiva confiança no poder da razão, invadindo tanto os domínios da teoria como o da prática. O pensamento sistemático passou a predominar em todos os ramos da ciência, da filosofia, da astronomia e até da música. O direito, assim, adquire um status especial, com dignidade epistemológica. (WAMBIER, 2009, p.3)

A racionalização do sistema jurídico veio de encontro ao pluralismo jurídico até então vigente, que passou a ser visto de forma negativa, como um regime atrasado e de difícil aplicação. A resposta foi a codificação do Direito, o processo de reformulação deste em um corpo único, que seja “ a unívoca expressão da vontade do soberano e exclusiva lei nacional para seus súditos”. (CAVANNA, 2005, p.39-40. Tradução livre.)

A codificação, portanto, foi a técnica utilizada pelo direito natural para consecução de seus objetivos, expondo, de modo metódico, distante do caos das compilações de Justiniano, o direito que convém à sociedade moderna, e que, portanto, deve ser aplicado. (DAVID, 1978, p.52)

² Neste sentido, leciona Guido Soares (2000, p.27) que as universidades medievais vicejavam à sombra dos mosteiros e conventos, portanto, bem próximo dos cultuadores do Direito Canônico, na época, escrito e extremamente bem elaborado.

³ Sobre a Escola de Direito Natural, Norberto Bobbio (2006, p.607) leciona que: “o Iluminismo se prende à escola do direito natural e acredita poder construir um corpo de normas jurídicas universais e imutáveis, que, no

O Código é, quer do ponto de vista do conteúdo, quer do ponto de vista estilístico, a expressão de uma cultura evoluída, e isto não apenas segundo o padrão dos critérios da época. Nesse ponto quase único na história da legislação europeia, ele apresenta um plano global de construção do Estado a partir de fundamentos de base da sociedade. (WIEACKER, 1980, p.378)

O processo de codificação, aliado aos acontecimentos na França no século XIX, intimamente relacionados aos abusos excessivos de privilégios dos nobres, do clero e também dos magistrados, que resultaram na Revolução Francesa, foram os grandes marcos históricos responsáveis pela consolidação da base filosófica e jurídica de raciocínio dos sistemas de *civil law*.

Ao passo que o direito romano serviu às monarquias absolutistas da Europa continental, o direito natural foi a arma encontrada pela burguesia insatisfeita, inflamada pelos ideais iluministas e pelo lema “ *liberté, égalité, fraternité*”, para o fim da falta de acesso político e da concentração de poderes do antigo regime. Possível, assim, observar que os direitos baseados na condição humana e no poder da razão serviram amplamente aos propósitos da Revolução Francesa.

O direito natural fora a arma da burguesia do século XVIII contra o absolutismo e seus aliados, os apóstolos eruditos do Direito romano. Mas, na época dos grandes códigos napoleônicos, a burguesia, tendo sobrevivido à tempestade do terror de 1792-94, obteve o que queria: liberdade de comércio, igualdade, o confisco das terras da Igreja e sua entrada no mercado, e o domínio do legislador. Assim, a grande “ paz burguesa” do século XIX foi estabelecida. (CAENAGEM, 2010, p.64)

Ao revés do processo verificado na Inglaterra, a magistratura francesa estava intrinsicamente ligada à monarquia, sendo a função de juiz primordialmente hereditária, característica determinante para que os juízes franceses, na tentativa de manter sua posição privilegiada, optassem por permanecerem ao lado da monarquia ao invés da revolução. (MARINONI, 2010, p.52).

Os juízes anteriores à Revolução Francesa eram tão comprometidos com o poder feudal que se recusavam a admitir qualquer inovação introduzida pelo legislador que pudesse prejudicar o regime. Os cargos de juízes não apenas eram hereditários, como também podiam ser comprados e vendidos, e daí a explicação natural para o vínculo dos tribunais judiciários com ideias conservadoras e próprias do poder instituído, e para consequente repulsa devotada aos magistrados pelas classes populares. (MARINONI, 2010, P.26)

Após a Revolução Francesa, assim, ganha forças a teoria de Montesquieu para evitar a concentração de poderes nas mãos de uma só pessoa, que foi combinada com a visão de

momento, constituem o critério de juízo da legislação vigente, mas que num Estado iluminado se tornam, ao mesmo tempo, causa eficiente e final da própria legislação. ”

Rousseau, para afirmar que a lei escrita deveria ser a expressão da vontade da nação francesa (WAMBIER, 2010, p.55).

Havia uma crença profunda de que a vontade do povo estaria refletida na lei e, conseqüentemente, esta deveria ser respeitada literalmente. Apenas a literalidade da lei poderia garantir que a vontade do povo estaria sendo cumprida, de tal modo que, dos juízes, fora afastada a prerrogativa de criação do Direito, esta destinada a atuação legislativa, passando o julgador a exercer a função de “boca da lei”⁴, pois estava limitado a afirmar o que já foi dito pelo legislativo, sem qualquer possibilidade de interpretação ou criação. O julgamento, portanto, não poderia ser mais que o texto exato da lei. (MARINONI, 2010, p.54)

Fruto de uma profunda desconfiança nutrida pela burguesia em relação aos juízes, nasce, assim, a chamada escola da exegese, que cingiu o ensino jurídico a uma explicação exata e literal dos textos legais. A atividade jurisdicional, assim, restou reduzida a um ato de conhecimento de um texto normativo que teria um sentido unívoco a ser descoberto, uma operação verdadeiramente silogística e subjuntiva da questão de fato à questão de direito, sem qualquer processo criativo, senão a descobrir e declarar o direito criado pelo Parlamento. (ZANETI JR; PEREIRA, 2016, p.371)

Assim, a *Civil Law* forjou um sistema baseado no ápice da supremacia da lei, que deveria conferir alto grau de certeza e abarcar todas as hipóteses possíveis, com um total afastamento dos juízes da criação da juridicidade, ao revés da experiência vivenciada na *Common Law* que, por sua vez, construiu um sistema jurídico em que o juiz não é aliado da criação do direito, o que será decisivo para a diferenciação clássica das duas famílias a partir da dicotomia codificação x precedentes.

1.2 Elementos históricos da *Common Law*

Dá-se o nome de *common law*, por seu turno, ao sistema jurídico que foi elaborado na Inglaterra a partir do século XII pelas decisões das jurisdições reais e que possui como principais características o poder normativo das decisões judiciais e o protagonismo de regras não escritas, que foram criadas inicialmente por juízes ingleses e lapidadas ao longo do tempo,

⁴ A expressão juiz “*bouche de la loi*” foi cunhada por Montesquieu em sua obra clássica “Do espírito das Leis” e faz referência a atuação do juiz, que deve se limitar a proceder tão somente a subsunção legal ao caso concreto analisado.

por isso é conhecido como direito “costumeiro”, sendo fruto de uma evolução histórica sem interrupções ou traumas. (WAMBIER, 2010, p.54)

O *common law* não foi sempre como é hoje, mas a sua principal característica sempre esteve presente: casos concretos são considerados fonte do direito. O direito inglês, berço de todos os sistemas de *common law*, nasceu e se desenvolveu de um modo que pode ser qualificado como “natural”: os casos iam surgindo, iam sendo decididos. Quando surgiam casos iguais ou semelhantes, a decisão tomada antes era repetida para o novo caso. Mais ou menos como se dava no direito romano (WAMBIER, 2010, p.54).

De acordo com René David (1978, p.154), os principais períodos históricos na construção do Direito inglês são divididos em quatro: O primeiro período é o anterior à conquista da Normanda em 1066, marcado pela pluralidade de normas oriundas dos povos germânicos; o segundo se inicia com a invasão da Normanda e vai até a dinastia Tudors, em 1485, caracterizado pelo desenvolvimento de um sistema de Direito comum a todo reino, formando a *common law*; o terceiro período é aquele compreendido entre os anos de 1485 à 1832, quando fora criado um sistema complementar, potencialmente rival, denominado de *equity* ou “regras de equidade”; e, por fim, o quarto período, que perdura até os dias atuais, momento em que o sistema teve que se adaptar com a cada vez mais elevada quantidade de leis em sentido estrito, a qual é produzida e utilizada em volume nunca antes visto.

Antes da invasão da Normanda, nos séculos X e XI, não havia unidade no território inglês, este era totalmente subdividido em distritos e, conseqüentemente, também não havia uma jurisdição unificada, aplicando-se os costumes locais oriundos dos povos germânicos para solução dos conflitos, denominando-se “direito popular anglo-saxão” (CROCETTI; DRUMOND, 2010, p.20-21).

Sob a égide da dominação normanda, contudo, ocorreu o fim de uma sociedade tribal e descentralizada, caracterizada pelo Direito fragmentado e local, que cedeu espaço para um “poder forte, centralizado, rico de uma experiência administrativa posta à prova no ducado da Normandia” (DAVID, 1978, p.358), iniciando-se a aplicação de um direito comum a toda à Inglaterra com a criação de instituições judiciais centralizadoras, como, por exemplo, os chamados Tribunais Reais de Justiça⁵. Este é o momento em que – de acordo com a maior

⁵ Tratam-se de juízes itinerantes responsáveis por levar o direito do Rei a todos os locais do reino, de modo a unificar o direito. Após, serão vulgarmente designados pelo nome do lugar onde vão estabelecer-se a partir do século XIII, chamados de Tribunais de Westminster." (DAVID, 1978, p.286)

parte da doutrina- deu-se o nascimento do *common law*⁶. (CROCETTI; DRUMOND, 2010, p.21).

No século XII, o costume permanece a única fonte do Direito na Inglaterra, contudo, a partir do século XIII, o Direito desenvolveu-se, principalmente, em razão da atuação dos Tribunais Reais de Justiça, onde o processo tinha seu curso marcado com base na lista de *writs*⁷, isto é, das ações judiciais sob a forma de ordens do rei. Em caso de litígio, era – como ainda o é- essencial encontrar o *writ* aplicável ao caso em concreto (GLISSEN, 1995. P.34).

Nestes termos, nas palavras de René David (1978, p.289):

A cada writ corresponde, de fato, um dado processo que determina a sequência dos atos a realizar, a maneira de regular certos incidentes, as possibilidades de representação das partes, as condições de admissão das provas e as modalidades de sua administração, e os meios de fazer executar a decisão.

Portanto, o processo, assim, torna-se mais importante do que as regras de direito positivo. O *common law* elaborou-se com base num Direito formalista, apegado à um número limitado de formas processuais e não sobre regras relativas ao fundo do Direito (“*remedies precede rights*”). Por isso, que a estrutura do *common law* é fundamentalmente diferente da dos Direitos dos países do continente europeu (GLISSEN, 1995, p.34).

Contudo, o excesso de formalismo nas formas processuais da época, limitadas ao quadro restrito e rígido do processo dos *writs* e pela rotina dos juízes, não podia dar solução satisfatória a numerosos litígios, sobretudo em novos domínios nascidos da evolução econômica e social, principalmente no decurso dos séculos XIV e XV, resultando, muitas das vezes, no emprego de soluções injustas às causas a ela submetidas.

Desta forma, já no século XIV, surge a *equity*, buscando solucionar as injustiças perpetradas pelos tribunais. Os particulares que não obtiveram o acesso à justiça ou irrisignados com a decisão insatisfatória do Tribunal, promoviam recurso diretamente junto ao Rei, a fim de obter respostas para os seus problemas (DAVID, 1978, p.338).

⁶ “A conquista normanda, de sua parte, como segundo momento, nos idos de 1066, é data marcante para a compreensão do direito da *common law*, pois assinala o término da sociedade tribal, dando lugar para uma sociedade feudalista com base na experiência administrativa da Normandia. É a partir da invasão normanda que se tem os primeiros registros da expressão *common law* ou *comune ley*” (PORTO,2002).

⁷ “Qualquer pessoa que quisesse pedir justiça ao rei, podia endereçar- lhe um pedido; o Chanceler, um dos principais colaboradores do rei, examinava o pedido e, se o considerasse fundamentado, enviava uma ordem, chamada *writ* (em latim: breve; em francês *bref*) a um xerife (agente local do rei) ou a um senhor para ordenar ao réu que desse satisfação ao queixoso; o fato de não dar esta satisfação era uma desobediência a uma ordem

A *Equity* não pode ser traduzida por equidade, pura e simplesmente. São normas que se superpõem ao *Common Law*. A *Equity* origina-se de um pedido das partes da intervenção do rei em uma contenda que decidia de acordo com os imperativos de sua consciência. Tem por escopo suprimir as lacunas e complementar o *Common Law*. As normas da *Equity* foram obras elaboradas pelos Tribunais de Chancelaria. O chanceler, elemento da coroa, examinava os casos que lhe eram submetidos, com um sistema de provas completamente diferente do *Common Law*. O procedimento aí é escrito, inquisitório, inspirado no procedimento canônico (VENOSA, 2003, p.58).

A jurisdição exercida pelo Rei – ou pelo Chanceler, com poderes concedidos pelo monarca- tinha por fundamento o caráter absoluto dos poderes do monarca, e, precisamente em razão deste atributo, as decisões proferidas, de início, eram pautadas pelo senso pessoal de justiça do julgador, o qual intervinha “para tranquilizar sua consciência e fazer uma obra de caridade” (DAVID, 1978, p.367). O julgador, assim, utilizava-se da “equidade do caso concreto”, fundada em princípios de direito romano e direito canônico, vez que consistia em extrair a regra do caso concreto para aplica-la aos casos análogos seguintes (CRETILLA, 1986, p.3).

Contudo, os casos excepcionais que deveriam ensejar tal recurso passaram a se tornar tão comuns que possibilitaram o desenvolvimento de uma jurisdição paralela. Sobretudo a partir do século XV, vivenciou-se um processo de objetivação da jurisdição da *equity*, passando as decisões a tornarem-se cada vez mais sistemáticas, com regras próprias que, quando aplicadas, se opunham à *common law* propriamente dita. Tal jurisdição tornou-se popular, chegando perto de ser o modelo jurídico oficial, ocupando o lugar da *common law*.

O direito inglês, assim, no século XVI, quase reuniu-se à família dos direitos do continente europeu, pelo triunfo da jurisdição da equidade do Chanceler e pela decadência da *common law*. Existiu o risco de serem abandonados pelos pleiteantes os tribunais da *common law* e, conseqüentemente, caírem em desuso, como três séculos antes caíram as *Hundred* e as *Country Courts*, quando os tribunais de Westminster, então com todo seu brilho, ofereciam aos seus pleiteantes uma justiça mais moderna, administrada segundo um processo superior aos processos tradicionais (DAVID, 1978, p.373).

Um dos grandes críticos da *equity* foi Thomas Hobbes, para quem não se poderia separar dois sistemas como se existissem duas justiças, afinal, toda justiça emana do soberano, não havendo porque separar-se tribunais da *equity* de tribunais da *common law*. (HOBBS, 2001, p.31).

No entanto, no decorrer dos séculos subsequentes, as soluções de *equity* tornaram-se tão estritas e morosas como às da *common law* e sua relação com a equidade não permaneceu

real; mas o réu podia vir explicar a um dos Tribunais reais por que razão considerava não dever obedecer à injunção recebida.” (GLISSEN, 1995, p.84)

muito mais íntima do que no caso das regras desta. Ademais, os conflitos existentes na Inglaterra durante o século XVII, travados entre o Rei e o Parlamento, possibilitaram o apoio dos juristas à *common law*, pois tinham o Parlamento como aliado dos tribunais e ocupavam função de destaque no combate ao absolutismo real. (GLISSEN, 1995, p.38)

A resistência dos juristas precisou ser levada em consideração pelos soberanos, porque os tribunais de *Common Law* encontraram, para a defesa de sua posição e da sua obra, a aliança do parlamento, com eles coligado contra o absolutismo real. A má organização da jurisdição do Chanceler, a sua morosidade e a sua venalidade forneceram armas aos seus inimigos. A revolução que teria conduzido a Inglaterra para a família dos Direitos Romano-Germânicos não se realizou; foi concluído um compromisso para que subsistissem, lado a lado, em equilíbrio de forças, os tribunais de *Common Law* e a jurisdição do Chanceler (DAVID, 1978, p.397).

Desta forma, percebe-se que, ao contrário do que aconteceu na França, na Inglaterra, o judiciário não só estava do lado da revolução, constituindo uma força progressista preocupada em proteger o indivíduo e botar freios nos abusos do governo absolutista, como ainda desempenhou um papel importante para a centralização do poder e para a superação do feudalismo. “A Revolução não foi dotada de um verdadeiro ‘espírito revolucionário’, não desejou desconsiderar o passado e destruir o Direito já existente, mas, ao contrário, confirmá-lo e fazê-lo valer contra um rei que não o respeitava” (MARINONI, 2010, p.36).

Assim, no século XIX, com o triunfo das ideias democráticas e sob a influência das ideias de John Bentham⁸, houve um período de grandes transformações no direito inglês, com o desenvolvimento sem precedentes da legislação como fonte do Direito, culminando no fim da dicotomia *equity* x *common law*, quando surgiram os *Judicature Acts*⁹, que suprimiram a distinção formal entre os tribunais da *common law* e os tribunais da *equity*, passando todas as jurisdições inglesas a poderem aplicar tanto o direito consuetudinário quanto as regras de equidade (RAMIRES, 2010, p.64).

Neste sentido, assevera René David (1978, p.352):

A importância da obra de legislação, realizada no século XIX, não fez perder ao direito inglês o seu aspecto tradicional: não intervém nessa obra de legislação nenhuma codificação concebida à maneira francesa e o desenvolvimento do direito

⁸ Jeremy Bentham foi um economista e filósofo que chefiou um grupo de pensadores ingleses, entre os séculos XVIII e XIX, que ficou conhecido como “utilitaristas”. Sua doutrina parte de seus estudos sobre a ciência do direito concentrados no jusnaturalismo. Sua teoria dizia que o pacto entre os membros de uma sociedade deveria necessariamente ser feito por um contrato prévio, original. Partindo desta premissa, sustenta que se a autoridade suprema não cumpre suas obrigações para com os súditos, ainda assim a obediência deve prevalecer.

⁹ Os *Judicature Acts* são uma série de Atos do Parlamento, começando na década de 1870, que visavam fundir o sistema de tribunais até então divididos na Inglaterra e no País de Gales. O primeiro ato foi o *Supreme Court of Judicature Act* de 1873, que tinha como objetivo consolidar o Tribunal da Chancelaria com os demais Tribunais, consolidando-os na *Supreme Court of Judicature*.

inglês mantém no essencial a obra dos tribunais; o legislador oferece-lhes novas orientações, já que ele próprio não cria, na realidade prática, um direito novo. Já nenhum autor tem a ambição, como outrora Glanvill, Bracton, Coke e Blackstone, de descrever o conjunto de um direito que reflita a complexidade das relações da civilização moderna. Os instrumentos essenciais para o conhecimento do direito inglês são, futuramente, no que diz respeito à jurisprudência e legislação, a nova coleção dos Law Reportes (criada em 1865) e, no que se refere à exposição sistemática do direito inglês, a coleção das Laws of England, publicada sob a direção do Lorde Halsbury.

Portanto, verifica-se que na *common law* não houve revolução que demandasse qualquer ruptura para um novo modelo jurídico, o que resultou no apego à continuidade e à tradição, mantendo intacto, diante da valoração do Direito até então constituído, o seu ponto principal, que consiste na utilização de casos concretos como fonte de Direito.

É interessante, ainda, ressaltar como tanto a *common law* quanto a *civil law* se preocuparam com a igualdade e a segurança jurídica, entretanto, na Europa continental o domínio da segurança sobre os ideais de justiça deu ensejo à era das codificações, ao passo que a Inglaterra buscou idêntica segurança para o Direito no sistema de precedentes, evitando a codificação (BAPTISTA DA SILVA, 1996, p.105).

1.3- Aproximação entre as famílias.

Conforme determinado alhures, as famílias da *Common Law* e da *Civil Law*, por possuírem características históricas e sociais díspares, criaram dois tipos de Direito diferentes, no qual foram classicamente divididos entre o respeito a decisões pretéritas e o império da lei.

Contudo, as subseqüentes transformações sociais vivenciadas após o século XX, principalmente com o advento do *Welfare State* e da globalização cada vez mais acentuada, fizeram com que a clássica dicotomia fosse paulatinamente reduzida, com o aumento da produção legislativa em escala nunca antes vista na *Common Law* e a valoração cada vez maior da jurisprudência na *Civil Law*, reduzindo de sobremaneira a diferença filosófica clássica entre as famílias, em prol de um Direito mais coerente com a realidade socioeconômica deste século.

As transformações socioeconômicas sofridas pelas sociedades abrem espaço para relações mais complexas, com maior mobilidade social, que acarretaram modificações também nos valores sociais. Por consequência, aumentou-se o acesso à justiça e com este

também se alargou a complexidade dos casos trazidos ao Judiciário, ampliando a necessidade de atenção à atuação dos juízes nos casos concretos (WAMBIER, 2013, p.34).

Aliada às tais transformações, também existe a forte interferência no Direito do fenômeno da globalização. A agilidade na comunicação e troca de informações faz com que o diálogo e a troca de experiências entre os costumes jurídicos sejam inevitáveis. Assim, da mesma forma que algumas moedas se tornaram comuns em todo mundo, o direito faz parte desta integração (MANCUSO, 1999, p.174).

1.3.1- O atual processo de “descodificação” na tradição da *Civil Law*.

Como dito, a Revolução Francesa pretendeu coibir a atividade do juiz e limitá-la à interpretação do texto legal. Imaginava-se que, com uma legislação clara e completa, seria possível ao juiz simplesmente aplicar a lei e, desta maneira, solucionar os casos litigiosos sem a necessidade de estender ou limitar o alcance da lei e sem nunca se deparar com a sua ausência ou mesmo com conflitos entre normas. Na excepcionalidade de conflito, obscuridade ou falta de lei, o juiz obrigatoriamente deveria apresentar a questão ao Legislativo para a realização da “ interpretação autorizada” (MARINONI,2010, p.31).

Para este tipo de raciocínio jurídico, o ordenamento legislativo era considerado perfeito, bastando-se em si mesmo, não havia lacunas de Direito nem antinomias e todas as soluções se encontravam no Código, uma vez que o ordenamento era considerado fechado e deveria achar soluções e justificativas dentro de si mesmo. É o que Norberto Bobbio (1995, p.86) denomina de “fetichismo da lei” (“*Dura lex, sed lex*”).

Contudo, a velocidade dos acontecimentos ocorridos durante o século XX gerou a superação do mundo aparentemente estável e controlável que existiu principalmente na segunda metade do século XIX. Este mundo estável, com divisão nítida de classes sociais, em que praticamente não havia mobilidade e em que o acesso à justiça era razoavelmente restrito, passou, aos poucos, a dar lugar a uma sociedade em que as alterações ocorrem muito rapidamente (WAMBIER, 2010, p.25).

Neste ínterim, os tribunais passaram, cada vez mais, a serem invocados para esclarecer e aprimorar o conteúdo das leis, formulando respostas para situação não previstas em lei ou que esta, pela mera subsunção à qual a *civil law* estava acostumada, não era capaz de solucionar.

A utopia anteriormente mencionada decorre do fato de que há uma impossibilidade técnica essencial no que pertine à tutela puramente legal de toda a vasta gama de situações processuais e necessidades materiais de direito; de modo que a lei não consegue conter em si todos os casos e procedimentos passíveis de tutela, assim como as matizes fornecidas pelas particularidades de cada uma das situações fáticas e jurídicas. Do mesmo modo, o legislador se vê na impossibilidade, pelas mesmas razões, de antever, e tutelar, no texto da lei, todas as carências jurídico-sociais do direito material; uma vez que tais carências se alteram constantemente, e se apresentam sob variados espectros segundo as sutilezas dos casos concretos a que se relacionam (CASTRO; GONÇALVES, 2014, p.3).

Ademais, também no século XX, as Constituições ganham destaque no Direito de cada país, deixando de representar apenas um conjunto de princípios e valores que norteiam os operadores do direito para assumir o papel de norma vinculante em relação aos particulares e também ao Estado, gerando uma demanda normativa que a codificação por si só parecia não conseguir dar conta (GROSSI, 2009, p.60).

O processo constitucionalista, ainda, impõe forte influência no papel do Judiciário e do Juiz no cumprimento de seus deveres, uma vez que impõe o controle de constitucionalidade das leis a ela sempre inferiores. A soberania da lei passa, desta forma, a encontrar limite e contorno nos princípios constitucionais, o que significa que deixa de ter apenas legitimação formal, restando substancialmente amarrada aos direitos positivados na Constituição. A lei não mais vale por si, por mero produto do poder Legislativo, ao revés, depende da sua adequação aos direitos e garantias fundamentais insculpidos na carta magna. Se antes era possível dizer que os direitos fundamentais eram circunscritos à lei, torna-se exato, agora, afirmar que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais (MARINONI, 2010, p.37).

Neste diapasão, o juiz da *civil law* passou a exercer um papel antes inconcebível na filosofia clássica do juiz *bouche de la loi*, exercendo técnicas de interpretação que vão além da subsunção à legislação, uma vez que limita esta a sua constitucionalidade. Se o juiz que controla a constitucionalidade da lei, obviamente não está submetido a ela, ou, pelo menos, não na forma clássica do pensamento da *civil law*. Por esse viés, importa registrar que Estados como a Espanha, Alemanha e Itália, enquanto países de *civil law*, passaram a reconhecer a eficácia obrigatória das decisões provenientes das Cortes Constitucionais nessa matéria.

Assim, a força do Direito jurisprudencial em países de *civil law* está ligada, dentre outros fatores, às diretrizes do constitucionalismo contemporâneo, à expansão do Direito Público e o resguardo aos direitos individuais, bem como pela aceitação das novas tendências hermenêuticas, as quais conferem ao juiz um papel diferenciado na criação do Direito em vias

de Jurisdição Constitucional. Em virtude dessas questões, confere-se relevância aos valores de segurança jurídica – em seus aspectos de previsibilidade e estabilidade -, de igualdade entre os jurisdicionados, de busca pela resolução rápida e efetiva dos litígios e na uniformização pela coerência da ordem jurídica.

1.3.2 – O aumento do processo legislativo na tradição da *Common Law*.

A *common law*, por seu turno, não criou amarras legislativas para atuação da magistratura. Ao revés, o magistrado inglês teve fundamental importância na consolidação desta família. O poder do juiz era o de reafirmar a *common law*, a qual se sobrepunha ao Legislativo, que, por conseguinte, deveria atuar para complementá-la, daí se falar no brocado *judge make law*.

Contudo, no século XX, a Inglaterra presenciou o desenvolvimento de uma corrente social que substituiu as ideias liberais até então vigentes, prevalecendo a teoria do *welfare state* ou Estado do Bem-Estar Social, que exigia uma organização política e econômica na qual o Estado se coloca como agente da promoção social e da economia.

Tal concepção infligiu verdadeira crise à *common law*, uma vez que a criação de seu direito com base casuística e jurisprudencial parecia incompatível com o anseio por um Estado ativista e encarregado de promover rápidas transformações, motivo pelo qual “o direito inglês, que até o século XX era um direito essencialmente jurisprudencial, atribui hoje uma importância cada vez maior à lei” (DAVID, 1978, p.352).

Ademais, o crescimento da Administração Pública, fruto da aliança entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, produziu uma massa de decretos, regulamentos e outros atos administrativos, inspirados em uma tradição nitidamente romanística, ligada à elaboração legislativa e doutrinária do direito, para o tratamento dos quais o espírito tradicional da *common law* parecia menos preparado (DAVID, 1978, p.32).

Este processo legislativo, na Inglaterra, culminou na elaboração, em 1999, do Código de Processo Civil inglês, denominado *Rules of Civil Procedure*, responsável pela organização sistemática do processo civil na Inglaterra, substituindo a fragmentada disciplina antes existente, caracterizando uma grande inovação legislativa (BARBOSA MOREIRA, 2000, p.74).

Já nos Estados Unidos, país de tradição jurídica filiada à *common law*, diante da sua influência inglesa, o professor Luiz Guilherme Marinoni destaca que “é provável que um estado típico dos Estados Unidos tenha tanta legislação quanto um país europeu ou latino-americano, a qual obviamente deve ser aplicada e interpretada pelos juízes” (MARINONI, 2010, p.37).

Desta forma, conclui-se que, no *common law*, há uma intensa e crescente produção legislativa, composta por vários Códigos, entretanto, apesar desta característica adquirida da tradição romano-germânica, o *common law* ainda mantém intacto o significado atribuído às decisões judiciais e a atuação da magistratura na interpretação dos julgados.

No *common law*, os Códigos não têm a pretensão de fechar os espaços para o juiz pensar; portanto, não se preocupam em ter todas as regras capazes de solucionar os casos conflitivos. Isto porque, no *common law*, jamais se acreditou ou se teve a necessidade de acreditar que poderia existir um Código que eliminasse a possibilidade de o juiz interpretar a lei. Nunca se pensou em negar ao juiz do *common law* o poder de interpretar a lei. De modo que, se alguma diferença há, no que diz respeito aos Códigos, entre o *civil law* e o *common law*, tal distinção está no valor ou na ideologia subjacente à ideia de Código (MARINONI, 2010, p.55-5).

2 OS PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES E A DOCTRINA DA *STARE DECISIS* NA *COMMON LAW*

Inicialmente, não há que se confundir a doutrina do *stare decisis* com a *common law*. Como leciona Marinoni (2010, p.17), qualquer identificação entre a família do *common law* e a doutrina dos precedentes, qualquer tentativa de explicar a natureza do *common law* em termos de *stare decisis*, certamente será insatisfatória, tendo em vista que a elaboração de regras e princípios regulando o uso dos precedentes e a determinação e aceitação da sua autoridade são relativamente recentes, para não se falar na ideia de precedentes vinculantes ou *binding precedentes*¹⁰, que é mais recente ainda. Além de a *common law* ter nascido séculos antes da especulação e criação de tais conceitos, ela funcionou como sistema de direito sem os fundamentos e conceitos próprios da teoria dos precedentes, como, por exemplo, o conceito de *ratio decidendi*.

Portanto, em que pese a difusão e a importância dos precedentes judiciais na família da *common law*, estes, por muito tempo, não tiveram o condão de vincular decisões ulteriores de casos semelhantes. Não havia regra jurídica que impusesse formalmente o efeito vinculante ao precedente, contudo, com frequência, “os juízes ressaltavam a relevância dos julgados e, sobretudo, de uma série de decisões conformes, como sendo melhores intérpretes da lei, e a exigência de que tais decisões deviam ser seguidas para conferir certeza e continuidade do direito” (TUCCI, 2004, p.154).

A adoção de precedentes judiciais na *common law*, portanto, era meramente cultural, fruto da evolução histórica do Direito na Inglaterra. Apenas com o surgimento do *stare decisis* é que os precedentes judiciais alcançaram a importância de ciência jurídica, havendo institutos formalmente concebidos para sua observação.

A diretriz que garante a eficácia vinculante dos precedentes, conhecida como *stare decisis*, ao contrário do que se possa imaginar, só veio a se estabelecer no século XIX, com o caso *London Tramways Company* contra *London Country Council*, quando se estabeleceu esse status vinculante dos precedentes. Neste julgado, a Câmara dos Lordes inglesa, além de ter tratado do efeito vinculativo do precedente, também estabeleceu a sua eficácia vinculativa

¹⁰ Precedentes vinculantes (tradução livre).

externa a todos os juízos de grau inferior, denominada de eficácia vertical do precedente (TUCCI, 2004, p.84).

Acredita-se que uma das razões determinantes para a instituição do *stare decisis* na doutrina dos precedentes foi evitar a discricionariedade na atuação judicial, de forma a garantir a segurança jurídica, equidade e estabilidade do direito. Nas palavras de Francisco Rosito (2012, p.85): “A doutrina do *stare decisis* objetivou que o *case law* adquirisse status de ciência, capaz de prever os resultados das controvérsias judiciais, conferindo aos jurisdicionados certeza, uniformidade e segurança dos direitos”.

A teoria do *stare decisis*, abreviação do termo em latim *stare decisis et non quieta movere*, que significa “mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido” consiste, portanto, em um princípio legal pelo qual os juízes estão obrigados a respeitar os precedentes estabelecidos em decisões anteriores (DIDIER JR, 2013, p.127). Dessa afirmação, extrai-se o núcleo do *stare decisis*, o precedente judicial.

A moderna teoria do *stare decisis* (...) informada pelo princípio do precedente (vertical) com força obrigatória externa para todas as cortes inferiores, veio inicialmente cogitada em prestigiada doutrina de um dos maiores juristas ingleses de todos os tempos, Sir Baron Parke J., que (...) escreveu: “O nosso sistema de Common Law consiste na aplicação, a novos episódios, de regras legais derivadas de princípios jurídicos e de precedentes judiciais; e, com o escopo de conservar uniformidade, consistência e certeza, devemos aplicar tais regras, desde que não se afigurem ilógicas e inconvenientes, a todos que surgirem; e não dispomos da liberdade de rejeitá-las e de desprezar a analogia nos casos em que ainda não foram judicialmente aplicadas, ainda que entendamos que as referidas regras não sejam tão razoáveis e oportunas quanto desejaríamos que fossem. Parece-me de grande importância ter presente esse princípio de julgamento, não meramente para a solução de um caso particular, mas para o interesse do direito como ciência”. (TUCCI, 2004, p.160)

2.1- Precedente Judicial: Definição.

Tomados os conceitos anteriores, temos a importância do precedente na tradição da *Common Law*. Mas, é preciso, previamente, evitar um erro conceitual: não será toda e qualquer decisão que servirá como precedente. *Latu senso*, a palavra “precedente” se refere indistintamente a todo julgado ocorrido anteriormente. Contudo, *strictu senso*, em termos técnicos, “precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos” (DIDIER JR, 2013, p.385)

Conforme Michelle Taruffo (2007, p.10), “ precedente judicial é a decisão de natureza jurisdicional e universalizável emanada pelo Judiciário, para que se retire norma jurídica a ser aplicada pelo órgão que o proferiu ou por outros, nos casos futuros similares a serem julgados”.

Patrícia Mello (2005, p.180) complementa que no Direito norte-americano, o precedente é regra jurídica usada pela Corte de última instância no local onde o caso foi decidido, aplicada aos fatos que criaram a questão de mérito presente perante a Corte para a decisão.

Assim, o precedente judicial será aquela decisão revestida de determinadas características próprias. Em primeiro lugar, constituirá decisão acerca de matéria de direito – *point of law* na *Common Law*- e não matéria de fato. Ainda assim, muitas decisões que tratam de matéria de direito apenas enunciam o que diz a lei, não trazendo uma solução judicial ou lhe dando uma interpretação, estas também não constituirão precedente.

Não basta mesmo que a decisão seja a primeira a interpretar uma norma, será preciso mais do que isso. Para ser considerado um precedente, a decisão enfrentará todos os principais argumentos relacionados à questão de direito em tela, no caso concreto analisado. Em resumo, o autêntico precedente será “ uma decisão judicial que trata de matéria de direito, elaborando uma tese jurídica pela primeira vez, ou ainda, delineando-a definitivamente de maneira cristalina” (MARINONI, 2013, p.214). Assim, o precedente terá origem no que é chamado de *leading case*, um caso ao mesmo tempo primeiro, principal e condutor de outros que o seguirão.

Vale trazer, ainda, o estudo de Humberto Theodoro Júnior (2015, p.333), que explica: “(...) uma decisão não nasce como se precedente fosse; são os juízes de casos futuros que, instados a se manifestarem sobre decisões passadas, poderiam invocar tais decisões na qualidade de precedentes”.

Nestes termos, o referido doutrinador destaca que a aplicação do precedente não se dá de forma automática, pelo contrário, exige dos juízes, ao aplicarem o precedente, que os interpretem dando novos sentidos ao texto de modo a adaptá-lo de acordo com as circunstâncias do novo caso. Neste sentido, prossegue afirmando que “o precedente não é dotado de uma completude e unicidade, mas que é a partir das distinções, das ampliações e das reduções que os precedentes são dinamicamente refinados pelo Judiciário” (THEODORO JÚNIOR, 2015.p.334).

De modo a completar o raciocínio, acrescenta:

Se de um lado é verdade que o precedente originário estabelece o primeiro material jurisprudencial (não se ignoram o texto legal e a doutrina) sobre o qual se debruçarão os intérpretes dos casos subsequentes, com o passar do tempo, uma linha de precedentes se formará a partir daquele primeiro precedente, confirmando-o, especificando-o e conferindo-lhe estabilidade, e a técnica da distinção (*distinguish*) desempenha uma importante função nesse processo de maturação do direito jurisprudencial (THEODORO JÚNIOR, 2015, p.347).

Na análise do uso ou não de um precedente no caso em julgamento, assim, o juiz irá investigar quais fatos foram relevantes para a resolução da lide quando da formulação do precedente e identificar se existe ou não similitude entre ambos. Não com a obrigação de que sejam iguais, o qual, por óbvio, se mostra incabível, mas meramente análogos. Processo este de grande complexidade o qual necessita da utilização de conceitos como a *ratio decidendi*, a *obter iudicium* e o *distinguish*. Pretende-se, portanto, a seguir, delinear a forma de aplicação e superação do precedente nos países que dele se utilizam.

2.2 – Aplicação: *Ratio Decidendi* e *Obter Iudicium*.

Ao contrário do que a princípio se crê, não é o dispositivo da decisão que recebe a qualidade de precedente, a fim de vincular casos futuros. Em verdade, será a fundamentação, ou melhor, a razão de decidir, que constituirá o precedente, mais do que o conteúdo decisório em si. A este elemento nuclear do precedente judicial, no qual consta a tese jurídica primeva para solução do caso em análise na decisão, denominamos *ratio decidendi*.

A *ratio decidendi*- ou, para os norte-americanos, a *holding*-, assim, são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi. Trata-se da tese jurídica acolhida pelo órgão julgador no caso em concreto.

De acordo com Lênio Streck e Georges Abboud (2013, p.43), cada precedente terá a sua *ratio decidendi* que, nas suas palavras, é “o enunciado jurídico a partir do qual é decidido o caso concreto. Em suma, ela é regra jurídica utilizada pelo judiciário para justificar a decisão do caso”. Ou seja, são todos os critérios jurídicos utilizados pelo julgador que sustentam a sua decisão, sem os quais teria o caso sido julgado de outra forma.

A *ratio decidendi* corresponde, portanto, à regra de direito inserta no precedente, necessária para alcançar a conclusão, do que se retira a sua essencialidade, e via de consequência, a sua vinculação, motivo pelo qual a doutrina comumente define que apenas a *ratio decidendi* possui força obrigatória. Essa diferenciação é fundamental, porque nem todo fundamento tem eficácia transcendente, mas “apenas os motivos que são determinantes para a decisão adquirem esta eficácia” (MARINONI, 2010, p.197).

Em um primeiro momento, pode ser que o intérprete brasileiro tente encontrar paralelo entre a *ratio decidendi* e a fundamentação da decisão judicial a que alude o art.458, II do Código de Processo Civil. Contudo, “é preciso sublinhar que a *ratio decidendi* não tem correspondência no processo civil adotado no Brasil, pois não se confunde com a fundamentação e com o dispositivo. Assim, quando relacionada aos chamados requisitos imprescindíveis da sentença, ela certamente é ‘algo a mais’” (MARINONI, 2010, p.220).

Assim, a *ratio decidendi* não se confunde com nenhum dos elementos da decisão judicial (relatório, fundamentação e dispositivo), mas é formulada a partir destes, sendo que os fatos narrados no relatório, a moldura jurídica eleita pelo magistrado na fundamentação e a norma jurídica individual emanada do dispositivo servem também para a indicação da *ratio decidendi* (DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2013, p.433).

Ressalta-se, ademais, que a *ratio decidendi* não pode ser aplicada como uma norma geral e abstrata, tal qual a que advém do texto da lei. A norma legal possui origem e estrutura completamente diferente do precedente e, portanto, é errado pensar neste e na sua *ratio decidendi* como se normas legais fossem.

Ao revés do modelo normativo, a norma jurídica extraída do precedente de maneira alguma pode ser considerada isolada dos fatos que lhe deram causa. Pois, sendo o precedente uma norma que necessita de argumentação, os fatos que o originaram servem de instrumentos no trabalho desenvolvido pelo intérprete, que, a partir deles, limitará ou expandirá a aplicação do mesmo (PEIXOTO, 2015, p.177-178).

A *obiter dictum*, por seu turno, a *contrário sensu*, são todas as questões secundárias utilizadas na solução do caso em concreto, mas sem relevância determinante para o julgamento. São os argumentos incidentais ou laterais que, portanto, jamais possuem caráter vinculante, justamente porque têm caráter periférico, comumente apenas assessorando à reflexão do tema.

Para Peixoto (2015, p.195), “são passagens usadas para que o discurso se refira sobre um dado ponto do direito, não decorrendo dessas afirmações a conclusão do caso, perfazendo, pois, elementos dispensáveis à solução do caso. ”

O *obiter dictum* (*obiter dicta*, no plural), também chamado de *dictum*, são os argumentos jurídicos expostos apenas de passagem na motivação da decisão, que revelam: a) juízos normativos acessórios, provisórios e secundários; b) impressões ou qualquer elemento jurídico-hermenêutico que não tenham influência relevante para a decisão; c) opiniões jurídicas adicionais e paralelas, mencionadas incidentalmente pelo juiz, dispensáveis para a fundamentação e para a conclusão da decisão. É dizer, *obiter dictum* é tudo aquilo que, retirado da fundamentação da decisão judicial, não alterará a norma jurídica individual (MELLO, 2008, p.125).

Assim, o conceito de *obiter dictum* está intimamente ligado ao de *ratio decidendi*, visto que o elemento do precedente que não constituir a sua *ratio decidendi* será, por exclusão, *obiter dictum*.

Obiter dictum nada mais é, portanto, do que os argumentos acessórios constantes da decisão e que, não obstante contribuam para a formação do precedente quando somados a *ratio decidendi*, isoladamente, pouco significam, ou seja, “é tudo aquilo que não obsta nem determina a decisão do caso, de modo que sob um critério negativo é definida, também, como tudo aquilo que não se insere dentro da *ratio decidendi*” (MARINONI, 2010, p.160).

Vale ressaltar, no entanto, que, embora reconhecido, o método negativo de identificação da *obiter dictum* – ou seja, tudo que não configura *ratio decidendi*- pode mascarar uma série de relações que podem ser estabelecidas entre esta e a *ratio decidendi*, podendo levar até mesmo à confusão na identificação destes elementos.

Geoffrey Marshall (1997, p.515), neste ponto, afirma que o *obiter dictum* pode ser irrelevante para o dispositivo do caso ou para qualquer outra questão jurídica importante envolvida na situação posta à apreciação jurisdicional; relevante para o dispositivo do caso, mas desnecessário para a sua *ratio*; ou relevante para algumas questões bilaterais e para o dispositivo de outras importantes questões que podem ser suscitadas em casos futuro.

Por fim, não há que se confundir a ausência de vinculação da *obiter dictum* com sua significância, isto porque “o *obiter dictum* pode sinalizar uma futura orientação do tribunal, por exemplo. Além disso, o voto vencido em julgamento colegiado é *obiter dictum* e tem sua relevância para a elaboração do recurso dos embargos infringentes, bem como tem eficácia persuasiva para uma tentativa futura de superação do precedente” (DIDIER JR, 2013, p.388)

Delineados os conceitos supra, evidente que a indicação do que seja *ratio decidendi* e *obiter dictum* é imprescindível, principalmente pelo fato desses institutos serem individualizados pelos magistrados dos casos futuros e não pelo órgão julgador quando proferiu a decisão, de modo que uma identificação e distinção equivocada da *ratio decidendi* de certo precedente pode determinar o seu não seguimento.

Ainda assim, mesmo nos países da *common law*, tal delimitação constitui tema tormentoso, havendo grande divergência na doutrina especializada sobre o método mais adequado para definir a *ratio decidendi* e sobre o alcance ou a abrangência que lhe deve ser conferida (BARROSO; MELLO, 2016, p.19-20). Neste sentido, sobressaem-se duas doutrinas.

A primeira, capitaneada por Eugene Wambaugh, considerada a clássica, afirma que a *ratio decidendi* de um caso é a proposição ou regra sem a qual o caso seria decidido de forma diversa, e propõe como método para sua identificação um teste, consistente na alteração do conteúdo da premissa, a fim de verificar se a decisão, assim, continua a mesma ou não. Se a decisão sofrer mudança, a premissa era realmente necessária e se constitui em *ratio decidendi*; ao revés, se a decisão permanece inalterada, a premissa é mera *obiter dictum* (WAMBAUGH, 1894, p.17).

A segunda, por seu turno, defendida por Arthur L. Goodhart, consiste na identificação da *ratio decidendi* através dos fatos tidos como fundamentais pelo juiz a embasar a decisão quando da formulação do precedente. Assim, a *ratio decidendi* seria encontrada ao se levar em consideração os fatos tratados pelo juiz como fundamentais e a decisão embasada em tais fatos, isto porque, no julgamento de um caso, o direito é analisado pelo intérprete levando em consideração os fatos narrados no caso e restando, por conseguinte, que o peso das proposições fundamentais afirmadas pelo julgador com base nestes é sempre maior do que o peso de qualquer outro argumento (GOODHART, 1931, p.15).

No entanto, vale destacar o entendimento de Didier Jr., Oliveira e Braga (2013, p.450) ao apontar que “o melhor método é aquele que considere as duas propostas anteriores (de Wambaugh e de Goodhart), sendo, pois, eclético, tal como aquele trabalhado por Rupert Cross – e, ao que parece, também por Marinoni”. Defendem, assim, que a *ratio decidendi* deve ser buscada a partir da identificação dos fatos relevantes em que se assenta a causa e dos

motivos jurídicos determinantes e que conduzem à conclusão. A consideração de um ou outro destes fatores, isoladamente, não seria a opção mais adequada.

2.3 Superação do Precedente

2.3.1- *Distinguish*

Os sistemas que admitem a força obrigatória aos precedentes adotam, além das técnicas de uso supra analisadas, as de superação destes, que permitem flexibilidade e adaptabilidade do Direito. As principais técnicas para superação dos precedentes vinculantes são a *distinguish* e a *overruling*, das quais decorrem outras.

Uma vez proferida uma decisão e gerado um precedente vinculante, compete aos demais juízos vinculados interpretá-lo e aplicá-lo aos novos casos semelhantes, desde que sejam efetivamente análogos. Assim, caberá aos juízos vinculados produzir a primeira interpretação do precedente (*ratio decidendi*) gerado pela Corte vinculante, bem como confrontar a causa que gerou o precedente com a nova ação que têm em mãos, para aferir se constituem casos análogos ou não.

Conforme já bem delineado, o precedente origina-se de um caso concreto e, para ser utilizado em casos posteriores, exige-se a demonstração da semelhança existente entre este e aquele. Para que a decisão de um caso constitua precedente no julgamento de outro, no entanto, não é necessário que os fatos em apreciação sejam idênticos, mas basta que sejam substancialmente análogos. A pertinência e aplicabilidade do precedente são afastadas quando haja diferenças relevantes entre os julgados, como, por exemplo, a presença, exclusivamente no precedente ou no julgado posterior, de circunstâncias importantes aptas a influir na decisão (TUCCI, 2004, p.215).

O que justifica, portanto, a aplicação de um entendimento anterior a novas causas é o fato de estas serem efetivamente semelhantes àquela em que o precedente se formou. Se forem diferentes, o precedente não incide e o juiz deve indicar o motivo desta distinção.

Desta forma, os tribunais se afastam dos precedentes das Cortes Superiores, em regra, pela técnica da distinção, conhecida como *distinguishing*. Quando fatos diferentes colocam questões de direitos distintas, o precedente normativo não governa a solução do novo caso,

cabendo, todavia, ao magistrado de primeiro grau o ônus de demonstrar que a aplicação não é cabível porque constatada a existência de diferenciações entre os fatos e fundamentos do precedente e do caso a ser julgado (SOUZA, 2007, p.139).

Assim, a *distinguishing* é a técnica pela qual qualquer juiz singular ou tribunal deixa de aplicar um precedente já firmado por um tribunal superior por considerar a inadequação da aplicação da *ratio decidendi* do precedente ao caso em julgamento, em virtude da diversidade fática entre os mesmos ou diante das peculiaridades do caso analisado. Assim, o *distinguishing* permite flexibilidade ao sistema, evitando seu engessamento, e justiça no caso em concreto.

O *distinguishing* é, portanto, uma espécie de exceção à *ratio decidendi* de um precedente. A um primeiro exame, o precedente e a nova ação são semelhantes e mereceriam o mesmo tratamento. Entretanto, a argumentação desenvolvida pelas partes pode demonstrar a existência de peculiaridades de fato ou argumentos diferenciados que levam a uma discussão jurídica distinta. Quando isso ocorre, qualquer órgão judicial tem legitimidade para deixar de aplicar o precedente (BARROSO; MELLO, 2016, p.26).

Quatro elementos essenciais devem ser examinados e confrontados para avaliar a semelhança ou não entre dois casos para fins de aplicação de um precedente: (a) os fatos relevantes de cada qual; (b) os valores e normas que incidem sobre cada conjunto de fatos; (c) a questão de direito que suscitam; (d) os fundamentos que justificaram a decisão do precedente e sua adequação para orientar a decisão do novo caso. Quando duas demandas possuem fatos relevantes distintos, há uma forte tendência a que normas diferentes incidam na nova causa e, portanto, que esta coloque uma questão de direito diferenciada, resultando na inaplicabilidade do precedente (BARROSO; MELLO, 2016, p.26).

Notando o magistrado que há distinção entre o caso *sub judice* e aquele que ensejou o precedente, este poderá dar à *ratio decidendi* uma interpretação restritiva, por entender que as peculiaridades do caso concreto impedem a aplicação da mesma tese jurídica outrora firmada, hipótese denominada de *restrictive distinguishing*, julgando o processo livremente, sem vinculação ao precedente ou, ainda, estender ao caso a mesma solução conferida ao caso paradigma, por entender que, a despeito das peculiaridades concretas, aquela tese jurídica lhe é aplicável, situação em que a doutrina chama de *ampliative distinguishing* (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2013, p.392/393).

Nota-se, assim, que a *distinguishing* é uma das mais importantes técnicas da *stare decisis*, conferindo dinamicidade ao sistema e permitindo a democratização dos

entendimentos jurídicos através do diálogo e atuação dos diversos agentes jurídicos atuantes no processo. Cada novo caso que aplica a *ratio decidendi* proveniente do *leading case* pode ampliar ou reduzir o seu alcance. Por isso se afirmar que o *stare decisis* dá ensejo a um desenvolvimento incremental do Direito. Cada nova ação, cada novo caso, acrescentam um *plus* de determinação e detalhamento ao sistema.

Por fim, ao se afastar determinado precedente por ocasião de eventual distinção, não se está a questionar a sua validade, eficácia ou a legitimidade e hierarquia do tribunal que o formou, mas apenas a afirmar que se trata de direito não aplicável à espécie. Até mesmo por isso que, diferentemente do *overruling*, a *distinguishing* pode ser realizada independentemente do nível hierárquico dos prolores da decisão e do precedente (MARINONI, 2010, p.237).

2.3.2- *Overruling*

O *overruling*, por sua vez, é a técnica pela qual há a superação total do precedente. Esta é a principal diferença entre o *overruling* e a *distinguishing*, uma vez que esta, ao revés daquela, não possui o condão de expurgar o precedente do ordenamento jurídico.

Para Fredie Didier Jr, “*overruling* é a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por um outro precedente” (DIDIER JR, 2013, p.456). Trata-se, nada mais, da revogação do precedente pela corte criadora ou por outra de grau superior, substituindo o entendimento por outro mais afinado com ao Direito ou à realidade social.

É a técnica que visa reconhecer a existência de fundamento jurídico para abandono do precedente anteriormente estabelecido, não porque os fatos do caso presente são diferentes dos fatos do caso paradigma, mas sim porque outra tese jurídica deve ser a ele aplicada. É o afastamento de um precedente judicial, quando o tribunal adota nova norma que decide um caso compreendido no âmbito de incidência de um precedente já existente (ROSITO, 2012, p.305).

Nesta técnica de superação do precedente, o que se faz é a análise sobre a validade do precedente. Analisando a *ratio decidendi*, o tribunal verifica que não há mais motivos para manutenção daquele precedente. Ao utilizar esta técnica, o “Tribunal claramente sinaliza o

fim da aplicação de uma regra de direito estabelecida pelo precedente e substitui a velha regra de direito por uma que é fundamentalmente de natureza diversa” (NOGUEIRA, 2010, p.129). Um novo posicionamento do tribunal e, portanto, uma nova *ratio decidendi*, nasce, revogando o precedente anterior que tratava da mesma matéria.

O *overruling* funda-se na ideia de que os precedentes judiciais estão sujeitos, excepcionalmente, à modificação ou revogação quando estiverem presentes determinadas circunstâncias especiais ou particularidades, cujo exame depende de valoração judicial. “Significa que, ocorrendo mudança na valoração das circunstâncias relevantes de casos similares, o julgador está autorizado a adotar entendimento diverso, desde que assumida a devida carga de fundamentação” (ROSITO, 2012, p.281).

A superação do precedente pelo *overruling* pode se dar tanto no plano horizontal - quando o tribunal revoga seu próprio precedente- como também no plano vertical – quando o tribunal hierarquicamente superior revoga um precedente de um inferior.

Não existiu dificuldade em aceitar o *overruling* no plano vertical na *common law*, uma vez que se admite a revogação do precedente de tribunal por corte hierarquicamente superior. Em relação ao plano horizontal, contudo, até 1996, por exemplo, a *House of Lords*¹¹ era impossibilitada de rever seus próprios precedentes, estando rigidamente vinculada a estes. Todavia, no transcorrer do tempo, os sistemas filiados ao *common law* passaram a admitir que a obrigatoriedade horizontal possa ser relativizada¹² (SOUZA, 2007, p.63).

O *overruling*, assim, somente pode ser realizado pelo tribunal que formou o precedente, ou, eventualmente, por tribunal superior a esse, único com autoridade para visualizar a impossibilidade de se prosseguir com o precedente, abandonando-o para inserir outro entendimento sobre a questão de direito.

Uma Corte realiza o *overruling* ao perceber que seu precedente ou a decisão de tribunal hierarquicamente inferior se formou erroneamente ou é inadequado, em razão de mudanças

¹¹ Na decisão do caso *Beamish vs, Beamish* conduzida, em 1861, pelo *Lord Campbell*, ficou expressamente estabelecida que a *House of Lords* estaria obrigada a acatar a sua própria autoridade proclamada nos julgamentos. Neste sentido: “... o direito declarado na *ratio decidendi*, sendo claramente vinculante para todas as cortes inferiores e todos os súditos do reino, se não fosse considerado igualmente vinculante para os *Law Lords*, a *House of Lords* se arrogaria o poder de alterar o direito e legiferar com autônoma autoridade” (TUCCI, 2004, p.158)

¹² Vale ressaltar, ainda, que o precedente no Direito norte-americano não possui o mesmo rigor da Inglaterra, sendo que naquele, em decorrência da maior flexibilidade oriunda do *stare decisis*, sempre se aplicou, tranquilamente, o *overruling* no plano horizontal (LIMA, 2013, p.110-111).

sociais, as quais alteraram o direito julgado. Entretanto, a revogação de precedentes, até mesmo pela Corte que o editou, deve ser realizada por justificativa e séria argumentação, pois os precedentes representam a confiabilidade de tratamento igualitário nas relações jurídicas.

Há a necessidade de uma motivação concreta para revogação do precedente, não somente uma revogação de interpretação. Uma nova realidade social deve ser constatada e, com isso, a necessidade de um novo precedente, com a consequência da revogação do anterior. Não pode haver uma lacuna sobre aquela questão de direito que a *ratio decidendi* resolvia, com a revogação do posicionamento, por qualquer que seja o motivo. Na concepção da utilização do *overruling*, uma nova forma jurídica para a questão deve vir à tona, com uma nova *ratio decidendi* atual e renovada para aquela nova realidade social ou jurídica.

Teme-se que a revogação do precedente possa gerar insegurança ou perda de confiança em outros precedentes. No entanto, quando os precedentes são revogados com base em critérios que também são reafirmados e respeitados, torna-se possível vislumbrar quando um precedente está em vias de ser revogado. E isso ocorre exatamente quando o precedente deixa de ter sustentáculo nas proposições sociais e se torna inconsistente, e, além disso, não há justificativa para a sua preservação em face dos fundamentos de estabilidade. Um precedente controverso costuma ser retratado nos trabalhos doutrinários e as distinções inconsistentes evidenciam a sua fragilidade. Tanto a crítica doutrinária, quanto a judicial, são critérios de identificação dos precedentes que devem ser revogados, de modo que o *overruling*, nessas condições, certamente não elimina a confiança nos precedentes judiciais (MARINONI,2010, p.400).

Luiz Guilherme Marinoni (2010, p.368) menciona ainda que, antes de aplicar o *overruling*, a Corte deve realizar o juízo de ponderação, no intuito de evitar a instabilidade aos jurisdicionados, destacando como requisitos para a revogação do precedente a inconsistência sistêmica ou a perda de congruência social¹³.

Ocorre inconsistência sistêmica quando um determinado precedente deixa de guardar coerência com outras decisões. Tal fato ocorre quando há uma nova concepção geral em termos de teoria ou dogmática jurídica, a evidenciar que aquilo que se pensava acerca de uma questão ou instituto jurídico se alterou (MARINONI, 2010, p.370).

Quanto à perda da congruência social, esta ocorre quando um precedente passa a regular proposições morais, políticas e de experiência reformuladas pelo surgimento de novo valor social preponderante, o que determina a sua superação. A manutenção de tal precedente seria,

¹³ Patrícia Mello (2008, p.237) indica, ainda, como possibilidade de revogação do precedente quando este se torna inexecutável ou obsoleto e Celso de Albuquerque Silva (2011, p.186) fala em regra obsoleta ou desfigurada.

portanto, contrária às justas expectativas dos jurisdicionados que passaram a se comportar de acordo com a nova realidade social (MARINONI, 2010, p.370).

Por fim, com relação aos efeitos, a revogação pode operar com eficácia *ex tunc*, hipótese na qual a doutrina denomina de *retrospective overruling*, ou com eficácia *ex nunc*, quando é chamado de *prospective overruling*.

O *retrospective overruling* é aplicado na Inglaterra¹⁴. Por isto, ao lado de criar certezas para o sistema jurídico, outras razões existentes na Inglaterra para não se revogar precedentes são todos os problemas financeiros e contratuais que disso decorrem. Já o *prospective overruling* é instituto praticado e desenvolvido nos Estados Unidos, sendo esta a regra por lá (TUCCI, 2004, p.179).

Didier Jr, Braga e Oliveira (2013, p.400-401) explicam que tais efeitos podem ser modulados, sendo que a mera divisão dos efeitos em *ex nunc* e *ex tunc* não é o suficiente para esclarecer a complexidade do caso, dividindo a modulação dos efeitos em: retroativa pura, quando a revogação abrange todos os fatos passados, inclusive os já julgados, cabendo ação rescisória; retroativa clássica, quando abrange os fatos passados, excetuando os já julgados; prospectiva pura, quando abrange exclusivamente fatos posteriores, não sendo sequer aplicado aos litigantes do caso em análise; prospectiva clássica, quando abrange apenas fatos novos, incluindo, no entanto, a aplicação no caso discutido; e prospectiva a termo, hipótese em que é fixada uma data ou condição para início da aplicação do novo entendimento.

2.3.3 – Técnicas: *technique of signaling, transformation e overriding*.

Além do *distinguishing* e do *overruling*, nos Estados Unidos, também são empregadas as técnicas denominadas de *technique of signaling, transformation e overriding*, que valem ser, ao menos, apontadas neste trabalho.

A técnica da *signaling* ou sinalização ocorre quando o tribunal percebe que o conteúdo do precedente está equivocado, porém, em vez de proceder à sua revogação através do *overruling*, apenas aponta para a sua perda de consistência, informando que haverá uma futura

¹⁴ O *prospective overruling* encontrou resistência de aceitabilidade no solo inglês. Começou a ser visto com mais sensibilidade pela *House of Lords* no julgamento do caso *National Westminster Bank plc vs Spectrum Plus Limited and others*. (BUSTAMANTE, 2012, p.419-421).

revogação. Ou seja, “por meio dela, o tribunal, percebendo a desatualização de um precedente, anuncia que poderá modificá-lo, fazendo com que ele se torne incapaz de servir como base para a confiança dos jurisdicionados” (DIDIER JR, BRAGA; OLIVEIRA, 2013, p.475).

Tal técnica é de importante aplicação, uma vez que o *overruling*, mesmo que dotado apenas de efeito prospectivo, ao mudar repentinamente o entendimento acerca da matéria, poderá causar prejuízos à segurança jurídica dos jurisdicionados.

Quando é difícil saber, diante das particularidades das relações que se basearam no precedente, se o imediato *overruling* com efeitos prospectivos é suficiente para garantir a justificada confiança, torna-se prudente apenas sinalizar para a revogação futura, dando aos advogados tempo para preparar os seus clientes no sentido de que não mais poderão se pautar no precedente (MARINONI, 2010, p.343-344).

Portanto, a utilização desta técnica depende da situação social em que está inserida a provável mudança de entendimento, devendo o julgador analisar as consequências da imediata revogação através do *overruling* com as do mero apontamento de incongruência do precedente, através da *signaling*, levando em consideração a previsibilidade e a confiança do precedente.

A *transformation*, por seu turno é a técnica pela qual o tribunal altera o sentido do precedente, sem revogá-lo, “hipótese em que a Corte não realiza o *overruling*, nem muito menos o *distinguishing* do caso sob julgamento para deixar de aplicar o precedente, mas em que faz a transformação ou reconfiguração do precedente sem revogá-lo” (MARINONI, 2010, p.444).

A *transformation* ocorre quando, apesar do pedido não estar circunscrito na *ratio decidendi* do precedente, admite-se sua utilização por entender que, no caso, se chegou ao resultado correto, “transformando” o precedente ao atribuir relevância aos fatos e compatibilizando o resultado do caso em julgamento com o precedente transformado (MARINONI, 2010, p.443).

Ressalta-se, assim, que a *transformation* deve ser aplicada quando ainda não estão configurados os requisitos ensejadores da *overruling*, hipótese na qual o precedente deveria ser revogado, sustentando-se, assim, a *transformation* quando a causa ainda não está madura, sendo necessário um maior debate jurídico a fim da Corte decidir pela revogação ou não do precedente. No entanto, “mediante a desconstrução de precedente e casos já julgados, a

transformation evidencia a superação da *ratio decidendi* do precedente no curso da história” (MARINONI, 2010, p.445).

Por fim, o *overriding* é a limitação ou restrição da incidência do precedente, observada em situações em que o tribunal limita o âmbito de incidência de um precedente em virtude de uma regra de direito superveniente que impede sua aplicação em sua totalidade, assemelhando-se, portanto, a uma espécie de revogação parcial do precedente.

Assim, apesar da doutrina apontar para o *overriding* como uma espécie de revogação parcial, em verdade, este instituto assemelha-se muito mais ao *distinguishing* do que ao *overruling*, pois não possui o condão de superar ou substituir a *ratio decidendi*, mas apenas limitar a sua aplicação. “Note-se que, ainda que o *overriding* trate da mesma situação envolvida no precedente, embora a luz de novo entendimento, ele não anuncia a sua revogação” (MARINONI, 2010, p.450).

3- OS PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

3.1 – A crise no modelo brasileiro de justiça e o desenvolvimento do Direito jurisprudencial no Brasil.

Nunca na história republicana do país, juízes e desembargadores alcançaram tanta evidência como agora. Graças às prerrogativas concedidas pela Constituição de 1988, o Poder Judiciário passou a interferir na agenda política e econômica do país, além de exercer enorme protagonismo social, seja ao assegurar a proteção de interesses difusos, seja intervindo em questões relativas à justiça social distributiva.

Como constata Luís Roberto Barroso e Patrícia Mello (2016, p.35), ocorreu, nas últimas décadas, uma judicialização da vida, sendo três os grandes fatores responsáveis pelo fenômeno: a redemocratização, a constitucionalização abrangente e a amplitude do sistema de controle de constitucionalidade. A par da judicialização, sobreveio uma tendência de ativismo judicial¹⁵, evidenciada, por exemplo, na aplicação direta da Constituição a situações não tratadas na legislação ordinária e na interferência judicial em políticas públicas.

Com o avanço do protagonismo judiciário e o apelo da opinião pública, promotores e procuradores da República passaram a recorrer a gravações clandestinas e escutas ilegais, com o objetivo de formular denúncias criminais contra dirigentes do Executivo e do Legislativo (FARIA, 2004, p.103), e magistrados passaram a se opor às sucessivas reformas impostas pelo Executivo, como a previdenciária e a trabalhista¹⁶.

A ampliação dos direitos garantidos pela Constituição, não somente os de matriz liberal, mas também, principalmente, a ampla gama de direitos sociais previstos e sua respectiva complexidade, bem como a possibilidade de o Poder Judiciário revisar e controlar leis e atos administrativos através do controle difuso de constitucionalidade, acabaram por colocar o Poder Judiciário “na berlinda” (SADEK, 2004, p.81), tornando-o o *locus* de resolução de

¹⁵ Para Luís Roberto Barroso a ideia de ativismo judicial está associada a “uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes” (BARROSO, 2011, p. 06).

¹⁶ <https://www.conjur.com.br/2017-set-12/juizes-preveem-nao-aplicar-reforma-trabalhista-foi-aprovada>

conflitos entre os Poderes e entre estes e o cidadão. “As promessas não cumpridas da democracia acabam por recair sobre os ombros do Poder Judiciário” (SILVA, 2017, p.65-66).

Contudo, o Poder Judiciário demonstra-se ineficaz à consecução dos objetos propostos pelo constitucionalismo pós-moderno. Perante a opinião pública, o Judiciário tem sido visto como um moroso e inepto prestador de um serviço público¹⁷. No Executivo, os responsáveis pelo Orçamento Geral da União o encaram como um aparato caro, com baixa eficiência gerencial e insensível ao equilíbrio das finanças públicas¹⁸. A par disto, há muito tem se proclamado a crise do Poder Judiciário, justificando diversas reformas. (FARIA, 2004, p.103)

Neste ínterim, Boaventura Santos, Maria Marques, João Pedrosa e Pedro Ferreira (1996, p.27) aduzem que a crise no modelo de justiça se traduz pela ineficiência com que este vem desempenhando suas três funções básicas: a instrumental, a política e a simbólica.

Pela função instrumental, entende-se que o Poder Judiciário é o meio próprio pelo qual há a pacificação dos conflitos da sociedade. Pela função política, exerce um papel decisivo como mecanismo de controle social e político, fazendo cumprir direitos e obrigações contratuais, reforçando as estruturas vigentes de poder e assegurando as balizas democráticas e constitucionais. Por último, a função simbólica consiste em disseminar um sentido de equidade e justiça na vida social, democratizando as expectativas dos atores na interpretação da ordem jurídica e pacificando os conflitos (SANTOS et al., 1996, p.28).

A ineficiência do Poder Judiciário ao lidar com as expectativas supra referidas no exercício de suas funções decorre, em grande parte, da incompatibilidade estrutural entre sua arquitetura e a realidade socioeconômica sobre a qual tem de atuar.

Em termos históricos, desde seus primórdios jurídicos herdados do período colonial, o Poder Judiciário, como instituição de feições inquisitórias, forjado pelo Estado português a partir de raízes culturais da Contra- Reforma, com seus prazos, instâncias e recursos, sempre foi organizado como um burocratizado sistema de procedimentos escritos. Em termos

¹⁷ Consoante pesquisa realizada pela InformEstado, realizada na cidade de São Paulo, 72% acham que a Justiça não age com rapidez. Entretanto, 73% entendem que o Judiciário está mais acessível a todos e 36% já acionaram a Justiça. Todavia, 15% dos entrevistados necessitaram da prestação jurisdicional, mas deixaram de entrar em juízo. Dentro desse grupo, a lentidão da Justiça foi apontada por 36% das pessoas como a razão principal para o não-ajuizamento da demanda (GUERREIRO, 2007, p.85).

¹⁸ Em 2010, as despesas totais da Justiça Estadual, Federal e Trabalhista, crescentes nos últimos anos, já atingiam o respeitoso montante de R\$ 41 bilhões, o equivalente a 1,12% do PIB ou a R\$ 212,37 por habitante. O gasto por processo não é exatamente baixo: R\$ 1,69 mil, na média geral. Na Justiça do Trabalho, o preço chega a R\$ 3,2 mil por caso novo (BRASIL, 2016).

funcionais, o Poder Judiciário foi concebido para exercer as funções instrumentais, políticas e simbólicas no âmbito de uma sociedade postulada como sendo estável, com níveis equitativos de distribuição de renda e um sistema legal integrado por normas padronizadoras e unívocas (FARIA, 2004, p.104).

Os conflitos, neste sentido, seriam, basicamente interindividuais e surgiriam a partir de interesses unitários, mas encarados em perspectiva diametralmente opostas pelas partes. Desse modo, a intervenção judicial ocorreria após a violação de um direito substantivo e sua iniciativa ficaria a cargo dos lesados. A litigância judicial versaria sobre eventos passados e os processos judiciais seriam um procedimento em grande parte controlado pelas partes, a quem caberia a responsabilidade de definir as principais questões submetidas a juízo e o alcance do julgamento restaria circunscrito somente a elas (FARIA, 2004, p.104).

Contudo, a realidade nacional é incompatível com esse modelo de justiça. Iníqua e conflitiva, a sociedade brasileira se caracteriza por situações de miséria que negam o princípio da igualdade formal perante a lei, impedem o acesso de parcelas significativas da população aos tribunais e comprometem a efetividade dos direitos fundamentais. Seja pelo aumento do desemprego aberto ou oculto; por uma violência e criminalidade urbanas desafiadoras da ordem democrática e oriundas dos setores sociais excluídos da economia formal, para os quais a transgressão cotidiana se converteu na única possibilidade de sobrevivência; por uma apropriação perversa dos recursos públicos, submetendo deserdados de toda sorte a condições deploráveis de vida; ou por um sistema legal incoerente, fragmentário e incapaz de gerar previsibilidade das expectativas (FARIA, 2004, p.105).

Esta incompatibilidade jurídica deve-se, muito em parte, ao modelo herdado da *Civil Law*, fundada no Estado Legislativo¹⁹, que refletia interesses jurídicos significativamente mais homogêneos quando comparado à ordem social pluralista dos dias atuais. Na verdade, esses interesses homogêneos, convenientes somente a uma parcela da sociedade, confundiam-se com a vontade de toda a sociedade, incorporada pela lei, sendo, portanto, os únicos que importavam à regulação jurídica estatal. “A ideia de lei genérica e abstrata, fundada no Estado

¹⁹ Termo utilizado para identificar o Estado em que “a Lei e o Princípio da Legalidade eram as únicas fontes de legitimação do Direito, na medida em que uma norma jurídica era válida não por ser justa, mas sim, exclusivamente, por haver sido *posta* por uma autoridade dotada de competência normativa” (CUNHA JÚNIOR, 2008, p.35).

Legislativo, supunha uma sociedade homogênea, composta por ‘homens livres e iguais’ e dotados das mesmas necessidades” (MARINONI, 2010, p.43).

Não obstante a complexidade da ordem social inspirada unicamente no arbítrio da lei, toda a completude da vida social, em verdade, não interessou ao Estado Legislativo, que, ao revés, ocupava-se apenas com os anseios da burguesia ascendente. “E o legalismo se torna necessariamente também formalismo, já que, de agora em diante, será direito só aquele conjunto de fatos socioeconômicos que o Estado tornará jurídicos graças aos seus complicados tecidos filtrantes” (GROSSI, 2010, p.104).

Portanto, a redução da complexidade social constituiu um processo forçado, levado a cabo pela normatização jurídica de alguns poucos fatos sociais. Tratavam-se de relações fundadas, sobretudo, em aspectos patrimoniais e familiares que prevaleciam no cenário social da época. E como tais hipóteses fáticas pouco variavam, raramente apresentando peculiaridades que fugissem à moldura abstrata da lei, o papel do juiz era facilmente limitado ao enquadramento lógico da hipótese fática à norma abstrata (SANTOS et al., 1996, p.52).

Muitas situações da vida, assim, foram deliberadamente ignoradas pelo legislador. A elas, simplesmente não se reconhecia carga jurídica, “ou melhor, a tem, mas não será reconhecida pelo poder detentor de sanções e coações e, portanto, por este relegada ao inferno das ilicitudes ou, se for por bem, ao limbo da irrelevância” (GROSSI, 2010, p.107).

Considerando a suposta igualdade existente entre os indivíduos, bem como a preocupação do Direito voltada para interesses homogêneos, tornou-se perfeitamente possível a obtenção da certeza jurídica nas relações sociais através da completude legislativa. É que, em verdade, como visto, a lei se destinava a tratar de uma realidade absolutamente circunscrita a determinada classe social, regulando os mesmos casos, aonde sempre estavam envolvidos os mesmos cidadãos (burgueses) e interesses homogêneos (patrimônio, contratos, família), de modo que as circunstâncias fáticas pouco divergiam, havendo pouco espaço para peculiaridades concretas. Diante disso, o sentido da lei e a interpretação que lhe era dada eram significativamente mais estáveis.

Contudo, tal paradigma, além de absolutamente divergente da realidade socioeconômica brasileira, ainda fora radicalmente reformulado com a ascensão do Estado Constitucional e da propagação das ideias advindas do *welfare state*. Ao contrário do que sucedeu no Estado Legislativo, o legislador contemporâneo não forjou a redução da complexidade social

destinando regulação homogênea aos interesses jurídicos surgidos em sociedade. As legislações atuais, na esteira do que apregoam as Constituições promulgadas após a Segunda Guerra Mundial, ao revés, reconhecem a multiplicidade de interesses jurídicos que demandam tutela estatal (GROSSI, 2010, p. 134).

A nova ordem constitucional reforçou o papel do Judiciário na arena política, definindo-o como uma instância superior de resolução de conflitos entre o Legislativo e o Executivo, e destes poderes com os particulares que se julguem ofendidos em seus direitos e garantias consagradas na Constituição. O protagonismo político do Judiciário está inscrito em suas atribuições e em seu modelo institucional. As atribuições não apenas foram aumentadas com a incorporação de um extenso catálogo de direitos e garantias individuais e coletivos, como alargaram-se os temas sobre os quais o Judiciário, quando provocado, deve se pronunciar (FARIA, 2004, p. 113).

O despertar de uma nação para os seus direitos, reprimidos por décadas de autoritarismo, a promulgação de uma Constituição garantidora de direitos, a consolidação de visões consumeristas, ambientalistas, entre outras, geraram um excesso de demandas nunca antes experimentado. Neste cenário, o Poder Judiciário passou a ser exigido pelos cidadãos que buscam ansiosamente a outorga de direitos outrora negados pelos anos de repressão. De outra banda, o Judiciário não estava preparado para receber a avalanche de demandas oriundas da ideia do acesso irrestrito a jurisdição.

O acesso à justiça que antes representava uma simples garantia formal, dentro da estrutura arcaica, complicada e carregada de ônus pecuniário, impossível de ser suportado pelo cidadão comum, passou a representar um direito efetivo.

Houve um redirecionamento sistêmico, e a Constituição da República passou a viabilizar o acesso ao Judiciário, não mais restrito aos interesses individuais, mas estendendo-se também aos interesses coletivos. (BACELLAR, 2003, p.30).

Como tratam Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Humberto Theodoro Junior, o Poder Judiciário precisa lidar com três espécies de litígio atualmente:

(a) individual ou de varejo: sobre a qual o estudo e a dogmática foram tradicionalmente desenvolvidos, envolvendo alegações de lesões e ameaças a direitos isolados; (b) litigiosidade coletiva: envolvendo direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, nos quais se utilizam v.g., procedimentos coletivos representativos, normalmente patrocinados por legitimados extraordinários (órgão de execução do Ministério Público, Associações representativas) mediante as *Class Actions*, *Defendant Class Actions*, *Verbandsklage*, etc; e (c) em massa ou de alta intensidade: embasadas prioritariamente em direitos individuais homogêneos que dão margem à propositura de ações individuais repetitivas ou seriais, que possuem como base pretensões isomórficas, com especificidades, mas que apresentam

questões (jurídicas e/ou fáticas) comuns para a resolução da causa (NUNES; BAHIA; THEODORO JUNIOR, 2011, p.19).

A incapacidade estrutural e a falta instrumental teórico-dogmático pelo Poder Judiciário para lidar com as demandas coletivas e repetitivas induzem a uma ineficiência na distribuição da Justiça. É por essa razão que se fala em uma imersão na crise do Poder Judiciário que não consegue atender às expectativas sociais depositadas sobre sua atuação (SILVA, 2007, p.66).

Ainda que se ressalte que as críticas às instituições judiciais existem desde a instalação das cortes no período colonial, nos últimos tempos, entretanto, tornou-se dominante a ideia de que essas instituições, além de incapazes de responder à crescente demanda por justiça, tornaram-se anacrônicas e, pior ainda, refratárias a qualquer modificação. Nas análises mais severas, sustenta-se, inclusive que “as instituições judiciais ficaram perdidas no século XVIII ou, na melhor das hipóteses, no XIX, enquanto o resto do país teria adentrado nos anos 2000” (SADEK, 2004, p.84).

A extensão do problema e os contornos do modelo de justiça desejado pela sociedade brasileira foram reconhecidos pelo Ministro Nelson Jobim (2004) em seu discurso de posse na presidência do Supremo Tribunal Federal, que assim dispôs:

A questão judiciária passou a ser tema urgente da nação. O tema foi arrancado do restrito círculo dos magistrados, promotores e advogados. Não mais se trata de discutir e resolver o conflito entre esses atores. Não mais se trata do espaço de cada um nesse poder da república. O tema chegou à rua. A cidadania quer resultados.

Quer um sistema judiciário sem donos e feitores. Quer um sistema que sirva à nação e não a seus membros. A nação quer e precisa de um sistema judiciário que responda a três exigências: - acessibilidade a todos; - previsibilidade de suas decisões; - e decisões em tempo social e economicamente tolerável.

Essa é a necessidade. Temos que atender a essas exigências. O poder judiciário não é fim em si mesmo. Não é espaço para biografias individuais. Não é uma academia para a afirmação de teses abstratas. É, isto sim, um instrumento da nação. Tem papel a cumprir no desenvolvimento do país. Tem que ser parceiro dos demais poderes. Tem que prestar contas à nação. É tempo de transparência e de cobranças.

Além dos problemas numéricos que assolam o judiciário, outra consequência do constitucionalismo para a lógica inserta na *Civil Law* foi, conforme já inicialmente delineado em capítulo prévio, a mudança do paradigma de atuação da magistratura.

Se a mera subsunção ao texto legal se demonstra inócua à solução dos conflitos sociais e econômicos decorrentes da maior complexidade e do acesso à justiça inerentes ao constitucionalismo, a concessão de liberdade quase arbitrária concedida aos julgadores através, principalmente, do controle difuso de constitucionalidade e do fim da concepção do

juiz *bouche de la loi*, tem alcançado uma multiplicidade irracional de decisões díspares sobre casos absolutamente idênticos e proliferado um ativismo judicial nunca antes experimentado, em que, muitas das vezes, o julgamento se embasa em questões pessoais do julgador acerca de conceitos subjetivos como moral e política, justificados na máxima do “livre convencimento motivado”²⁰.

A massificação da demanda judiciária converte os cartórios judiciais em máquinas fordistas de fazer transcrições e expedir notificações, transformando juízes em gestores de cartórios emperrados, ao passo que a extensa divergência jurisprudencial e o caos interpretativo converte os recursos judiciais em um sistema quase automático e repleto de tecnicidades de discutível utilidade, reduzindo as instâncias superiores ao papel de juntas administrativas de confirmação de decisões já anteriormente tomadas em casos idênticos²¹ (FARIA, 2004, p.114).

Diante do quadro apresentado, ao que tudo indica, o país vem apostando em sucessivas reformas legislativas a fim de equacionar os problemas descritos, focando, principalmente, no protagonismo cada vez maior da jurisprudência e em vinculações verticais dos julgados emanados dos tribunais superiores. Nas palavras de Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr. (2012, p.363), essa nova perspectiva “se volta a solucionar com maior segurança jurídica, coerência, celeridade e isonomia as demandas de massa, as causas repetitivas, ou melhor, as causas cuja relevância ultrapassa os interesses subjetivos das partes”.

O marco mais conhecido acerca das modificações sofridas pelo Poder Judiciário é a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, que além de ter promovido a denominada reforma no Poder Judiciário e criado o Conselho Nacional de Justiça, inseriu, ainda, em nosso ordenamento as polêmicas súmulas vinculantes e introduziu a repercussão geral nas questões submetidas a recurso extraordinário.

Todavia, é possível considerar que tal processo já se iniciou há mais de vinte anos, acrescentando, paulatinamente, o poder normativo às decisões judiciais emanadas pelos Tribunais Superiores. Por exemplo, a Lei nº 8.038 de 28 de maio de 1990, que permitiu ao

²⁰ “Enquanto os juízes americanos devem respeito a um método racional de aplicação de precedentes, os nossos não estão submetidos, em rigor, a qualquer forma de controle interno de poder. Podem, ou podiam, decidir de acordo com o seu “livre convencimento motivado”, afastando até mesmo entendimentos sumulados dos Tribunais Superiores. A espanto dos ingleses, decidem diferentemente casos iguais, isto é, *they don't treat like cases alike*” (REZENDE, RICETTO, 2004, p.18)

relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, negar seguimento a pedido ou recurso que contrariar, nas questões predominantemente de direito, súmula do respectivo Tribunal, e a Emenda Constitucional nº 03/1993, que acrescentou o §2º ao art.102 da Constituição Federal e atribuiu efeito vinculante à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em Ação Declaratória de Constitucionalidade.

No pretérito Código de Processo Civil, diversos dispositivos aprovados ao longo dos anos demonstram tal tendência, como é o exemplo dos art. 285-A; art.481, parágrafo único; art.557; art.475, §3º; e art.518, §1º, todos introduzidos em reformas à Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973.

Como se pode perceber, a gradativa ênfase ao caráter paradigmático das decisões dos Tribunais Superiores nos dá a noção da importância do tema, sobretudo quando pensamos na aposta nos precedentes judiciais vinculantes como instrumento que pode conferir efetividade aos princípios elencados no texto constitucional, como o da segurança jurídica, da isonomia, duração razoável do processo e da motivação das decisões judiciais.

3.2 Precedentes Judiciais no Novo Código de Processo Civil.

As sucessivas reformas legislativas com o desiderato de, se não resolver, ao menos mitigar a crise no sistema brasileiro de justiça teria culminado na adoção da *stare decisis* pelo Novo CPC, anunciada por parcela da doutrina como a grande solução para os problemas de celeridade processual e segurança jurídica. Bastos (2014, p.85) defende, por exemplo, que a adoção da *stare decisis* poderia contribuir para equacionar questões de isonomia no trato de litigantes que se encontrem em situações idênticas, para conferir maior estabilidade decisória ao sistema, maior uniformidade jurisprudencial, maior segurança jurídica e que ainda poderia conduzir ao “desafogamento” do Poder Judiciário por permitir o julgamento mais ágil de demandas repetitivas, proporcionando maior celeridade e efetividade ao processo civil.

A versão do Novo Código de Processo Civil aprovada na Câmara dos Deputados chegou a conter capítulo próprio, em seus artigos 520 a 522, que pretendia regulamentar expressamente a formação, aplicação e vinculação ao precedente judicial no Brasil, contudo,

²¹ Entre 1991 e 1996, 84% dos recursos extraordinários e agravos de instrumento julgados pelo Supremo Tribunal Federal foram repetições de casos já decididos pela corte (ARANTES; KERCHE, 1999, p.39).

este capítulo foi retirado da redação final do novo Código aprovada no Senado Federal, através da promulgação da Lei. 13.105 de 16 de março de 2015. Não obstante, mesmo não havendo na lei aprovada o conceito do que seria “precedente”, há diversas menções expressas a ele, o que, para parte da doutrina nacional, demonstra a adoção do sistema de precedentes vinculantes no molde da *stare decisis* pelo Novo Código de Processo Civil. Neste sentido:

Com o Novo Código de Processo Civil, institui-se um sistema amplo de precedentes vinculantes, prevendo-se a possibilidade de produção de julgados com tal eficácia não apenas pelos tribunais superiores, mas igualmente pelos tribunais de segundo grau. Nessa linha, p art.927 do novo Código definiu, como entendimentos a serem obrigatoriamente observados pelas demais instâncias: (i) as súmulas vinculantes, (ii) as decisões proferidas pelo STF em sede de controle concentrado da constitucionalidade, (iii) os acórdãos proferidos em julgamento com repercussão geral ou em recurso extraordinário ou especial repetitivo, (iv) os julgados dos tribunais proferidos em incidente de resolução de demanda repetitiva e (v) em incidente de assunção de competência, (vi) os enunciados da súmula simples da jurisprudência do STF e do STJ e (vii) as orientações firmadas pelo plenário ou pelos órgãos especiais das cortes de segundo grau (MELLO; BARROSO, 2016, p.16).

O CNJ e os Tribunais Superiores, por seu turno, parecem tranquilamente convictos da adesão dos precedentes judiciais vinculantes no sistema processual brasileiro com o advento do atual CPC. Em recente julgado do Supremo Tribunal Federal (BRASIL,2016), o Ministro Edson Fachin fundamenta expressamente o seu voto na teoria da *stare decisis* e seus institutos. Em suas palavras:

O papel da Corte de Vértice do Supremo Tribunal Federal impõe-lhe dar unidade ao direito e estabilidade aos seus precedentes. Conclusão corroborada pelo Novo Código de Processo Civil, especialmente em seu artigo 926, que ratifica a adoção – por nosso sistema- da regra do *stare decisis*, que densifica a segurança jurídica e promove a liberdade e a igualdade em uma ordem jurídica que se serve de uma perspectiva lógico-argumentativa da interpretação.

O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, já anunciou a criação de unidade administrativa para a consolidação do sistema de precedentes insculpido no Novo CPC, denominado Núcleo de Gerenciamento de Precedentes- Nugep (BRASIL,2016). Inclusive, tal criação se deu em conformidade com o que dispõe a Resolução 235/16 do CNJ.

Ocorre que a atribuição de efeitos vinculantes aos julgados no Brasil está sendo feita de maneira bastante peculiar, sendo notável que a adoção dos precedentes judiciais no sistema brasileiro tem se revelado acentuadamente divergente daquela dos países de tradição da *Common Law*. Ademais, parece haver, tanto na doutrina, quanto na prática jurídica, uma confusão conceitual no processo argumentativo ao se defender a aplicação de “súmulas”, “súmulas vinculantes”, “jurisprudência”, “julgados” e “precedentes”.

É o que se denota, por exemplo, da leitura do art.489, V e VI da Lei. 13.105/05²², no qual o legislador parece equiparar o precedente com jurisprudência e súmula. Igualmente, é o posicionamento de parcela da doutrina especializada sobre o tema:

Chamado a resolver casos concretos, o órgão jurisdicional, para criar a norma jurídica individualizada, precisa criar, a partir do Direito Legislado, a norma jurídica geral que fundamente a solução do caso concreto. Essa norma jurídica geral que embasa o caso concreto é a *ratio decidendi*, fundamentação jurídica da decisão, que, se repetida em vários casos, dá ensejo à uniformização da jurisprudência, à edição de enunciado de súmula etc (DIDIER JR, 2008).

Neste sentido, Lênio Streck e Georges Abboud (2016), tecem severas críticas aos precedentes judiciais advindos do Novo CPC e sustentam que a adoção destes divergem dos precedentes oriundos da *Common Law*:

No afã de implantar tal “sistema”, suprimimos direitos. E aumentamos o poder do Judiciário. Simples assim. A raiz disso tudo talvez esteja no que se entende por precedente. Ao que estamos lendo por aí, estão fazendo uma simplista equiparação do genuíno precedente do *common law* à jurisprudência vinculante pindoramense. Ora, o fato de o artigo 927 do CPC elencar diversos provimentos que passaram a ser vinculantes, não pode induzir a leitura equivocada de imaginar que a súmula, o acórdão que julga o IRDR ou oriundo de recurso (especial ou extraordinário repetitivo) são equiparáveis à categoria do genuíno precedente do *common law*.

A confusão entorno da matéria é grande. Ao que tudo indica, parcela da doutrina processual brasileira iguala os precedentes provenientes do Novo CPC àqueles oriundos da *stare decisis*²³ e afirma uma aproximação e até paridade do nosso modelo processual com o da *Common Law*. Há assertivas, inclusive, de que o próprio paradigma teórico do Direito Processual brasileiro teria sido alterado, ao menos, para um sistema híbrido entre a *Common Law* e a *Civil Law* (MOREIRA, 2014), como se o único fator importante a configurar um instituto como precedente judicial advindo da *stare decisis* fosse o seu poder de vincular casos futuros e reduzindo a complexidade da *Common Law* à mera obrigatoriedade de se observar decisões pretéritas.

Tal equívoco ocorre, principalmente, pelo processo de raciocínio do precedente judicial oriundo de nossa tradição civilista, que tende à abstração e generalização no uso de julgados. Neste processo, extrai-se do julgado a “norma geral”- comumente denominada de tese- que se

²² CPC, 2015. Art. 489 (...) V- se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI- deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

²³ “O precedente judicial no Brasil atinge níveis de vinculatividade semelhantes aos do *common law* inglês, o qual é mantido por instrumentos processuais que podem ser tidos como globalmente eficazes para a manutenção da autoridade da jurisprudência dos tribunais superiores” (BRASIL, 2017, p.14).

verifica no caso, representando a complementação da lei escrita ou seu sentido não claro e reproduzindo-a, após, em futuras decisões. “Em se tratando do tratamento do precedente, essa parece ser a aproximação mais familiar aos juristas brasileiros, buscando nos julgados normas gerais, afirmada no (s) caso (s) concreto (s)” (BUSTAMANTE,2012, p.471).

No Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas²⁴, por exemplo, o recurso é encaminhado ao órgão do respectivo tribunal para análise do incidente e fixação da tese jurídica que deve ser obrigatoriamente respeitada pelas cortes inferiores, processo semelhante ao dos Recursos Especial e Extraordinário Repetitivos, no qual a fixação de tese jurídica vinculante também é direcionada ao tribunal competente para julgamento²⁵. Tal processo já ocorria no pretérito Incidente de Uniformização de Jurisprudência previsto no revogado Código de Processo Civil de 1973, com a diferença que este não detinha poder vinculante, evidenciando o caráter tradicional de formulação de teses no Direito Processual pátrio.

Outro exemplo desse processo de fixação de teses vinculantes é o julgamento do já citado RE 655.265/DF, quando o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o recurso, fixa a tese: “é constitucional a regra que exige a comprovação do triênio de atividade jurídica privativa de bacharel em Direito no momento da inscrição definitiva”, que deve ser replicada pelas instâncias inferiores.

Os imbrólios não terminam com a incorreta equiparação dos nossos precedentes judiciais com aqueles advindos da *stare decisis*, havendo divergência quanto a quais provimentos judiciais teriam sido alçados ao *status* de precedente e tornados vinculantes.

Parte da doutrina aduz que os precedentes estão elencados no rol do art.927 do CPC. É, neste sentido, por exemplo, o enunciado de número 170 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “(art.927, caput) As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art.927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos”. Contudo, este não parece ser o melhor entendimento, uma vez que, além do *caput* do art.927 do CPC indicar que os tribunais “observarão”²⁶ tais provimentos, tal rol inclui diversos provimentos – como é o caso dos enunciados das súmulas e das orientações do plenário ou do

²⁴ CPC,2015. Art.978. (...) Parágrafo único. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.

²⁵ CPC, 2015. Art.1040. (...) III- os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior.

²⁶ CPC,2015. Art.927. Os juízes e tribunais observarão:

órgão especial a que o tribunal estiver vinculado- que, além de serem incompatíveis com uma aplicação sequer semelhante à *stare decisis*, ainda não se encontram respaldados pela possibilidade de reclamação em caso de inobservância.

Tendo em vista que a força vinculante dos nossos precedentes judiciais, ao revés da *Common Law*, incorrem de imposição legal, a melhor doutrina, ressalvadas as divergências quanto à *stare decisis*, é aquela que elenca como precedente judicial vinculante o Acórdão proferido em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, Incidente de Assunção de Competência, pelo Supremo Tribunal Federal em controle concretado de constitucionalidade e em Recurso Extraordinário Repetitivo, bem como pelo Superior Tribunal de Justiça em Recurso Especial Repetitivo, por serem estes os provimentos cuja aplicação é assegurada por reclamação. Ressalta-se, ademais, que a redação do art.988 do Novo CPC não deixa clara a possibilidade de utilização da reclamação em se tratando dos recursos extraordinário e especial repetitivos, uma vez que tal interpretação se dá a *contrário sensu* da leitura do inciso II de seu §5^o²⁷.

Assim, constatado que a valorização dos precedentes judiciais no sistema jurídico processual pátrio ocorreu de modo bastante peculiar ao ocorrido nos países da *Common Law*, se faz necessário, antes de se analisar criticamente o modelo de precedentes insculpidos no Novo CPC, realizar uma despoluição semântica, demonstrando as divergências entre institutos díspares como a jurisprudência, o precedente e a súmula, bem como demonstrar as divergências existentes entre os precedentes judiciais brasileiros e aqueles oriundos da *stare decisis*, deixando claro que, em verdade, há muita pouca similitude entre ambos que não o efeito vinculante.

3.3 Precedente Judicial, jurisprudência e súmula.

Verifica-se que, sob o ponto de vista técnico, reina inequívoca imprecisão na prática do direito e até na doutrina daquilo que se concebe por jurisprudência, precedente judicial e súmula, bem como as suas respectivas classificações. Assim, torna-se necessário traçar os respectivos conceitos.

²⁷ Art.988 (...) §5º É inadmissível a reclamação: (...) II- proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

Em sistemas jurídicos de tradição da *Civil Law*, como o nosso, nos quais predomina a legislação escrita, o termo jurisprudência – que é polissêmico- geralmente indica uma pluralidade de decisões relativas a vários casos concretos, acerca de um determinado assunto, mas não necessariamente sobre uma idêntica questão jurídica. Esse modo de lidar com a jurisprudência, cujo conhecimento é, via de regra, fornecido pela consulta rápida nos sítios eletrônicos dos próprios tribunais revela, em algumas hipóteses, a tendência do posicionamento do tribunal sobre a interpretação de determinada matéria ou texto legal (TUCCI, 2004, p.191).

A jurisprudência, portanto, é considerada como uma série de decisões sobre determinada matéria proferida por um tribunal específico, servindo como orientação para o magistrado no instante da interpretação e aplicação da norma jurídica no caso em concreto. Marcelo Alves Dias de Souza (2007, p.41) aduz, ainda, que o termo “jurisprudência” é usado, na prática jurídica, em pelo menos quatro acepções: “como sinônimo de filosofia ou ciência do Direito; significando uma série de decisões judiciais uniformes sobre uma mesma questão jurídica; representando, de modo menos preciso, o conjunto de decisões judiciais de um país como um todo; referindo-se, impropriamente, a uma decisão judicial ‘isolada’”.

Quando se alude ao precedente, refere-se, geralmente, a uma decisão relativa a uma situação particular, enquanto, como acima visto, a citação da jurisprudência encerra uma pluralidade de decisões relativas a vários e diversos casos concretos.

Quando se fala em precedente se faz normalmente referência a uma decisão relativa a um caso particular, enquanto que quando se fala da jurisprudência se faz normalmente referência a uma pluralidade, frequentemente bastante ampla relativa a vários e diversos casos concretos (...) em regra a decisão que se assume como precedente é uma só, de modo que fica fácil identificar qual decisão faz precedente. Ao contrário nos sistemas nos quais se alude à jurisprudência, se faz referência normalmente a muitas decisões: às vezes são dúzias e até mesmo centenas (TARUFFO, 2010, p.142-143).

A diferença não é apenas semântica. Diferentemente da citação da jurisprudência, na qual se reportam trechos ou extratos mais ou menos sintéticos da motivação, o precedente somente é compreendido pela interpretação da controvérsia antes resolvida. É assim do cotejo da integralidade de pelo menos duas situações fáticas – a já julgada e a que está sob julgamento- que o julgador do caso em análise estabelece a relação de precedente aplicável ou não a este, através da técnica do *distinguishing*.

Afirma Taruffo (2010, p.136), ainda que a jurisprudência pode desfrutar de acentuada eficácia persuasiva se ficar demonstrado que o julgamento sobre determinada matéria, reiterado em vários acórdãos, desponta uniforme e sedimentado, ao passo que “apenas um único precedente é suficiente para fundamentar a decisão do caso sucessivo”, além deste possuir efeito vinculante, superior ao meramente persuasivo da jurisprudência.

Destaca-se, por fim, que nem toda jurisprudência tem condição de integrar súmula de um tribunal, precisando, antes, preencher os pressupostos normativos estabelecidos nas regras de organização daquele tribunal para ser sumulada.

Podemos buscar o conceito do que seja “súmula”, por seu turno, na própria raiz latina do termo – *summula*- diminutivo de *summa*; o ponto mais alto de algo, a primeira categoria, o ponto essencial. Também significa o sumário, a sinopse de um assunto, ou ainda a “autoridade máxima” em determinada matéria (NOGUEIRA, 2011, p.220). Dentro destes contornos, pode-se entender que, no contexto jurídico, súmulas seriam enunciados e ementas que buscam revelar a orientação jurisprudencial de um tribunal sobre determinado assunto.

No âmbito jurídico, a súmula de jurisprudência refere-se a teses jurídicas solidamente assentes em decisões jurisprudenciais das quais se retira um enunciado, que é o preceito doutrinário que extrapola os casos concretos que lhe deram origem e pode ser utilizado para orientar o julgamento de outros casos (SIFUENTES, 2005, p.237-238).

Teoricamente inspirada pelo então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Victor Nunes Leal²⁸ e instituída através do Regimento Interno deste tribunal em 1963, as súmulas tinham por função originária apenas ser um método de trabalho destinado a organizar e facilitar a tarefa judicante ao permitir a consulta a julgados anteriores (SILVA, 2017, p.69).

Ao julgar os recursos ordinários e extraordinários sobre determinada matéria, o STF acaba por criar e consolidar um entendimento sobre o assunto, o que o levou a iniciativa de coordenar ou sistematizar a sua jurisprudência mediante a elaboração de enunciados que resumissem as teses consagradas a partir de reiteradas decisões sobre um mesmo assunto, a fim de facilitar a tarefa dos operadores do Direito, facilitando o acesso ao entendimento do tribunal.

²⁸ No julgamento do Recurso Extraordinário 54.190, o então Ministro Victor Nunes Leal, bem expressa que a súmula informa apenas que o tribunal tem determinado entendimento sobre uma matéria e não poderá ser vista como uma lei e, enquanto tal, pretender aplicação como se fosse. (ALMEIDA, 2006, p.32-33)

A partir das diversas legislações que reformaram o Código de Processo Civil de 1973, a súmula, ao invés de método de trabalho, passou a conhecer finalidade que antes não possuía e para a qual não fora criada, qual seja, ser impeditiva de recurso²⁹ e, ademais, ser fundamento suficiente para o provimento de recurso³⁰.

No entanto, é com a promulgação da EC 45/2004 que a súmula sofreu sua mais radical e polêmica reforma, que concedeu ao enunciado da súmula produzida pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade o poder de vincular tanto os demais órgãos do Poder Judiciário, quanto o próprio STF e, inclusive, a administração pública, prevendo a Reclamação como meio a sancionar o descumprimento judicial ou administrativo de súmula vinculante³¹.

Cabe ressaltar que os enunciados, tão utilizados na prática jurídica como se fossem a própria súmula, são, na verdade, textos resultantes da uniformização jurisprudencial inseridos no corpo da súmula, o qual recebe uma numeração. Contudo:

As palavras súmula e enunciado, embora tenham significados diferentes, acabaram por serem usadas indistintamente, de modo que, por súmula, atualmente entende-se comumente o próprio enunciado, ou seja, o preceito genérico tirado do resumo da questão de direito julgada (SIFUENTES, 2005, p. 238).

Assim, a construção de súmulas remonta a uma prática tradicional e consolidada no sistema judiciário pátrio, não derivando de um caso concreto como o precedente, mas de um enunciado interpretativo, formulado em termos gerais e abstratos. Por consequência, o enunciado sumulado não faz referência aos fatos que estão na base da questão jurídica julgada e, assim, não pode ser considerado como precedente em sentido próprio, mas apenas um pronunciamento judicial que traduz a eleição entre opções interpretativas referentes a normas gerais e abstratas. “Sua principal finalidade consiste na eliminação de incertezas e

²⁹ CPC, 1973. Art. 518. (...) §1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

³⁰ CPC, 1973. Art. 544. (...) §4º No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o julgamento do agravo obedecerá ao disposto no respectivo regimento interno, podendo o relator: (...) II- conhecer do agravo para: (...) c) dar provimento ao recurso se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal.

³¹ CFRB, 1988. Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. §3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

divergências no âmbito da jurisprudência, procurando assegurar uniformidade na interpretação e aplicação do direito” (TARUFFO, 2010, p.138).

Mesmo a súmula vinculante não pode ser interpretada como se precedente o fosse. Nos precedentes, a tese jurídica extraída na sua decisão é necessariamente relacionada aos acontecimentos do caso, sendo que, quando não presente essa relação, pode ocorrer a não aplicação do precedente. Ao passo que as súmulas vinculantes procuram a adequada delimitação de um enunciado jurídico, neutralizando as circunstâncias do caso que gerou sua edição, havendo pouca, ou nenhuma, preocupação do julgador ao aplicar a súmula em analisar a demanda ou demandas que motivaram a sua confecção, o que difere e muito do estudo realizado pelo magistrado da *Common Law* no momento da utilização do precedente. Assim, enquanto o poder vinculante da súmula decorre da imposição legal, “a força vinculante do precedente está intrinsecamente conectada às matérias jurídicas tratadas pela Corte que decidiu e à sua relação com os fatos do caso” (NUNES; LACERDA; MIRANDA ,2013, p.186).

Ademais, mesmo que se tentasse traçar um paralelo entre a edição de súmula e a extração da *ratio decidendi* pelo precedente, ainda assim, não haveria correlação entre os institutos, uma vez que a *ratio decidendi* é extraída do precedente através de complexo processo interpretativo realizado tanto pelas partes quanto pelos julgadores dos casos posteriores, em uma miríade de debates entorno da matéria, muito diferente do nosso processo de produção de enunciado de súmula, que já vem pronto e acabado pelo tribunal que o confeccionou.

Tal divergência ocorre, em muito em conta, pelo modelo pátrio de julgamento por acórdãos. Neste modelo, cada julgador tem autonomia para decidir e cada voto não precisa considerar em nada os demais, de modo que a contagem de votos pela inconstitucionalidade ou constitucionalidade da norma ao final da votação é tranquilamente verificável, mas a determinação da regra jurídica não o é, diante da possibilidade de mesmo em um julgamento decidido por unanimidade, cada um dos onze ministros ter votado por razões completamente diversas, já que cada qual elabora seu próprio voto de forma independente dos demais, emergindo expressa dificuldade ou até impossibilidade da identificação da *ratio decidendi*. (BRASIL,2015, p.86)

3.4 A *ratio decidendi* dos precedentes judiciais no Novo Código de Processo Civil.

Uma perfunctória leitura da Lei 13.105/15, principalmente por tratar de forma pouco técnica conceitos como precedente e *ratio decidendi*, pode levar o leitor a, de fato, equiparar o precedente da *Common Law* com os provimentos judiciais com força vinculante previstos na referida lei. Contudo, uma leitura mais atenta permite identificar diferenças substanciais entre os dois institutos e a principal é a forma com a qual a *ratio decidendi* é extraída do precedente e aplicada aos casos análogos.

Conforme já salientado em capítulo pretérito, a *ratio decidendi* em solo brasileiro é chamada de tese. É o que se extrai, por exemplo, da leitura dos artigos 927, §2º e §4º e 985 do CPC³², dentre outros. Neste sentido, também é a doutrina:

O CPC/2015 acolheu categorias muito semelhantes àquelas do direito comparado. Determinou, assim, que o teor vinculante do precedente corresponderá à tese firmada no julgamento (art.988, III, IV e §4º c/c art.987, §2º). Previu, também, que a tese não se confunde com os fundamentos da decisão, embora reconheça a importância destes para determinar o teor e o alcance daquela. O exame sistemático dos vários dispositivos que tratam do assunto permite a definição da tese como um conceito assemelhado ao conceito de *ratio decidendi* do *common law*, ou seja, como uma descrição do entendimento jurídico firmado pela corte como premissa necessária a decisão do caso (MELLO; BARROSO, 2016, p.46).

Na sistemática processual pátria, a mesma Corte incumbida do julgamento do recurso ou incidente que possui poder vinculante e, portanto, da criação do precedente é a mesma que o interpreta e extrai a *ratio decidendi*, formando a chamada tese jurídica oriunda do precedente, consistente em um enunciado breve que representa o centro do significado de uma regra legal tal qual interpretada por aquele julgamento³³, em um processo de fechamento argumentativo acerca da interpretação dada a determinada matéria em que, muitas das vezes,

³² CPC,2015. Art.927 (...) §2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. (...) §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.

CPC,2015. Art.985 Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: I- a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; II- aos casos futuros que versem sobre idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art.986.

³³ CPC,2015. Art.978 (...) Parágrafo único. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o precedente.

CPC, 2015.Art.979 (...)§2º Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterà, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.

há pouca ou nenhuma atuação dos demais atores do processo judicial. O processo de criação das teses jurídicas pelos tribunais superiores, assim, muito mais se assemelha com a criação dos enunciados de súmula, com a diferença que são extraídas de apenas um julgado, do que com o processo de formulação da *ratio decidendi* da *Common Law*³⁴.

Após o Superior Tribunal de Justiça julgar o Recurso Representativo de controvérsia e delimitar a **tese abstrata** a ser aplicada aos demais casos de demandas repetitivas, o Tribunal de origem tem duas possibilidades quando do juízo de retratação: Pode seguir o entendimento, reconhecendo a autoridade da *ratio decidendi* do Recurso Representativo de controvérsia, ou, então; pode realizar o *distinguishing*, diferenciando o caso em análise daquele Representativo de controvérsia (BRASIL, 2015, p.116).

Note-se que, ao tribunal inferior, resta o trabalho de identificar ou não a semelhança entre os casos. Não há possibilidade de interpretação, ampliação ou redução da *ratio decidendi*. Ao proferir o julgamento de precedente, a corte competente já o formula com o desiderato de vincular as demais instâncias. O precedente já nasce como se assim o fosse, enquanto “o precedente genuíno do *common law* nunca nasce desde-sempre precedente” (ABBOUD; STRECK, 2016). O precedente da *Common Law* inicia o debate acerca da matéria, sendo completado através da atuação de diversos atores do processo, como os advogados das partes, juízes singulares e demais tribunais, ao passo que o precedente brasileiro faz o caminho contrário, sendo o fechamento do processo interpretativo acerca da matéria. O entendimento daquele tribunal torna-se, assim, o entendimento do Poder Judiciário acerca da matéria e a única interpretação possível a ser abarcada pelo Direito.

No momento em que os juízes e tribunais interpretam para resolver os casos, colaboram para o acúmulo e a discussão de razões em torno do significado do texto legal, mas, depois da decisão interpretativa elaborada para atribuir sentido ao direito, estão obrigados perante o precedente. (MARINONI; MITIDIERO; ARENHART, 2015, p.105)

De acordo com Dierle Nunes (2011, p.52), o que se tem buscado no Brasil é uma espécie de padronização decisória, com a replicação de decisões modelo em vários casos que sejam similares. Em obra conjunta, Rafael Dilly Patrus e Dierle Nunes (2013, p. 373) afirmam que a utilização de precedentes, tal como concebida atualmente, vem promovendo um verdadeiro fechamento argumentativo, como se as questões assentadas nos tribunais estivessem definitivamente encerradas.

³⁴ Câmara (2015, p.437) esclarece: “ nos sistemas jurídicos vinculados à tradição de *common law*, quem diz que uma decisão judicial é precedente é o juiz do caso seguinte. ”

O referido fechamento argumentativo é em parte mitigado quando se trata de precedentes oriundos dos recursos especial e extraordinário repetitivos, isto porque estes prescindem da existência de múltiplos recursos sobre a mesma matéria – mesmo que o conceito de “múltiplo” não seja adequadamente delimitado na lei-, o que presume uma multiplicidade de decisões com opiniões e teses diferentes elaboradas pelas partes, juízes e tribunais. Não se olvidando, contudo, de que tais julgamentos, muitas das vezes, acabam por ignorar especificidades existentes entre o caso “modelo” e os demais.

No entanto, é no julgamento do Incidente de Demandas Repetitivas e no Incidente de Assunção de Competência que o óbice argumentativo do precedente brasileiro encontra o seu ápice, uma vez que, nos casos abarcados pelos incidentes, estes poderão ser julgados pelos tribunais sem que haja qualquer participação dos juízes singulares ou de outros advogados acerca da interpretação dada a matéria, extirpando-os do processo argumentativo.

Na *stare decisis*, muito ao revés, um precedente nunca nasce pronto e nem é uma lei e nem tampouco a Corte Superior que, *ad verecundiam*, impõe determinado posicionamento aos tribunais inferiores de forma ditatorial. A autoridade e o poder do precedente, muito pelo contrário, decorre de sua coerência e da sua aceitação pelos demais operadores do Direito, em um processo interpretativo democrático.

Se ele tiver coerência, integridade e racionalidade suficientes para torná-lo ponto de partida para discussão de teses jurídicas propostas pelas partes, e, ao mesmo tempo, ele se tornar padrão decisório para os tribunais e demais instâncias do Judiciário, *então é que ele poderá com o tempo vir a se tornar precedente.* (ABBOUD; STRECK, 2016).

O advogado é o primeiro a interpretar a *ratio decidendi* ao utilizar determinado precedente da Corte Superior como base para a defesa de sua tese jurídica invocada no processo, identificando a *ratio decidendi* do *leading case* e assimilando-a ao caso analisado, esforço hermenêutico que tentará ser superado pela parte adversa que, por óbvio, utilizará de argumentação diversa, a fim de afastar a incidência daquela *ratio decidendi* no caso analisado.

Por isso que é traço marcante do sistema processual inglês que as partes não busquem apenas provar os fatos alegados, mas é-lhes posta a obrigação de evocar e provar o direito, com as autoridades legais, jurisprudenciais e costumeiras que embasam a pretensão, demonstrando que, seguida a linha argumentativa da parte, o conflito fático pode ser resolvido a partir do direito demonstrado. O Juiz, por seu turno, não apenas determinará os fatos, mas

afirmará qual a resolução jurídica trazida pelas partes guarda pertinência para a resolução da lide (NUNES, 2011, p.67).

Mesmo os países de tradição anglo-saxã, que reconhecem a eficácia vinculante dos precedentes há séculos e, conseqüentemente, praticam cotidianamente o exercício de perquirir a *ratio decidendi* dos precedentes emanados por seus respectivos tribunais, possuem dificuldades na identificação desta, desenvolvendo-se diversas teorias para se identificar qual seria a norma jurídica que conduziu àquele julgamento. Extrair a *ratio decidendi* do precedente não é tarefa banal e exige intensos esforços interpretativos e debates entre as partes e o tribunal. A *ratio decidendi* não está estampada no precedente de forma literal, mas contida nos argumentos que conduziram o julgamento àquele desfecho. Não se confunde, portanto, com a solução jurídica dada ao caso concreto.

Este processo de criação e lapidação da *ratio decidendi* é o que confere dinamicidade, democracia e flexibilidade à *stare decisis*, permitindo uma melhora qualitativa dos julgados e impedindo o engessamento da jurisprudência e a concentração de poder. Se, por um lado, a Corte Superior é a única dotada de poder para criar o *leading case*, todos os demais operadores do direito possuem poder para criar, ampliar e reduzir a *ratio decidendi*, que, é, conforme visto, o elemento vinculante do precedente.

O precedente na *stare decisis* é formado, não por um julgamento histórico, mas pela história de um determinado julgamento, ao que se agregam os fundamentos do caso em curso. Em um dado momento, reconhece-se que, historicamente, determinada questão recebeu uma solução, a qual deve ser aplicada ao caso em curso e tem aptidão de orientar comportamentos futuros. O precedente, assim, é revestido por uma capa democrática e histórica, que o torna resistente, melhor.

O certo, no Brasil, seria nem se falar em *ratio decidendi*, uma vez que o perfunctório processo de formulação de teses pelos Tribunais Superiores limita-se a simplesmente invocar a solução dada ao caso concreto, em um processo de criação “*fast food*” de precedentes. O julgamento de determinados recursos e incidentes constitui propriamente o precedente, não há o reconhecimento de um entendimento historicamente formado, mas apenas o entendimento formado na apreciação histórica do respectivo recurso ou incidente.

No *common law*, o que confere essa dimensão de precedente à decisão do tribunal superior é sua aceitação primeiro pelas partes e, em seguida, pelas instâncias inferiores do Judiciário. Daí ele ser dotado de uma aura democrática que o

precedente à *brasileira* não possui, uma vez que os provimentos vinculantes do CPC já nascem – e isso é uma jaboticaba- dotados de efeito vinculante, independentemente da qualidade e da consistência da conclusão de suas decisões (ABBOUD; STRECK, 2016).

Um exemplo do processo de formulação de decisões judiciais através da lógica de precedentes insculpida no Novo CPC é o já citado RE 655.265/DF, no qual o voto vencedor não tece uma linha argumentativa sequer sobre o caso em análise, não faz menção às teses invocadas pelas partes, não dialoga com outros julgados ou métodos argumentativos, sequer, inclusive, há diálogo entre os votos dissonantes e, por fim, julga baseando-se na solução dada a julgado pretérito proferido pelo próprio tribunal, simplesmente invocando-o em um processo subsuntivo que em nada se assemelha à *stare decisis* ou à *Common Law*. Ao final, fixa a tese jurídica que deverá, da mesma forma, ser aplicada aos demais órgãos do Poder Judiciário, sob pena de reclamação.

Ao que tudo indica, este será o processo de julgamento dos precedentes judiciais brasileiros. Esta diferença fundamental na leitura dos precedentes judiciais decorre, principalmente, de três fatores: a complexidade do processo de extração da *ratio decidendi*, a lógica de raciocínio dedutiva do julgamento da *Civil Law* e da inadequada correlação entre a *stare decisis* e julgamento de causas de massa ou repetitivas.

3.5- *Common Law* à brasileira.

Antes, pois, de se falar em “commonlawlização” de nosso sistema romano-germânico é preciso observar que a valorização do caráter vinculante a determinados provimentos judiciais, ao menos na forma como ocorreu e ainda ocorre em nosso sistema jurídico, representa mais um distanciamento do que uma aproximação à *Common Law*. Nosso grau de compreensão do significado do que seja um precedente parece prejudicado pelo fato de não compreendermos efetivamente como se racionaliza o direito em sistemas jurídicos da *Common Law*.

Apesar da clássica diferenciação entre *Civil Law* e *Common Law* baseada na supremacia da lei naquela e das decisões judiciais nesta, resta assente na moderna Teoria do Direito que, diante das aproximações sofridas no decorrer dos séculos, a grande diferença entre as duas famílias reside, em verdade, no raciocínio jurídico (SILVA, 2017, p. 77). Na *Common Law*, há uma forma de ver o Direito a partir da casuística, do caso concreto, em um raciocínio

indutivo “*case to case*” (BUSTAMANTE, 2012, p.11), ao passo que, na *Civil Law*, há um raciocínio dedutivo, silogístico, que parte da universalização das regras jurídicas de comportamento (ROSENFELD, 2009, p.190).

Tal diferença, como já delimitado em capítulo próprio, reside, substancialmente, no processo histórico de formação de cada uma destas famílias. Na *Civil Law*, os elementos comuns da romanização do Direito europeu apareceram ao fim da Idade Média e até hoje influenciam seu sistema jurídico. Dentre tais elementos, podemos destacar “o papel da regra de direito, abstrata e geral, retirada pela ciência jurídica do conjunto dos casos concretos; a ideia de que o direito deve ser racionalizado de acordo com a concepção do que os homens pensam de Justiça e, principalmente, um modelo de raciocínio jurídico que busca resolver as controvérsias surgidas de casos particulares a partir das regras gerais, sejam fixadas pelo legislador ou pela dogmática jurídica” (SILVA, 2017, p.73 *apud* GLISSEN, 1995,p.204).

Tanto por isso, que nesta família, profundamente influenciada em seu desenvolvimento pelos ideais do jusnaturalismo, sempre se pensou na existência de um direito universal, preexistente. Acreditava-se, portanto, na possibilidade de se extrair do caso em concreto uma regra jurídica geral e universalizável capaz de solucionar todos os casos a ela submetidos, bastando, para tanto, um simples processo subsuntivo entre a regra e o caso analisado.

Na tradição da Europa continental o direito é, em ampla medida, produto acadêmico, ostentando por isso num grau correspondente, o timbre do pensamento acadêmico e sua tendência à análise sistemática e à racionalidade. Com firme fundamento na tradição do direito e por meio do pensamento racional, busca-se chegar a princípios gerais que sirvam de diretrizes e sistematizar as normas jurídicas em conformidade com esses princípios (ROSS, 2003, p.116).

Já na *Common Law*, o Direito era desenvolvido e praticado pelos *common lawyers*, que seriam os litigantes práticos, sem serem formados em universidades na disciplina do Direito Romano, como ocorreu na Europa continental. O recurso argumentativo dos práticos consistia em demonstrar que os tribunais já teriam julgado casos similares em determinado sentido, o que facilitaria, assim, o êxito na causa (SILVA, 2017, p.75).

Nesta família, assim, o Direito sempre foi produto da realidade social em que é aplicado e, portanto, sempre se buscou guarida nos costumes e na tradição para solução dos casos, em um processo de raciocínio indutivo, empírico, experimental e prático no qual o julgado não é o fim, mas o começo da formulação do Direito. “Na Inglaterra, por outro lado,

foi o jurista prático- o juiz- quem exerceu influência preponderante no desenvolvimento do direito, o qual, assim, evoluiu nas linhas de um método experimental” (ROSS, 2003, p.116).

Por isso, que é indevida a assertiva de que há convergência com a *Common Law* através da adoção de precedentes judiciais. A maneira com que trabalhamos com precedentes é a mesma com que trabalhamos com todos os demais dispositivos normativos, sejam leis, súmulas- vinculantes ou não- ou jurisprudência. Invoca-se o respectivo texto (tese, lei, jurisprudência, sumula), sem qualquer correlação com o caso concreto, simplesmente subsumindo a hipótese em julgamento ao texto prévio já elaborado, seja pelo legislador, seja pelo judiciário.

Não há argumentação relativa aos aspectos do caso concreto em juízo. É corriqueiro na prática jurídica que um membro de um tribunal ao relatar eventual recurso ou o juiz singular ao fundamentar seu julgado, limita-se a fundamentar sua decisão na orientação x do Tribunal y, citando um julgado qualquer, sem qualquer diálogo entre os mesmos, nem identificar as similitudes entre fatos e fundamentos determinantes, sem haver, assim, qualquer argumentação dos aspectos essenciais do caso *sub judice*. “Apenas formamos julgados (decisões isoladas e mal dimensionadas) e a elas atribuímos força de padrão decisório para resolver um problema quantitativo em nosso sistema” (NUNES,2011, p.72).

Não há “commonlawlização”. Não trabalhamos com a criação do Direito com casos concretos ou com base em um raciocínio empírico, ao revés, continuamos na velha lógica da *Civil Law* de extração de uma regra de direito universalizável e sem correlação com o caso analisado a ser utilizado nos demais. A única diferença é que criamos uma espécie de súmula vinculante que não precisa de *quorum* específico e que é extraída de apenas um julgado, sob pena de Reclamação. Nada de novo.

Trabalhamos o precedente como se fossem leis, aplicamo-nos como se fossem regras gerais e abstratas. Desta forma, o Novo Código de Processo Civil não aproximou nossa tradição jurídica à *Common Law*, na medida em que suas principais características foram descartadas pela nossa prática jurídica, isto é, a prática argumentativa no momento da formação do precedente, com vínculo na decisão do caso, aonde, este não é visto como mero pretexto.

4- ANÁLISE CRÍTICA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

4.1- Os precedentes judiciais insculpidos no Novo Código de Processo Civil como instrumento garantidor da segurança jurídica.

A segurança jurídica e a previsibilidade das expectativas são umas das principais características de um sistema jurídico em um Estado Democrático de Direito. Humberto Ávila (2012, p.190) ensina que a segurança jurídica é um princípio em que se estabelece um estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade com o qual as autoridades estatais devem se pautar na produção e aplicação das normas jurídicas.

A cognoscibilidade é entendida como aquela em que os cidadãos compreendem adequadamente o conteúdo das normas, o teor das suas determinações e orientam, portanto, suas condutas conforme as normas produzidas, sem que isso incorra em enganações ou frustrações (ÁVILA, 2012, p.229). A confiabilidade decorre da confiança dada ao Estado pelo particular de que suas legítimas expectativas não sejam frustradas por atos e comportamentos contraditórios (ÁVILA, 2012, p.349), devendo, para tanto, o Direito permanecer, não imutável, mas estável. Por fim, a calculabilidade ocorre quando o ordenamento jurídico permite ao cidadão, no presente, antecipar com razoabilidade as mudanças normativas, restando a decisão do poder pública adstrita ao âmbito das alternativas antecipáveis e às consequências razoavelmente previstas através de verificação mediante estruturas de argumentação (ÁVILA, 2012, p.596).

Desde os primórdios do Estado Liberal, o princípio geral da segurança jurídica se colocou como elemento constitutivo do Estado de Direito³⁵, exigível a qualquer ato de poder, seja do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário, pois necessitava-se da segurança para proteger o sistema da liberdade codificada do direito privado burguês e da economia de mercado. Mas, a crescente complexidade e o desenvolvimento das relações sociais e jurídicas

³⁵ Nesta época, o Estado de Direito era um conceito tipicamente liberal, e constituía uma das garantias das constituições liberais burguesas. Daí falar-se em Estado Liberal de Direito, o qual tinha como objetivo fundamental assegurar o princípio da legalidade, segundo o qual toda atividade estatal havia de se submeter-se à lei (HORTA, 2011, p.94).

permitem observar a ampliação do foco de observação da segurança jurídica, a considerar também como elementos centrais a efetividade de direitos fundamentais e a proteção das expectativas de confiança legítima (MAGALHÃES, 2013, p.1).

A segurança jurídica, desta forma, constitui requisito imprescindível para a garantia da estabilidade das relações jurídicas, motivo pelo qual pode ser entendida como norma-princípio, composta de meios para se atingir o resultado que se pretende alcançar. A segurança jurídica como princípio é mencionada no art. 5º, XXXVI da Constituição Federal³⁶. Pode-se, todavia, entendê-la também como subprincípio, se analisada sua relação com princípios mais abrangentes, tendo a função de definir no que consiste o estado pretendido por estes princípios mais amplos e contribuir com a concretização destes de forma correta. É o que ocorre, por exemplo, com o princípio do Estado Democrático Direito, no qual o subprincípio da segurança jurídica atua como definidor de um Direito inteligível, estável, previsível e democrático (ÀVILA, 2012, p.637-638).

Entre os valores que o Estado de Direito assegura, nenhum é mais importante que a certeza jurídica, exceto talvez pelos princípios que a acompanham, a saber: a segurança de expectativas jurídicas e a garantia do cidadão contra interferências arbitrárias por parte do governo e de seus agentes (MACCORMICK, 2008, p.22).

Por esse motivo, Habermas (2003, p.243) considera que o Direito é tanto a consistência no decidir, quando casos semelhantes são decididos de mesmo modo, quanto a aceitabilidade racional, quando decisões são racionalmente fundamentadas. A estabilidade do ordenamento jurídico, entendido como estado de confiabilidade, é condição para a garantia da liberdade e do funcionamento institucional (ÀVILA, 2012, p.352). Um sistema jurídico é seguro, assim, quando alcança estabilidade e continuidade da ordem jurídica, e assim há para o cidadão uma previsibilidade das consequências jurídicas de suas condutas. Na expressão de Ramírez (2000, p.38), a previsibilidade jurídica para o cidadão “é uma manifestação eloquente da importância do passado, para, a partir do presente, prever o futuro”.

Eis a razão porque a segurança jurídica é tão importante para a constituição do Estado Democrático de Direito: além dela pautar a conduta dos cidadãos ente si, irá garantir a defesa dos indivíduos contra o próprio Estado. Neil MacCormick (2008, p.22), pontua a “razoável

³⁶ CFRB,1988. Art.5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXVI- a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

segurança” que a estabilidade do sistema judiciário produz entre as pessoas entre si e entre estas e o Estado.

No que tange ao Estado de Direito, as pessoas podem ter, antecipadamente, razoável certeza a respeito das regras e padrões segundo as quais sua conduta será julgada (...) acerca das condutas das demais pessoas e, em particular, acerca daquelas que detêm posições de governo nos termos do Direito. Elas podem desafiar ações governamentais que afetem seus interesses exigindo bases jurídicas claras para a ação oficial, ou pleiteando a nulidade de atos praticados em desacordo com o Direito (MACCORMICK, 2008, p.22).

Neste ínterim, com a revolução liberal, em clara afronta aos arbítrios do Estado Absolutista, tanto nas tradições jurídicas da *Civil Law* quanto da *Common Law*, buscou-se atingir a consecução da almejada segurança jurídica. No entanto, por motivos históricos e culturais, cada qual buscou a satisfação de tal objetivo de forma diferente.

Na *Civil Law*, para tanto, a Revolução Francesa criou o modelo do Estado Legal, fundado no arbítrio da lei, limitando a atividade judicante à mera subsunção dos fatos julgados a normas legais preexistentes. Como, através de um processo de redução da complexidade social, se acreditava na completude da lei, não se criou uma tradição de observância na atividade judicante das decisões judiciais pretéritas, até porque estas, em tese, simplesmente estariam reproduzindo o conteúdo da lei, única e suficiente a garantir a segurança jurídica³⁷.

Se no *civil law* imaginou-se que a segurança jurídica e a previsibilidade poderiam ser alcançadas por meio da lei e da sua estrita aplicação pelos juízes, no *common law*, por nunca ter existido dúvida de que os juízes podem proferir decisões diferentes, enxergou-se na força vinculante dos precedentes o instrumento capaz de garantir a segurança de que a sociedade precisa para se desenvolver (MARINONI, 2010, p.49).

A *Civil Law* não apenas imaginou, utopicamente, que o juiz apenas atuaria sob a vontade da lei, como ainda supôs que, em virtude da certeza jurídica que daí decorreria, o cidadão teria segurança e previsibilidade no trato das relações sociais, ao passo que, nos países em que não houve a imposição do arbítrio da lei, aceitou-se naturalmente que a segurança e a previsibilidade teriam que ser buscadas em outro lugar, ou seja, nos precedentes judiciais (MARINONI, 2009, p.1).

³⁷ “ Segundo uma tradição que remete à Revolução Francesa, aos juízes é proibido pronunciar ‘ *par voie de disposition générale et réglementaire*’ (art. 5º do Código Napoleônico) e, correspectivamente, motivar as sentenças sobre a base única de precedentes judiciais que, por aquela via, tenham terminado por assumir o caráter de um *arrêt de réglament*, isto é, de uma verdadeira e própria lei” (PICARDI, 2008, p.145).

Contudo, a aposta da *Civil Law* no mito da completude da lei e na hermenêutica meramente exegética de aplicação da norma legislada para alcançar a segurança jurídica de seu sistema³⁸, mostrou-se ineficaz e insensível à complexidade social advinda dos séculos vindouros. Como se sabe, principalmente a partir da Filosofia Hermenêutica de Heidegger e a Hermenêutica Filosófica de Gadamer, a compreensão de algo no mundo, de um objeto, não se dá no modo como propugnou a filosofia moderna, através da intervenção de um sujeito que desnuda as verdades incrustadas enigmaticamente no objeto, mas é, sim, o momento de explicitação do compreender, daquilo que o sujeito compreende do sentido do todo. É impossível ler algo sem se projetar no texto, pois a compreensão de algo no mundo leva em conta a própria estrutura do ser (SILVA, 2017, p.64). “A interpretação se funda existencialmente na compreensão e não vice-versa. Interpretar não é tomar conhecimento do que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas na compreensão” (HEIDEGGER, 2006, p.209).

Consequência desta postura é o fato de a Interpretação e a Hermenêutica serem vistas como o próprio modo de existir do ser, e nada diferente disso. É algo que está na experiência de mundo do ser, e que compõem parte de sua experiência de mundo, não uma categoria aleatória criada pela teoria para descrever as coisas ou criar hipóteses científicas (BITTAR; BOUCAULT 2005, p.183).

Através deste paradigma filosófico, houve grande cisão na Teoria da Interpretação no positivismo pós-exegético, com a diferenciação entre texto e norma, momento em que a interpretação assume lugar de destaque no campo da Teoria do Direito, evidenciando que a atividade de julgar é indissociável da atividade de interpretar, afinal, “interpretar é decidir” (ZANETI JR; PEREIRA, 2016, p.8). Esta premissa modifica absolutamente a relação entre lei e interpretação, pois a legislação se torna apenas o ponto de partida da atividade interpretativa, sendo a norma o resultado e não o pressuposto da interpretação, pois todo e qualquer texto – normativo ou não- possui um nível de indeterminação irredutível ao zero (HART,2009. p.124), sendo impossível se atribuir um significado que perdure em uma sociedade complexa cujos hábitos, costumes e práticas mudam no tempo e no espaço.

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem objeto de interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte (ÁVILA, 2014, p.50).

³⁸ “Também chamado de Paleojuspositivismo, é a primeira fase do juspositivismo (primitivo, primevo ou exegético), representado na França pela Escola da Exegese e na Alemanha pela Jurisprudência dos Conceitos. A essa primeira versão de positivismo se seguiu o positivismo normativista ou kelsiano” (STRÄTZ, 2017, p.30)

A partir de tal paradigma, fica evidente que a mera subsunção ao texto legal imprescinde da errônea concepção de que a norma reside já no texto legal em si, mitigando as amarras legislativas da atividade judicante. A maior concessão de liberdade ao julgador na *Civil Law* teve ainda a importante ajuda do constitucionalismo advindo após a Segunda Guerra Mundial, principalmente nos países que adotam o controle difuso de constitucionalidade, como é o caso do Brasil. Neste modelo, o juiz deixa de ter a Lei ordinária como principal foco da atividade judicante e passa, ao revés, a filtrá-la e interpretá-la em consonância com os princípios e regras estampadas no texto constitucional. O julgador, desta forma, deixa de ser escravo da Lei e passa a ser regulador desta, a fim de interpretá-la e, inclusive, negar-lhe incidência ao caso, se perceber que sua aplicação subsuntiva irá ferir os preceitos constitucionais vigentes.

Sem o rigor hermenêutico exegético e sem uma cultura de respeito às decisões judiciais, frutos de sua tradição civilista, o juiz brasileiro passou a ter uma liberdade no julgamento nunca antes experimentada, confundindo-se esta, em muitos casos, com arbitrariedade. Sem balizas limitadoras do processo hermenêutico e com a proliferação do “julgo conforme a minha consciência” (ABBOUD; STRECK, 2016), os magistrados passaram a julgar literalmente de acordo com a sua convicção e com bases em valores absolutamente subjetivos como moral e política, proliferando uma miríade de decisões divergentes sobre causas absolutamente idênticas, a depender da subjetividade do julgador³⁹, fenômeno que a doutrina nacional já aborda e denomina de “jurisprudência lotérica”: “se a parte tiver a sorte de a causa ser distribuída a determinado juiz, que tenha entendimento favorável da matéria jurídica envolvida, obtém a tutela jurisdicional; caso contrário, a decisão não lhe reconhece o direito pleiteado” (CAMBI, 2011, p.110).

Neste sentido, em recente julgado do Superior Tribunal de Justiça⁴⁰, o Ministro Humberto Gomes de Barros assim se pronunciou:

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

³⁹ “ Para aumentar suas chances de reverter uma condenação de primeira instância apelando ao Tribunal de Justiça de São Paulo, uma pessoa acusada de cometer um crime precisa, além de uma boa defesa, se um bocado de sorte”. (Folha de São Paulo. 26/10/2015)

⁴⁰ AgReg em ERESP 279-889- AL.

Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses 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 nos 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.

Surge, então o problema: dentro deste contexto, qual seria o alcance do poder de decisão de um magistrado? Quais são os seus limites e responsabilidades na decisão judicial? É certo que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”⁴¹, mas se ao juiz cabe dizer como e em que medida essa lei será aplicada, a realidade é que “as pessoas frequentemente se veem na eminência de ganhar ou perder muito mais em decorrência de um aceno de cabeça do juiz do que qualquer norma geral que provenha do Legislativo” (DWORKIN, 2002, p.03).

Essa crise hermenêutica acarreta um abalo na certeza do Direito, na sua previsibilidade e na segurança jurídica, desaguando ao final numa insuficiência na prestação jurisdicional, na qualidade e no tempo de sua oferta, com severos reflexos no desenvolvimento econômico e social do País.

Portanto, a fim de, se não solucionar, ao menos mitigar o caos interpretativo reinante nos tribunais brasileiros, o legislador e parcela da doutrina apostam na adoção de maior poder vinculante às teses proferidas pelos Tribunais Superiores. Contudo, tal teoria, além de duvidosa eficiência, provavelmente, redundará na piora qualitativa das decisões judiciais, representando, em verdade, um retrocesso na Teoria do Direito.

4.1.2 O Novo CPC e o renascimento da escola da exegese.

Diante da verdadeira loteria jurisprudencial que se estabeleceu nos tribunais nacionais e da total ausência de uma tradição de respeito à coerência nas decisões judiciais, o legislador brasileiro, a fim de garantir a segurança jurídica, aposta na concessão de poder vinculante às teses formuladas pelos tribunais em recursos e incidentes específicos, que deverão ser obrigatoriamente seguidas pelas demais instâncias, sob pena de reclamação. Ocorre que esta teoria cai na mesma falha que o positivismo exegético caiu: aposta na suficiência de um texto e no óbice ao processo interpretativo como método de garantir a segurança jurídica.

⁴¹ Art.5º, II da CRFB/88.

Na medida em que se concebe que os textos normativos não carregam consigo um significado unívoco, o ideal de segurança e previsibilidade resta prejudicado, pois diferentes juízes poderiam atribuir diferentes sentidos aos textos normativos. Portanto, para parcela da doutrina, a solução seria relegar aos tribunais superiores a escolha da interpretação a ser dada à determinada norma, devendo, após, ser seguida pelas demais instâncias. “Os juízes e tribunais interpretam para decidir, mas não existem para interpretar; a função de atribuição de sentido ao direito de interpretação é reservada às Cortes Supremas” (MARINONI; MITIDIERO; ARENHART, 2015, p.105).

A doutrina brasileira dos precedentes propõe, portanto, uma divisão de tarefas no Poder Judiciário: Aos Tribunais Superiores, restaria a missão de outorgar sentido aos textos normativos, orientando a aplicação do Direito mediante a formulação de teses que já conteriam uma espécie de pré-interpretação dos textos normativos; e às demais instâncias, restaria a aplicação destas teses aos casos vindouros através de subsunção e analogia.

A atuação da Corte Suprema se dirige ao futuro, sendo uma corte de interpretação do direito e não uma corte de controle das decisões (...) tendo a interpretação da Corte Suprema valor em si mesma, sendo o móvel que legitima sua existência e outorga sua função, um eventual dissenso em sua observância por seus membros e por outros órgãos jurisdicionais é encarado como um fato grave, uma falta de respeito e como um ato de rebeldia ante sua autoridade, que deve ser evitado e, sendo o caos, prontamente eliminado pelo sistema jurídico e pela sua própria atuação(..) A cultura jurídica subjacente a este modelo encara com naturalidade o fato que a última palavra acerca do significado do direito seja confiada à Corte Suprema (MITIDIERO, 2016, p. 99- 111).

Assim, resta claro que há uma cisão intencional entre os propósitos dos julgadores que ocupam as Cortes Superiores em relação àqueles que estão nas instâncias inferiores: aquele cria material normativo, fixando uma dentre as possíveis interpretações possíveis do material jurídico básico confeccionado pelo Legislativo; os demais, simplesmente adotam o precedente, entendido como o ponto final de alguma controvérsia interpretativa, sendo sua atividade hermenêutica limitada a casos ainda não tratados em precedentes.

Neste ínterim, vale trazer a importante crítica de Georges Abboud (2016, p.537):

É louvável a iniciativa do autor em dedicar a obra exclusivamente para explorar a função das Cortes Superiores. Ocorre que, com a devida vênia, a obra contém equívocos de nomenclatura, filosóficos e hermenêuticos que nos impedem de concordar com as conclusões apresentadas pelo autor. Basicamente, o autor incorre nos dois principais equívocos que têm sustentado as recentes reformas legislativas: (i) a obra está pautada num resgate de um realismo jurídico primitivo, como se o direito pudesse ser restrito aquilo que decidem os Tribunais Superiores, no caso do Brasil, STF e o STJ; (ii) o foco do problema do Judiciário é todo deslocado para as Cortes Superiores e sua padronização decisória, sem se preocupar com uma teoria da

decisão judicial que anteceda o recrudescimento dos poderes dos Tribunais Superiores. A tese foca-se em apenas um dos vértices, o superior, ignora a questão do ativismo e da discricionariedade, questões cujo desenlace é fundamental para se trabalhar com reformas legislativas ou propostas doutrinárias que contribuam para aumentar o poder dos Tribunais Superiores.

Com essa postura teórica, a doutrina objetiva institucionalizar órgãos dotados de autoridade com a função de criar normas e, com isso, senão acabar com o caráter indeterminado do Direito, reduzi-lo, a fim de se obter segurança jurídica, cognoscibilidade e previsibilidade. Com isso, seria possível obter respostas antes das perguntas, decisões que antecedem as próprias ações. Mas, a questão principal aqui debatida é que o precedente não vincula e obriga pela qualidade das suas razões e por sua aceitação pelo corpo jurídico como um todo, como é o caso da *stare decisis*, mas porque é necessário que alguém dê a última palavra, estancando os problemas interpretativos.

Portanto, seguindo-se esta lógica, pouco importaria se a decisão formadora do precedente é correta ou bem fundamentada, basta ter sido dada por uma Corte dotada de autoridade para tanto. O positivismo é combatido, não sem razão, exatamente por desprezar aspectos substanciais do ordenamento jurídico em favor de elementos formalísticos, e, no mesmo sentido, o reconhecimento da autoridade de um precedente apenas em razão da sua origem é potencialmente capaz de gerar os mesmos percalços pela aplicação do Direito em viés positivista (VIANA, 2016, p. 137).

A adoção de um modelo que parta do pleno reconhecimento do poder vinculante de uma decisão pelo simples fato de ter sido prolatada por uma das Cortes Superiores se baseia, curiosamente, num critério positivista, cujo argumento central é a hierarquia de um dado tribunal. Nota-se, portanto, que retrocedemos à velha Escola da Exegese do século XIX, apenas trocamos a lei pelo precedente judicial: “O que há aí é um renascimento (se é que ente nós houve uma morte) dos postulados da escola da exegese, da crença, oitocentista na clareza do texto e mais, no poder racionalizador do mesmo” (BAHIA, 2012, p.364). O STF passaria, assim, a ter a atribuição de uma verdadeira Corte de Cassação⁴² ao extirpar do ordenamento jurídico, por meio de Reclamação, as decisões que discordem ou que apliquem indevidamente as teses jurídicas formuladas pelos Tribunais Superiores.

⁴² Este tribunal fora instituído em 1790, na França, com o nítido objetivo de limitar o poder judicial mediante a cassação das decisões que destoassem do Direito criado pelo Parlamento. É possível dizer que a Corte de Cassação fora instituída como uma válvula de escape contra a aplicação incorreta da Lei e a não apresentação do caso à interpretação autorizada do Legislativo (MARINONI, 2010, p.93).

Em um Estado Democrático de Direito, aonde existe o controle recíproco dos poderes da União, a Lei, provimento normativo emanado do Poder Legislativo, é controlada pelo Poder Judiciário através do controle de constitucionalidade e as decisões proferidas por este deveriam, em tese, ser controladas pela atividade legislativa, em um processo recíproco. Contudo, com a ascensão dos precedentes judiciais brasileiros, o juiz pode julgar *contra legem*, mas não pode fazê-lo em relação ao precedente. O precedente, assim, torna-se o cume interpretativo, a própria encarnação da norma delimitada na tese extraída. E se esse precedente for uma decisão equivocada ou até inconstitucional? A quem recorrer? A título de exemplo, podemos citar o julgamento do Habeas Corpus 126.292, julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no dia 17 de fevereiro de 2016, no qual o tribunal decidiu, por seis votos a cinco, que a pena de prisão pode ser executada depois da decisão de segundo grau, independentemente de haver recursos pendentes de apreciação, em clara afronta ao art.5º,LVII da CRFB/88, que aduz, expressamente: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Este julgamento, na lógica do Novo CPC, poderia ser um precedente judicial e vincular todas as demais instâncias. Não importa se o julgamento é ruim ou inconstitucional, importa que foi proferido por uma autoridade competente.

Esta sistematização do precedente tende a achatar a argumentação sobre os casos que envolvam questões jurídicas já decididas em precedentes obrigatórios, a ampliação dos precedentes pode inviabilizar, por completo, a superação de determinada tese pois, pouco a pouco, os casos deixariam de ser discutidos pela existência de decisões conflitantes (VIANA,2016, p.135).

A situação ganha ainda maior perplexidade se pensarmos na quantidade de mecanismos que vêm sendo propagados para limitar o acesso de recursos aos Tribunais Superiores. Neste sentido, por exemplo, é a PEC 209/2012 que, em síntese, cria uma nova barreira à interposição dos recursos endereçados ao Superior Tribunal de Justiça, mediante alteração do texto constitucional que passaria a exigir a demonstração da relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso como requisito de admissibilidade dos Recursos Especiais. Um precedente formado, assim, tende a permanecer inalterado, mesmo que equivocado, injusto ou em descompasso com a realidade social. Tudo em nome de uma segurança jurídica desafiadora da complexidade social e da filosofia e Teoria do Direito modernas, a que, ao que tudo indica, permanecemos alheios, perdidos nos mitos da *Civil Law* oitocentista.

Essa é a solução: a atribuição de sentido às normas jurídicas restaria adstrita aos Tribunais Superiores e, após a confecção da tese que imprimiria o significado da Lei, os demais juízes e tribunais estariam impedidos de dar novas interpretações ao texto. O paradoxo é que a doutrina defende a adoção dos precedentes porque não cabe mais ao Judiciário simplesmente aplicar a Lei, contudo, após a formulação da tese, cai de volta no mesmo princípio que tentava superar, aduzindo que cabe aos juízes singulares simplesmente aplicar a tese. Trocamos a Lei pelo precedente, pois, por algum motivo, este seria menos indeterminado ou melhor do que a Lei, como se algum texto pudesse ser reduzido à um grau zero de possibilidades hermenêuticas. Logo, poderemos dispensar o Parlamento e até mesmo os Juízes, aos poucos, poderão ser reduzidos em números de afazeres: eles estarão desonerados de fazer juízos de validade sobre o direito, restará a aplicação subsuntiva.

Sem uma estrutura silogística, a universalidade e a igualdade de tratamento em face de um caso concreto deixam de ser atingíveis. Se a *ratio decidendi* é uma norma do tipo regra, então sugue-se que a operação básica necessária para sua aplicação em um caso futuro será a subsunção. É através da subsunção dos fatos do caso concreto a uma norma universal previamente existente que são aplicados os precedentes judiciais brasileiros. Como explica Bustamante, citando MacCormick (2012, p.468-471), há pelo menos quatro espécies de problemas que podem gerar dificuldades nesse procedimento:

(a) problemas de relevância- existem dúvidas sobre qual é a norma aplicável ao caso; (b) problemas de interpretação- há dúvidas sobre como se deve entender a norma aplicável ao caso; (c) problemas de prova- há dúvidas sobre se um determinado fato realmente aconteceu; (d) problemas de qualificação- têm lugar quando existem dúvidas sobre se um fato que não se discute pode ou não ser reduzido ao suposto de fato da norma jurídica.

Nada de diferente do velho mito da *Civil Law* de produção de normas abstratas desconexas dos casos concretos. O que toda a filosofia pós positivista tentou demonstrar era que é impossível separar a interpretação do julgamento, como é impossível identificar a norma com o texto. Norma é a regra interpretada no caso em concreto⁴³. Não basta criar mais textos a fim de tentar dar mais determinação a textos anteriores, já tentamos isso. Possuímos um catálogo sem fim de textos normativos que nunca conseguiram obstar, ou sequer mitigar, a indeterminação. Possuímos uma Constituição extensa e analítica, uma miríade de códigos e

⁴³ “ Já tive a oportunidade de demonstrar que há uma interconexão entre fatos e regras que faz com que as regras adstritas de um precedente judicial estejam indissociavelmente ligadas aos fatos que lhe deram origem. Citando novamente a passagem de Wróblewski já transcrita acima, ‘os fatos no discurso jurídico não podem ser compreendidos fora de suas conexões com as regras’ [Wróblewski 1988:29-30]”. (BUSTAMANTE, 2012, p.468).

subcódigos específicos, sistemas e microssistemas, súmulas, enunciados e, agora, persistindo no mesmo erro, criamos uma nova espécie de texto normativo que, desta vez -aí sim- irá resolver o problema na indeterminação da Lei. Einstein já denunciava a prática de insistir no mesmo ato e presumir resultados diferentes.

Efetivamente, não se deve transportar, da lei para as súmulas, o velho problema da vagueza e da ambiguidade das palavras. Isso não ajuda em nada. Aliás, apenas mostra como parcela significativa da doutrina permanece refratária às conquistas filosóficas que o século XX nos legou. Não deveria haver essa preocupação com a degradação semântica. Isso é coisa do positivismo jurídico. Esclarecendo melhor: os juristas continuam a tentar encontrar no próprio texto uma essência que permita dizer qual seu real significado (STRECK; ABBUD, 2013, p.75).

Ao se fixar uma regra geral produzida à margem do princípio da vinculação ao debate ou *Mootness Principle*⁴⁴, dificulta-se a correta e adequada identificação e aplicação da *ratio decidendi* no julgamento de outros processos e, conseqüentemente, a individualização do Direito e a justiça no caso em concreto, além de limitar a correta aplicação da técnica do *distinguishing* e do *overruling*.

Invocamos o Direito comparado, mas parecemos absolutamente alheios do que ocorre no mundo. “Pode-se afirmar que enquanto a nossa tendência é o enrijecimento dos precedentes através de súmula vinculante e impeditiva de recursos, os norte-americanos e ingleses caminham no sentido de mitigar a eficácia vinculante dos precedentes, em busca de equilíbrio” (DANTAS, 2013, p.130-131).

Embora seja evidente que o Direito não pode ser algo despido de racionalidade, no sentido de que seja um exercício de adivinhação ou uma “jurisprudência lotérica”, não parece que a melhor solução seja identificá-lo naquilo que os tribunais superiores dizem que ele é, mormente se a força vinculante das suas decisões, ainda que justificadas, não depender da sua qualidade, mas, sim, da autoridade e da busca por segurança jurídica a qualquer custo, como se os fins justificassem os meios. Esse não parece ser o melhor caminho a ser trilhado em um Estado Democrático de Direito, em que a luta constante reside justamente em evitar que o Direito e a própria Lei sejam objeto de uma confecção aristocrática.

⁴⁴ O denominado *mootness principle* determina a vinculação do juiz ao debate, o magistrado deve julgar com base nos fundamentos constantes do diálogo processual e adequar de modo claro e específico as normas utilizadas na sua resolução. Trata-se de regra de aplicação do contraditório, que assegura o diálogo dos sujeitos processuais e a limitação da decisão aos fundamentos debatidos no curso do processo (CARDOSO, 2015, p.85)

4.1.2 O dever de coerência e integridade insculpido no art.926 como resposta para a segurança jurídica.

No atual estágio de desenvolvimento do ordenamento jurídico brasileiro, não há que se falar em um ser não corporificado dotado de vontade (lei, direito, costumes etc.), em um Estado antropomórfico, pois o Direito é artificial e todas as leis, escritas ou não, precisam da interpretação do homem. A coerência do ordenamento jurídico em um Estado Democrático de Direito não é dada aprioristicamente – seja pelo Judiciários, seja pelo legislador-, mas decorrência posterior do exercício interpretativo inerente à atividade judicante, controlado intersubjetivamente de maneira endoprocessual e extraprocessual, pela doutrina, pelas partes envolvidas e pela jurisprudência de um determinado país, em um determinado momento histórico (ZANETI JR; PEREIRA, 2016, p. 376).

Tanto por isso, que ora se discute a aplicação dos precedentes judiciais formulados através de teses para a consecução da segurança jurídica. Não se discute, contudo, a urgente necessidade de limitação da atividade judicante e do freio da jurisprudência irracional, desafiadora de uma ordem jurídica minimamente coerente, através do necessário respeito às decisões judiciais pretéritas e no dever de integridade e coerência da jurisprudência, nos termos do art. 926 do Novo CPC.

A lei, pura e simplesmente, não mais garante automaticamente tratamento isonômico aos jurisdicionados, porque passa necessariamente pelo “filtro” dos Tribunais para que estes, à luz da doutrina e de outros elementos, decidam casos concretos, por meio de processos interpretativos cada vez mais complexos e que têm, de fato, o potencial de levar a decisões diferentes e desarmônicas entre si (WAMBIER, 2014, p.426).

Contudo, retirar dos juízes a possibilidade de interpretar a lei, ou o precedente, é caminho que não deve ser trilhado. Mas, assumir que a atividade interpretativa do Judiciário é controlável se, aos juízes e tribunais, for atribuída a devida responsabilidade quanto aos resultados da interpretação, vinculando-o aos limites impostos pela coerência e integridade da jurisprudência, é o que se demonstra mais razoável. Daí a defesa não do esgotamento argumentativo sobre as matérias postas ao Judiciário, mas de uma interpretação realista moderada e responsável.

Neste sentido, como crítica ao conceito positivista, que entende o Direito como simples modelo de regras e sua aplicação por mera subsunção destas aos casos concretos, Dworkin propõe outra teoria de interpretação judicial. Na obra “Levando os Direitos a Sério”, o autor

delineia sua teoria do “Direito como integridade” e, no intuito de ilustrar, e assim tornar mais clara sua teoria, Dworkin cria uma analogia com o campo da literatura, a que chama de “Romance em Cadeia”:

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu, para escrever então um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebeu, e repassado ao romancista seguinte, e assim por diante (DWORKIN, 2002, p.275).

Segundo a metáfora do “Romance em Cadeia”, tal como o romancista, o magistrado tem um dever de coerência em relação ao que seus antecessores escreveram e construíram. É um compromisso em relação à segurança jurídica, em relação à integridade e coerência do ordenamento jurídico. A jurisprudência, assim, deve estar em consonância com os precedentes já existentes, de maneira a manter o conjunto harmônico e equilibrado. No entanto- esta é a diferença- deve ser, também, autenticamente criativa, ao trazer algo novo a este conjunto, em resposta às novas demandas e à realidade social em que atua.

Nota-se, assim, que nem Dworkin, nem a *Common Law*, nunca tiveram a intenção de, com a adoção de precedentes judiciais, obstar a atividade interpretativa do Juiz na análise dos casos postos em litígio ou de transformar o precedente em um texto chamado de tese, extraído pelo próprio tribunal que realizou o julgamento. Ao revés, o precedente deve ser interpretado por todos os atores do processo, como no caso do romance. O conteúdo transcendente do precedente não é extraído e interpretado por um único tribunal, como se, assim, fosse possível acabar com a indeterminação do Direito.

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltado para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, do direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas (DWORKIN, 2002, p..271).

Essa postura do juiz em face do precedente é ainda mais nítida na analogia de Dworkin sobre o “Juiz Hércules”, um juiz hipotético que representa a atividade judicante na visão do autor:

Mas, uma vez que Hércules será levado a aceitar a tese dos direitos, sua interpretação das decisões judiciais será diferente de sua interpretação das leis em um aspecto importante. Quando interpreta as leis, ele atribui à linguagem jurídica, como vimos, argumentos de princípio ou de política que fornecem a melhor

justificação dessa linguagem à luz das responsabilidades do poder legislativo. Sua argumentação continua sendo um argumento de princípio. Ele usa a política para determinar que direitos já foram criados pelo Legislativo. Mas, quando interpreta as decisões judiciais, atribuirá à linguagem relevante apenas argumentos de princípio, pois a tese dos direitos sustenta que somente tais argumentos correspondem à responsabilidade do tribunal em que foram promulgadas (DWORKIN, 2002, p.182).

Analisando os precedentes, Hércules deverá, assim, identificar o que chama de “força gravitacional” destes precedentes nas decisões anteriores. Esta repousa, conforme o autor, na equidade, pois casos semelhantes devem sempre ser tratados do mesmo modo. O que irá definir a força gravitacional de um precedente serão os argumentos de princípio que o justificam. Assim, este juiz acabará por construir uma verdadeira cadeia de princípios que fundamentam o Direito, que devem ser suficientes para justificar de maneira coerente porque determinadas decisões foram assim tomadas (DWORKIN, 2002, p.173).

Não é difícil perceber que essa coerência proposta na aplicação do “Direito como Integridade” só é possível dentro de um sistema de respeito aos precedentes, onde a sequência de decisões jurídicas do corpo de magistrados – a jurisprudência- de determinado país se apresente como um conjunto harmônico.

Tal concepção acerca da atividade judicante, ressalta-se, independe da família ou tradição jurídica em que se encontra o juiz. Entender que não existe o dever de coerência e respeito às decisões judiciais pretéritas na *Civil Law* é retornar a uma concepção paleojuspositivista desta família. Respeito aos precedentes não se trata de uma característica exclusiva da *Common Law*, ao revés, é uma conclusão lógica de uma jurisprudência íntegra e coerente em um Estado Democrático de Direito aonde o mito da completude da lei já fora superado- desde o século XX, diga-se de passagem.

Com uma realidade jurídica alheia aos estudos modernos da Filosofia e Teoria do Direito, continuamos perdidos nos mitos da exegese do século XIX e defendemos absurdos como a aplicação subsuntiva de precedentes transformados em textos normativos por meio de teses e a necessidade da prolação de uma lei que obrigue o juiz a ser coerente e responsável com suas interpretações, como se isso não resultasse de uma dedução lógica de sua atuação democrática, como se, na ausência de tal lei, fosse permitida a interpretação arbitrária ou o solipsismo judicial⁴⁵.

⁴⁵ Streck identifica na doutrina, mais precisamente em vários processualistas, civilistas, constitucionalistas, do mesmo modo, uma tendência a estabelecer que o juiz deve julgar, em determinado momento, segundo aquilo que ele sente, de acordo com sua consciência, aquilo que melhor lhe aprouver. É esta justamente a crítica de Streck, a

O processo hermenêutico, muito ao revés, não autoriza atribuições arbitrárias ou segundo a vontade e conhecimento do intérprete. Aliás, este é ponto fundamental da luta pela superação do positivismo-normativista: o constitucionalismo- compreendido paradigmaticamente- coloca freios à discricionariedade própria do positivismo-normativista. Mais do que isto, trata-se de uma questão de democracia (STRECK, 2010, p. 420). Como bem alerta Marcelo Cattoni (2004, p.51), “o Direito sob o Estado Democrático de Direito não é indiferente às razões pelas quais um juiz ou um tribunal toma suas decisões. O Direito, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, cobra reflexão acerca dos paradigmas que informam e conformam a própria jurisdição constitucional”.

Contudo, o respeito à decisão judicial e à *stare decisis* não pode ser simplesmente implantado da noite para o dia através da mera promulgação de uma lei. A compreensão é simples, o poder vinculante do precedente judicial nunca poderá ser imposto por via legal, porque a *ratio decidendi*, que é o elemento vinculante, não pode ser imposta. Se o for, não será *ratio decidendi* e nem terá qualquer correlação com a *stare decisis*. Ao revés, o Direito passa a ter integridade a tornar-se um sistema coerente quando todos os atores do processo compreendem a hermenêutica jurídica atual e trabalham para a manutenção do sistema e para sua reformulação através do diálogo democrático.

Promulga-se uma lei que possui a missão de implantar, *per si*, o respeito às decisões judiciais “na marra”, mas, no afã de vincular as instâncias inferiores, nem sequer tocamos no fato de que nem as próprias Cortes Superiores respeitam os seus precedentes, motivando a loteria recursal em que vivemos. Não seria necessária uma lei dando força vinculante ao precedente se simplesmente fosse cumprido o disposto no artigo 926 do Novo CPC. Juízes que julgam conforme suas próprias convicções instigam decisões conflitantes e jurisdicionados aventureiros. Estes mesmo juízes irão compor as câmaras e sessões dos tribunais, que também não se sentem vinculados nem a eles mesmos, o que instiga a loteria recursal e a avalanche de recursos protelatórios. Evidencia-se, portanto, que os problemas dos tribunais começam na atuação deles mesmos.

Ademais, muito se fala na necessidade de se aumentar o respeito às decisões judiciais, mas esquece-se completamente do ensino jurídico e do método de raciocínio em que os

necessidade de se ter naquilo que o juiz acredita a fonte da decisão judicial, o que chama de solipsismo judicial (STRECK, 2010).

nossos profissionais são formados. Se o objetivo é trabalhar com a lógica da *stare decisis*, se faz necessário, primordialmente, trabalhar um ensino que assim o faça.

Enquanto pouco se comenta quando se toca no tema, o Prof. Langdell, da prestigiada escola de Direito de Harvard, trouxe ao ensino do Direito aplicado nos Estados Unidos uma grande revolução ao começar a aplicar um novo método de ensino denominado *case-system*, cuja ideia fundamental consiste em formular os princípios jurídicos através da análise de casos concretos, contrariando o até então utilizado método do *book-system* e do *lecture-system*, clássico sistema de ensino consistente na memorização da lição dogmática sistematicamente apresentada nos manuais de Direito.

O método de casos é uma criação inteiramente original dos americanos nos domínios do Direito (...) é, na realidade, particularmente digno de nota que essa nova criação no ensino do direito comum tenha partido do pensamento de um único homem. Christopher Collumbus Langdell, o qual, como fundador do método, tornou-se o reformador da escola de direito de Harvard e daí das escolas de direito das universidades americanas em geral. (...) método de casos é, assim, de certo modo, nada mais do que os princípios de educação legal exigidos pela própria natureza do direito comum (...) a análise crítica do caso legal foi estabelecida como a aplicação do método indutivo, único completamente adaptado à natureza do direito anglo-americano (CONANT, 1968, p. 79).

No Brasil, apesar de modificações específicas, o uso da lei viva como ferramenta pedagógica ainda não é uma prática majoritária dentro das academias, predomina-se aqui o estudo dedutivo, primando-se pela análise e memorização da lei positivada, de códigos e manuais. É o sistema de lei-código, da lei ordinária do Legislativo como fonte de autoridade primária do Direito. Apesar de haver o uso de casos concretos, em sua maioria hipotéticos, estes são analisados do ponto de vista da mera subsunção do caso ao texto legal preexistente. Não trabalhamos, ainda, com o raciocínio indutivo, imprescindível a correta percepção da *stare decisis*.

A magistratura segue semelhante desprezo aos precedentes judiciais. Em sua maioria, alheios à responsabilidade democrática de sua profissão e instigados por metas numéricas e quantitativas insculpidas pelo Conselho Nacional de Justiça, os juízes brasileiros se preocupam muito mais com a reprodução automática e, muitas das vezes, irracional de sentenças “modelo” para o atingimento de metas administrativas e promoções do que com a

correta fundamentação das decisões e a integridade e coerência do sistema jurídico a que pertencem⁴⁶.

Neste contexto, com um ensino jurídico ainda estranho ao método indutivo de análise dos julgados e uma magistratura refratária ao dever de fundamentação e com forte afinidade a replicação irracional de decisões, não é muito difícil imaginar as consequências para o Direito Processual brasileiro da adoção dos precedentes judiciais nos moldes insculpidos no Novo Código de Processo Civil.

Não esta aqui a se defender a inconstitucionalidade ou inaplicabilidade do respeito ao precedente judicial ou da regras e princípios da *stare decisis* na *Civil Law*, muito pelo contrário, os precedentes judiciais são uma necessidade evidente. No entanto, esta mudança deve se dar, primordialmente, pela doutrina – através da demonstração do uso adequado da *stare decisis*-, pela academia – instigando o ensino indutivo e o método do *case-system* em suas cadeiras- e, principalmente, pela jurisprudência- fundamentando profundamente as suas decisões e mantendo-se íntegra e coerente-, não através da promulgação de uma lei que impõe um sistema de precedentes às avessas.

4.2 – A *stare decisis* e o julgamento de demandas repetitivas.

Para Antonio Carlos Marcato, “há muito se debate sobre as causas da crise da justiça, sendo praticamente consensual a conclusão de que, entre seus fatores determinantes, merecem destaque o custo e a duração do processo” (MARCATO, 2008, p.3).

De fato, a duração do processo é tema de extrema relevância para o jurisdicionado. O custo do processo para as partes, além daqueles representados no desembolso para o patrocínio da causa- como honorários de advogados, peritos, assistentes técnicos, gastos com oitiva de testemunhas, oferta de recursos e etc.- está intrinsecamente ligado à noção de tempo do processo. Embora se reconheça que o custo em si seja um componente relevante do problema, ele é brutalmente exasperado pela duração do processo e sua defasagem em razão do tempo social. Daí a preocupação cada vez maior com as medidas de urgência, característica dos dias atuais.

⁴⁶ Esta posição é tanto uma realidade que, durante a tramitação do Projeto de Lei do Novo CPC, associações de magistrados interpuseram pedido de veto exatamente aos artigos que exigem fundamentação do juiz. Ver em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao>.

Nas palavras de Marinoni (2010, p.243-244):

Se o tempo é a dimensão fundamental na vida humana, no processo desempenha ele idêntico papel, não somente porque, como já dizia Carnelutti, processo é vida, mas também porquanto, tende o processo a atingir seu fim moral com a máxima presteza, a demora na sua conclusão é sempre detrimental, principalmente às partes mais pobres ou fracas, que constituem a imensa maioria da nossa população, para as quais a demora em receber a restituição de suas pequenas economias pode representar angústias psicológicas e econômicas, problemas familiares e, em não poucas vezes, fome e miséria.

Tal concepção não escapou aos olhos do legislador que, através da Emenda Constitucional 45/2004, inseriu, expressamente, o princípio da razoável duração do processo dentro das garantias fundamentais asseguradas a cada indivíduo, insculpido no inciso LXXVIII do art.5º da Constituição Federal de 1988⁴⁷.

Contudo, a realidade está longe da consecução de um prazo razoável para a duração do processo. Na execução dos processos de primeiro grau, o tempo médio atinge oito anos e onze meses na Justiça Estadual e de sete anos e nove meses na Justiça Federal. Na Justiça do Trabalho, apesar de menor, a taxa atinge quatro anos e onze meses. Já a fase de conhecimento é um pouco mais célere nesses três ramos da Justiça, com três anos e dois meses; dois anos e seis meses e um ano e dois meses, respectivamente (BRASIL, 2016, p.380).

O longo lapso temporal necessário ao andamento processual dos feitos que tramitam no Poder Judiciário é a reclamação de quase metade dos cidadãos que procuram a Ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça. Segundo o mais recente relatório do órgão que atua como canal de comunicação, o tema “ morosidade processual” representa 48,78% das manifestações recebidas (BRASIL, 2017, p.3), sendo que, deste total, 98% são reclamações. “A morosidade é um problema que aflige todos os segmentos da população, o que faz que muitas pessoas recorram à Ouvidoria do CNJ na tentativa de resolver o problema” (MARTINS, 2014).

Neste sentido, são muitas as reformas processuais que visam à celeridade processual, e o Novo Código de Processo Civil não poderia ser diferente. Na Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo CPC, o objetivo de obter um processo civil mais célere por meio de institutos associados ao precedente judicial foi expressamente assumido:

Criou-se o incidente de julgamento conjunto de demandas repetitivas, a que adiante se fará referência. Por enquanto, é oportuno ressaltar que levam a um processo mais célere as medidas cujo objetivo seja o julgamento conjunto de demandas que

⁴⁷ CRFB, 1988. Art.5º (...) LXXVIII- a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

gravitam em torno da mesma questão de direito, por dois ângulos: a) o relativo àqueles processos, em si mesmos considerados, que serão decididos conjuntamente; b) no que concerne à atenuação do excesso de carga de trabalho do Poder Judiciário—já que o tempo usado para decidir aqueles processos poderá ser mais eficazmente aproveitado em todos os outros, cujo trâmite serão evidentemente menores os ditos “tempos mortos” (períodos em que nada acontece no processo).

Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade.

Prestigiou-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize (BRASIL, 2010, p.13).

Portanto, denota-se que houve o compromisso por parte do legislador de, se não garantir, ao menos aperfeiçoar a razoável duração do processo através da utilização dos precedentes judiciais. Ressalta-se, inclusive, que a preocupação com a celeridade aparece em primeiro lugar, quando se fala na utilização de tais precedentes, ao passo que a segurança jurídica e a isonomia aparecem apenas de forma colateral, a justificar a adoção de tal instituto.

As notícias que foram divulgadas durante a tramitação do Projeto do Novo CPC no Congresso Nacional reforçam esta afirmação. A título de exemplo, vale citar notícia publicada no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados, após a aprovação do referido projeto naquela casa legislativa:

A principal novidade do novo Código de Processo Civil (PL 8046/10), aprovado pelo Plenário nesta quarta-feira, é a criação de uma ferramenta para dar a mesma decisão a milhares de ações iguais que enchem as prateleiras do Judiciário. A promessa é dar uma solução judicial mais rápida a ações sobre planos econômicos, Previdência ou questionamento de contratos com empresas de telefonia, água e esgoto, os chamados contratos de adesão. Por meio do incidente de resolução de demandas repetitivas, as ações iguais serão congeladas na primeira instância até que o Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal decida a questão e mande aplicar, a todos os casos, a mesma decisão (...) O incidente pode economizar tempo para os cidadãos e gerar jurisprudência para os novos casos (...) Para o deputado Miro Teixeira (Pros- RJ), a nova ferramenta pode encurtar o caminho que um cidadão percorre até conseguir uma decisão final (BRASIL, 2014).

Assim, existe uma explícita tendência de se atribuir à vinculação a precedentes o aprimoramento do trato das demandas repetitivas. Os autores que vinham se debruçando sobre o estudo do Projeto do Novo CPC já identificavam esta tendência de se confiar na vinculação a decisões judiciais para o trato de litígios repetitivos:

Como se vem advertindo há algum tempo, necessitamos tematizar o uso destas técnicas, especialmente quando se vislumbra que no atual CPC Projetado, cujo relatório foi apresentado (pelos ilustres Deputados Sérgio Barradas Carneiro, Fábio Trad e Paulo Teixeira) e discutido na Câmara dos Deputados, se aposta com muita veemência na utilização destes padrões decisórios para dimensionar os litígios repetitivos, inclusive viabilizando a criação de “precedentes” pelos Tribunais de Segundo Grau (NUNES;PATRUS, 2013, p.371).

Tal modelo fora principalmente pensado para o trato do elevado número de lides decorrentes dos chamados direitos individuais homogêneos, nos quais os indivíduos estariam defendendo direitos individuais de origem comum e, por envolverem uma quantidade grande de indivíduos, merecem tratamento processual coletivo ou molecularizado, devido a questões de política legislativa e economia processual. São estas as características usualmente reconhecidas no Brasil para a identificação deste tipo de direito.

Quando, porém, se cogita de direitos individuais homogêneos, desde a origem se pode identificar a titularidade do direito pelo indivíduo, sem conotação alguma com o grupo que posteriormente se confirmou apenas para efeito de atuação em juízo. São em realidade direitos individuais aos quais se dá tratamento processual coletivo. Ou seja, o direito subjetivo material é individual, a ele se dispensado, por razões de política legislativa, o uso de técnica processual coletiva para sua defesa. Trata-se, assim, de uma ficção jurídica criada para ampliar a defesa de direitos individuais de origem comum. (FARIA; THEODORO JÚNIOR, 2008, p.498-499).

Um exemplo deste tipo de demanda é aquela em que ex-participante de plano de previdência privada que recebe complementação de aposentadoria pleiteia correção monetária plena, com incidência dos expurgos inflacionários referentes aos planos econômicos das décadas de 1980 e 1990. Hipótese em que há uma quantidade grande de indivíduos – ex-participantes de plano de previdência privada nas décadas de 1980 e 1990 - e com origem comum – direito à correção monetária plena, com incidência dos expurgos inflacionários referentes aos planos econômicos das décadas de 1980 e 1990.

Inspirado no modelo norte-americano da *class actions*, a legislação brasileira passou a gradativamente prever o uso de ações coletivas para o fim de tratar questões envolvendo direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Imaginou-se que, em uma sociedade massificada, os conflitos singulares em grande parte se resolveriam por intermédio da tutela coletiva. Contudo, tal modelo demonstrou-se ineficaz ao objetivo proposto, sendo ineficiente “para resolver, com eficiência e de maneira definitiva, as questões de massa, contribuindo para a existência de inúmeras demandas repetitivas, a provocar um acúmulo injustificável de causas perante o judiciário” (CUNHA, 2011, p.258).

Surgem respeitadas vozes no sentido de que a forma de tutela coletiva atual é ineficaz e insatisfatória em relação à tutela dos direitos coletivos (especialmente os

individuais homogêneos), fazendo acreditar que um ordenamento incapaz de impedir (em absoluto) a existência de ações repetitivas, embora possa tutelá-las de forma coletiva, revela-se obsoleto e inoperante (ROSSI, 2012, p.226).

Daí o desenvolvimento de novas técnicas de enfrentamento judicial de conflitos massificados, além das ações coletivas típicas, já que estas se revelaram insuficientes para evitar a explosão das demandas singulares repetitivas. Ocorre que tais técnicas estão sendo erroneamente correlacionadas com a *stare decisis*. A teoria da *stare decisis*, em sua origem, não visa primordialmente a solução de conflitos coletivos, mas sim a garantia da isonomia e segurança jurídica nos julgamentos.

As normas extraídas da *ratio decidendi* dependem de um aprofundado estudo do precedente e de um intenso debate entre os sujeitos do processo para serem aplicadas e, portanto, seu principal ganho para o sistema da *Common Law* não é a aceleração do processo, mas o atendimento à isonomia e à segurança jurídica. Também por isso, que nos Estados Unidos criou-se o modelo da *class actions*, esse sim um mecanismo de resolução de conflitos de massa.

Toda análise sobre precedente judicial não pode perder de vista que ele não constitui decisão-piloto apta a solucionar diversos casos paradigmas. Ou seja, o Tribunal Superior, ao julgar um *leading case*, não pode determinar que ele tenha valor de precedente judicial, posto que, somente se, historicamente, ele for utilizado na argumentação das partes e na fundamentação de novas decisões judiciais é que ele começará a ganhar o *status* de precedente.

Destarte, ontologicamente, o precedente constitui decisão judicial proferida para solucionar caso concreto, ele nunca pretende nascer desde sempre como precedente. Assim, a aptidão dele para constituir critério normativo apto a solucionar novos casos dependerá, inevitavelmente, do processo histórico referente a sua futura aplicação (NERY JUNIOR; ABOUD, 2013, p.532).

Esta percepção equivocada da *stare decisis* tem contribuído em muito para o uso inadequado desta teoria em solo brasileiro. O uso correto da *stare decisis*, com seu dever de fundamentação das decisões, enfrentando-se todos os argumentos que, em tese, poderiam incidir em uma decisão diferente, e com a sua estrutura dialógica entre os operadores do Direito, não permite a elaboração “*fast food*” de precedentes, como pretende o Novo CPC e, portanto, seria inócuo para o trato das demandas de massa que assolam o judiciário, motivo pelo qual se optou, para tanto, pela adoção de um precedente judicial confeccionado às pressas pela simples imposição vertical das teses oriundas dos Tribunais Superiores.

É evidente a falta de arcabouço teórico-normativo para lidar com as chamadas lides repetitivas, a doutrina parece uníssona quanto à causa do problema. Contudo, melhor seria, ao revés, identificar cada instituto e separá-los para os fins que se propõe. De fato, institutos como o IRDR podem até servir para o trato de demandas repetitivas. Mas, se quisermos trabalhar com uma correta *stare decisis* e evitar o empobrecimento das decisões judiciais, se faz necessária a separação conceitual entre a *stare decisis*, a ser utilizada para garantia de uma melhoria argumentativa nas decisões e da segurança jurídica e isonomia dos jurisdicionados; e institutos que visem o julgamento de demandas repetitivas, como o IRDR, a serem utilizados para julgar demandas que tratem de direitos individuais homogêneos.

4.2.1- O *Musterverfahren* alemão como mecanismo de tutela plurindividual.

Parcela da doutrina identifica institutos como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e o julgamento de recursos repetitivos com o que denominam de tutela judicial plurindividual, que pode ser entendida como “uma terceira via, postada num ponto equidistante entre a jurisdição singular (...) e a jurisdição coletiva” (MANCUSO, 2016, p.42).

Apesar desta parcela da doutrina, assim, diferenciar tais institutos daqueles oriundos da tutela coletiva, aqueles ainda se aproximam muito mais destes do que da *stare decisis*, motivo pelo qual a identificação dos incidentes/recursos que julgam demandas repetitivas com a coletivização de demandas pode contribuir para uma melhor classificação e compreensão destes institutos, já que o elemento vinculante neles criado costuma ser a solução propriamente dita.

Neste sentido, de acordo com a Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo CPC, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas foi criado por inspiração de um instituto alemão, denominado *Musterverfahren*:

Criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta.

(...)

No direito alemão, a figura se chama *Musterverfahren* e gera decisão que serve de modelo (*Muster*) para a resolução de uma quantidade expressiva de processos em que as partes estejam na mesma situação, não se tratando, necessariamente, do mesmo autor nem do mesmo réu (BRASIL, 2010, p.21).

Segundo noticiam Dierle Nunes e Rafael Patrus (2013, p.413), o procedimento alemão fora criado em caráter experimental, por meio de uma lei com prazo de vigência determinado e tinha como objetivo a solução de um caso específico: cerca de 15 mil investidores teriam sido lesados em razão da veiculação de informações equivocadas a respeito do patrimônio da empresa Deutsche Telekom (DT) em duas circulares de ofertas de ações. Os investidores supostamente lesados estavam sendo representados por setecentos e cinquenta advogados diferentes, em ações propostas perante a Corte Distrital de Frankfurt.

A técnica processual conjecturada pelo legislador alemão tinha como elemento vinculante *erga omnes* a solução de um conflito que, segundo a classificação doutrinária brasileira, versava sobre direitos individuais homogêneos. Isto porque os indivíduos estariam defendendo direitos decorrentes de origem comum – incorreta divulgação de informações nas circulares da Deutsche Telekom-, de natureza individual – de titularidade de cada um dos - investidores lesados- e, por atingirem um grande número de indivíduos, mereceram tratamento processual coletivo ou molecularizado.

O elemento vinculante do julgamento paradigma, ao revés do que se demonstra na *stare decisis*, é a solução dada pelo Poder Judiciário à causa, algo muito mais próximo a uma coisa julgada *erga omnes* do que à *ratio decidendi* do precedente. O dispositivo da decisão criado neste incidente seria, assim, posteriormente aplicado aos processos individuais idênticos, cuja identificação poderia ser feita de forma direta e imediata através de raciocínio dedutivo, equacionando um conflito que, apesar de tratar de direitos individuais, ganhou dimensão coletiva.

Portanto, o *Musterverfahren*- fonte de inspiração para técnicas de julgamento que, no Brasil, vêm sendo associadas à teoria do precedente judicial- visava a uma solução coletiva para litígios relacionados a direitos individuais homogêneos cuja resposta poderia ser dada pelo Poder Judiciário de forma molecular, por haver uma origem comum do Direito dos litigantes, o que seria objetivamente aferível no processo por meio de prova exclusivamente documental.

Mesmo que se pudessem estender diversas críticas a esse modelo, fato é que ele pretende ao menos tentar lidar com esta espécie de litígio, coisa que a atual dogmática processual não consegue fazer. Contudo, o IRDR não se limitou a tanto e, após diversas reformas, acabou por se afastar do procedimento modelo alemão, ao permitir sua utilização

para fixação de teses jurídicas diante de divergências jurisprudenciais acerca da interpretação de normas.⁴⁸

Esta característica inovadora do IRDR o afastou de seu modelo original e criou a incorreta equiparação deste instituto com a *stare decisis*, uma vez que se confunde, no Direito Processual pátrio, o processo de formulação de teses com o precedente da *Common Law*. Ao revés, os institutos de tutela plurindividual deveriam lidar apenas com as demandas que tratem de direitos individuais homogêneos e que possam ser solucionadas através da utilização semelhante ao procedimento- modelo alemão.

Desta forma, julgar-se-ia o incidente ou o recurso repetitivo através da ação modelo e se aplicaria o dispositivo às demais ações que tratassem de caso idêntico, entendido este como aquele em que haja uma identificação na causa de pedir, consubstanciada nos mesmos argumentos de fato e/ou direito, e no mesmo pedido, através de um raciocínio dedutivo aferível através de prova exclusivamente documental. Nada de *stare decisis* ou formulação de teses jurídicas.

Evidente que os tribunais deverão se adequar ao julgamento de incidentes e recursos como na hipótese ora versada. A multiplicidade de demandas deve ser uma realidade e não uma mera possibilidade, isto para se garantir um arcabouço retórico e dialógico acerca da matéria em litígio. É importante que a questão já preexistia no corpo jurídico. Ademais, a escolha do processo modelo deve ser atenta, pois este deve abarcar o maior número de processos o possível. Escolher algum modelo com especificidades ou que necessite da comprovação de fatos específicos ou realização de provas entre as partes de cada processo redundará na inaplicabilidade do julgado ou, na pior das hipóteses, na sua aplicação equivocada.

O perigo é a existência de uma padronização irracional. Apesar da coletivização de demandas ser uma realidade no mundo, vide a *Class Actions* norte-americana, o *Musterverfahren* alemão e a Agregação de Causas portuguesa, a padronização decisória através de procedimento-modelo deve se dar com a maior cautela o possível, tendo em vista

⁴⁸ “Entendo que o IRDR é um sistema inovador, já que não adotou plenamente nenhum dos sistemas conhecidos no direito estrangeiro. Julgará o recurso ou ação e fixará a tese jurídica. Parece ser o sistema de causas-piloto, mas não é, porque exige a formação de um incidente processual, não sendo, portanto, a tese fixada na “causa-piloto”. E não é um procedimento-modelo porque o processo ou recurso do qual foi instaurado o IRDR é julgado pelo próprio órgão competente para o julgamento do incidente. Um sistema, portanto, brasileiríssimo” (ASSUNÇÃO, 2016, p.315).

que a prática processual nacional tende à replicação inadequada de julgados, englobando causas que possuem suas peculiaridades e ferindo o princípio do acesso à justiça.

Por fim, apesar da necessária separação entre a *stare decisis* e o julgamento de demandas repetitivas, algumas analogias com aquele instituto seriam úteis a este modelo. Um exemplo é o dever de fundamentação do precedente na *stare decisis*. Assim como ocorre no precedente judicial, a decisão modelo dos institutos de tutela plurindividual deve ser proferida com a mais profunda fundamentação, enfrentando-se todos os argumentos que, em tese, poderiam levá-la a um resultado diferente. Ademais, institutos como o *distinguishing*, que poderia ser utilizado para que a parte demonstre especificidades em seu caso que fogem à decisão modelo, e o *overruling*, para superação da decisão nos mesmos casos do precedente da *stare decisis*, também seriam de grande utilidade.

4.3- A opção do legislador diante da crise do Poder Judiciário e sua atuação no cenário econômico globalizado.

Ao se tratar do tema dos precedentes judiciais e, conseqüentemente, da crise que assola o Poder Judiciário nas décadas que se sucederam após o constitucionalismo, não se pode perder de vista que a crise que lhe acomete não diz respeito tão somente à sua estrutura e ineficiência na consecução dos objetivos a que se propõe, mas a própria crise política que acomete o Estado em que está inserido. Evidente que o debate legislativo e as sucessivas reformas processuais podem indicar um avanço no trato da matéria, uma vez que a legislação e os mecanismos judiciais não podem ficar alheios à realidade em que atuam. Contudo, pensar que a mera reforma legislativa irá cuidar de todos os males sociais que desaguam no Poder Judiciário carecendo de solução é uma ingênua esperança. Se a tão propalada crise do Poder Judiciário e o aumento excessivo de demandas que o assolam não é um fato exclusivamente brasileiro, por aqui há particularidades que a tornam específicas da nossa realidade.

Desde a formação do Estado Moderno e de suas instituições básicas, até metade do século XX, é comum entre filósofos, juristas e cientistas sociais a observação de um fio condutor, isto é, a crença em um sentido na história desse período, uma teologia, consistente na ideia de progresso para uma civilização em que todos teriam seus direitos respeitados e efetivados, a partir da razão como fator impulsionador de transformações para o fim do “reino das necessidades” (CAPELLARI, 2001, p.151).

O Brasil, contudo, de uma forma geral, nunca conheceu a maturidade das instituições advindas do Estado Moderno, marcado desde a época do Império por um acordo entre as elites burocráticas e oligárquicas que se apossaram do Estado para instrumentalizá-lo com a finalidade de atingirem seus objetivos econômicos. Com essas características, vivemos no Brasil, durante toda a fase republicana, inúmeros sobressaltos institucionais com ditaduras, golpes de Estado, tentativas de ampliação da participação popular sufocadas, coexistindo com um Estado dirigente e autoritário, sempre voltado aos interesses econômicos das elites locais e estrangeiras, sem ter, em nenhum momento, articulado as instituições que atenderiam as demandas por direito. “Até hoje não temos uma rede de ensino público fundamental que universalize o acesso a escola, garantia das mais elementares em uma democracia” (CAPPELARI, 2001, p.142).

A promessa democrática e desenvolvimentista permitiu que em 15.11.1889 fosse proclamada a República Brasileira, que trouxe consigo também o federalismo e o presidencialismo. O que se viu, porém, foi uma democracia imatura, que permitiu a sucessão de inúmeros governos descomprometidos com seus ideais. A política do café com leite começa a ser sentida logo nos primeiros anos da República da Espada (1889-1894), mantendo as práticas centralizadoras do Império pela Política dos Presidentes de Estado (governadores), que controlavam o poder local por intermédio dos coronéis e sustentavam o poder do Presidente. Segue-se com os governos provisório (1930-1934), constitucionalista (1934- 1937) e o Estado Novo (1937-1945) de Getúlio Vargas, marcados pela predominância autoritária. Os historiadores nomeiam a fase seguinte de “República Populista”, que se inicia com a presidência de Eurico Gaspar Dutra (1946-1951) e tem fim com a renúncia de Jânio Quadros (1962), além de ter como principal expoente o retorno de Vargas ao governo (1951-1954). A crise populista é marcada pelo Governo de João Goulart e o imediato Golpe Militar de 1964, cujo governo autoritário viria a se estender até 1895, com o início da Nova República (REZENDE; RICETTO, 2015, p.28).

É neste contexto que fora promulgada a Constituição Federal de 1988, após 24 anos de ditadura e sob uma nova fase de intensa participação social, possuindo a missão de traçar em linhas gerais a arquitetura do Estado Democrático Constitucional de Direito, com vistas a criar as condições jurídicas e institucionais necessárias à efetivação dos direitos fundamentais e atender às promessas da modernidade.

Surge, então, com algumas décadas de atraso em relação a Europa e EUA, o Estado Democrático de Direito, em que deve ser visto o Direito como instrumento de transformação social, pois carrega, nos seus textos constitucionais, elevada carga de valores e caráter compromissário voltado para mudanças nas estruturas econômicas e sociais.

Com um Executivo refratário à consecução dos objetivos insculpidos no texto constitucional e com um Legislativo carente de legitimidade que prefere, em regra, satisfazer

os interesses de seus membros e coligados, resta, então, ao Judiciário o protagonismo na era constitucional. O ativismo judicial, assim, a ser visto com uma maneira de “tapar os buracos” daquilo que deveria ser resolvido por políticas públicas efetivas.

No entanto, as promessas tardias do constitucionalismo brasileiro se deram em dissonância à realidade econômica globalizante. Enquanto aqui se fala em objetivos constitucionais, na Europa, já há muito se fala no desmantelamento do *Welfare State*, em um ambiente em que os grandes grupos econômicos procuram diminuir a atuação do Estado e seu poder normativo.

A pós modernidade e a evolução da tecnologia trazem consigo uma verdadeira revolução silenciosa, que consiste em uma nova fase de reorganização do capitalismo mundial, potencializada pela revolução científico-tecnológica que derruba barreiras geográficas ao permitir a comunicação global em escala e tempo real, provocando uma concentração de riquezas em padrões nunca antes vistos, fortalecendo e ampliando o poder político e econômico de determinados grupos, que passam a ditar os rumos do futuro em escala global (CAPELLI, 2001, p.155).

Essa fase de acumulação capitalista traz consequências no plano político e jurídico. Tarso Genro (1994, p.38-39), por exemplo, já apresentava algumas tendências no Direito que foram sendo concretizadas com o tempo:

I- Uma metodologia interpretativa que considere os direitos constitucionais cada vez mais programáticos e menos “materiais”, realizando um distanciamento ainda maior entre a Constituição e a vida real do cidadão; II - Haverá um grande esforço legislativo, no sentido de considerar as Constituições “enxutas” como Constituições modelares, deixando um vasto espaço para disputas “via” livre jogo das forças sociais, ou “via” decisões das Cortes Constitucionais; III- A defesa da agilidade e da rapidez como valor político e jurídico ontológico, será um instrumento de privatização da distribuição da justiça, como estímulo a arbitragem privada e a suspensão, no campo processual, de medidas liminares que tendam a obstaculizar grandes investimentos e grandes negócios; IV- (...) Uma filosofia jurídica a serviço do “novo status quo” que crie categorias jurídicas que permitam a relativização dos direitos do cidadão, que só podem ser exercidos plenamente através do Estado (...). Se é verdade que a Filosofia do Direito das classes dominantes até agora “se segura” nas formulações positivistas, procurando separá-las do que o Iluminismo revolucionário entendeu como “direito natural”, é provável que hoje proceda-se uma construção inversa, crie-se uma espécie de “naturalismo social”, lastreado numa nova espécie de “*laissez faire*”, que procure extinguir radicalmente o império das leis capazes de sustentar direitos que possam perturbar os novos patamares da acumulação, necessários para a universalização da sociedade informática.

É nesse contexto que o Poder Judiciário sofre uma forte crítica pública. Por um lado, a opinião difusa de setores da sociedade o criticam por não atender ao seu papel constitucional

como garantidor da efetividade dos direitos fundamentais, por outro, antes mesmo que pudesse concretizá-la, sua atuação como garantidor de direitos passa a ser atacada pelos grandes grupos econômicos e pela ordem mercadológica atual, que veem o Poder como um aparato moroso, caro e que atrapalha os seus investimentos.

Nessa perspectiva, o cidadão litigante passa a ser concebido como um usuário/consumidor de decisões acerca de conflitos, emanadas de uma agência estatal especializada na tarefa. Processos se tornam números e a celeridade é alçada a nível privilegiado, em que o Direito se firma mais como um objeto de consumo indispensável para a vida moderna, do que como produto racionalmente concebido, ponderado e durável, visando à construção política de uma convivência pública. O CNJ protagoniza tal tema ao impor diversas metas ao judiciário, privilegiando, nitidamente, uma melhora quantitativa na prestação jurisdicional, se importando muito pouco com a qualidade das decisões⁴⁹.

Tal percepção tem encontrado um espaço cada vez maior nos debates acerca da funcionalidade do Poder Judiciário, principalmente na medida em que setores empresariais identificam a ineficiência deste como um dos fatores chamados “Custo Brasil”⁵⁰. O elemento central dessa análise é a eficiência econômica que pressupõe previsibilidade, segurança e, cada vez mais, agilidade e rapidez, e foca suas observações no aspecto quantitativo, na medida em que ressalta a situação sob o ponto de vista externo a qualidade das decisões, baseando-se em análises acerca da quantidade de processos que entram e os respectivos julgamentos, na enorme quantidade de recursos protelatórios permitidos pela legislação processual, no elevado gasto com recursos materiais e com pessoal e etc.

Apesar de tal situação, de fato, constituir uma das faces do problema, pois tais fatores são amplamente reconhecidos e acabam por prejudicar, também, setores menos favorecidos da população, há uma clara distorção no debate, pautado de forma inequívoca pelo critério da eficiência quantitativa e deixa-se, muitas das vezes, de se considerar o papel do Judiciário como garantidor da tutela dos direitos fundamentais, e, portanto, responsável, em certa

⁴⁹ Inspirado nas lições de Michele Taruffo, Dierle, Nunes leciona que há possibilidade há possibilidade de se conceber duas espécies de eficiência, por assim dizer. Uma primeira denominada de eficiência quantitativa e outra eficiência qualitativa. Pela primeira, mede-se a eficiência pela redução do tempo nos procedimentos e na redução dos custos. A relação, portanto, seria em que quanto mais rápido e barato a resolução do litígio maior a eficiência do sistema processual sem qualquer análise da qualidade da decisão. Na segunda espécie, eficiência qualitativa, a relação tem como norte a qualidade e a fundamentação das decisões, devendo, para tanto, ser instituído procedimentos adequados (NUNES, 2011, p.47)

medida, pela efetividade das normas constitucionais. Nesta perspectiva, muito mais importante do que o número de julgados é a análise da qualidade desses julgados que coloca em evidência a crise desse Poder⁵¹.

Mas, como um clima favorável aos investimentos privados necessita de um ambiente de estabilidade e previsibilidade para os negócios, o Banco Mundial⁵² passou a impulsionar a reforma do Estado- e, em particular, do Judiciário⁵³- para garantir essa previsibilidade, sobretudo em matéria contratual. Desse modo, na visão do referido Banco, os Judiciários nacionais não constituiriam fator de risco para os investidores privados.

Esse movimento reformista era enfaticamente defendido com imprescindível para tirar o Poder Judiciário da situação caótica em que se encontrava, tanto em termos de estrutura, como de funcionamento. Difundia-se a reforma como panaceia para todos os males que envolviam a jurisdição em seu específico exercício de entrega da prestação jurisdicional. Escamoteava-se, assim, o que, por décadas, estava sendo requisitado pela nova ordem econômica globalizada. Neste sentido, o Documento Técnico nº 319 do Banco Mundial é muito claro em relação a essa cobrança, ao instituir como objetivos da reforma do Poder Judiciário:

A reforma econômica requer um bom funcionamento do judiciário o qual deve interpretar e aplicar as leis e normas de forma previsível e eficiente. Com a emergência da abertura dos mercados aumenta a necessidade de um sistema jurídico. Com a transição de uma economia familiar - que não se baseava em leis e mecanismos formais para resolução de conflitos - para um aumento nas transações

⁵⁰ “Já se afirmou que empresas estrangeiras têm deixado o Brasil por insatisfação com o aparelho judiciário e que há dificuldade para se medir o impacto do funcionamento do Poder Judiciário no chamado ‘custo Brasil’” (GUERRA; FERRAZ, 2008)

⁵¹ A advertência de José Miguel Garcia Medina é importante. Não há, de fato, nenhuma correspondência entre a melhoria da Justiça com a diminuição do número de processos: “Criar ‘entraves e pretextos’ para que processos não cheguem à Justiça não torna nossa Justiça melhor, nem evita sua piora qualitativa: apenas torna-a uma Justiça com menos processos. Uma Justiça sustentada apenas em números não é, ipso facto, uma boa Justiça” (MEDINA, 2013)

⁵² O **Banco Mundial** é uma instituição financeira internacional que efetua empréstimos a países em desenvolvimento. É o maior e mais conhecido banco de desenvolvimento no mundo, além de possuir o *status* de observador no Grupo de Desenvolvimento das Nações Unidas e em outros fóruns internacionais, como o G-20 financeiro. (BANCO MUNDIAL. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2017. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Banco_Mundial&oldid=50360340>. Acesso em: 3 nov. 2017.)

⁵³ “Juntos, o Banco Mundial (WB) e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (IDB) investiram cerca de 1,51 bilhão de dólares a título de empréstimo ou de fundo perdido entre 1992 e 2011 em projetos de reforma judiciária em diversos países da América Latina e do Caribe (...) Já no que diz respeito ao relacionamento entre o Brasil e o Banco Mundial, pode-se dizer que existe desde 1940, mas teve um incremento especial justamente a partir dos anos de 2003/2004 (coincidentemente, ou não, o período final de tramitação da EC 45/2004). Nessa época (abril/2004) em informativo patrocinado pelo Banco Mundial, Angela Furtado escreve matéria intitulada ‘*The World Bank and Brasil: A new Country Assistance Strategy*’, onde anuncia os projetos do Banco para o Brasil, nos próximos anos” (GALILHETI, 2013, p.102-106)

entre atores desconhecidos cria-se a necessidade de maneiras de resolução de conflitos de modo formal. As novas relações comerciais demandam decisões imparciais com a maior participação de instituições formais. Todavia, o atual sistema jurídico é incapaz de satisfazer esta demanda, forçando, conseqüentemente, as partes a continuar dependendo de mecanismos informais, relações familiares ou laços pessoais para desenvolver os negócios. Algumas vezes isto desestimula as transações comerciais com atores desconhecidos possivelmente mais eficientes gerando uma distribuição ineficiente de recursos. Esta situação adiciona custos e riscos as transações comerciais e assim reduz o tamanho dos mercados, e conseqüentemente, a competitividade do mercado.

Além disso, o crescimento da integração econômica entre países e regiões demanda um judiciário com padrões internacionais. Por exemplo, o WTO, MERCOSUL e o NAFTA requerem certos princípios para decidir questões comerciais. A integração econômica exige uma grande harmonização de leis, que por sua vez requer que elas sejam constantemente aplicadas pelos membros dos países. Os países membros dos mercados comuns devem ter a certeza de que as leis serão aplicadas e interpretadas de acordo com padrões regionais e internacionais. Dessa forma, os países ao redor do mundo devem modernizar o seus judiciários para acomodar estas demandas e prover um nível adequado para a arena internacional (BANCO MUNDIAL, 1996, p.18).

Desse modo, a busca da estabilização das decisões judiciais tem por escopo a previsibilidade das decisões necessária ao modelo econômico, porque de interesse a este modelo contar com decisões judiciais previsíveis para conseguir ter como prognóstico um juízo já formado acerca do pleito de seu interesse. O projeto econômico globalizante implantado, para tornar-se concretizável, cuidou de fomentar a necessidade de urgentes reformas para respaldar o trabalho não só de acomodação das normas imersas no ordenamento interno às regras externas, mas também de ajuste de disposições legislativas para engendrar o sistema jurídico compatível com este modelo. “Enfim, o baixo desempenho do Judiciário atinge a efetividade da política econômica. O ambiente econômico, em constante mutação, exige um sistema legal flexível, que permita ampla adaptação à política econômica” (KOERNER, 1999, p.18).

Assim sendo, procurou-se verticalizar as decisões judiciais tendo como pano de fundo o efeito vinculante, tornando-as previsíveis e, conseqüentemente, tornando confiáveis as políticas econômicas. Para isso, se implementou o controle político dos Tribunais Superiores para que as decisões garantam os princípios econômicos capitalistas, ou seja, a proteção da propriedade privada e livre circulação do capital e mercadorias, sejam seguidas obrigatoriamente por todo o Poder Judiciário.⁵⁴

⁵⁴ Neste sentido, nos últimos anos, o Superior Tribunal de Justiça passou a desenvolver uma jurisprudência altamente favorável ao interesse do sistema bancário, especialmente no que diz respeito à preservação dos contratos. Veja-se, a título de exemplo as súmulas 379,380,381,382,384 e 385, todas do STJ, dentre outras.

Daí o atrelamento do sistema jurídico brasileiro a outra engenharia, a da verticalização das decisões mediante o uso, por exemplo, dos precedentes judiciais insculpidos no Novo CPC, que retraiu o poder de convencimento dos Juízes *a quo* e, ao mesmo tempo, cuidou de repassar, de forma concentrada, esse poder para uma cúpula maior- os Tribunais Superiores.

Ao que tudo indica, esta proposta de verticalização das decisões judiciais em consonância com as expectativas do mercado internacional que acabou por diferenciar o nosso precedente judicial daquele oriundo da *stare decisis*. Com a devida vênia aos entendimentos dissonantes, o modelo anglo-saxão, preocupado, primordialmente, com a segurança jurídica e a qualidade das decisões judiciais, criou um mecanismo inteligente e democrático de vinculação das decisões judiciais, ao passo que o nosso modelo, preocupado com a previsibilidade e garantia das expectativas dos investidores - a todo custo, diga-se de passagem- criou um mecanismo de verticalização ditatorial da atividade judicante, culminando na adoção de uma força vinculante aos precedentes oriundos dos Tribunais Superiores bem superior do que aquela experimentada na *Common Law*.

Não está a se afirmar que haja intervenção direta do Banco Mundial, porque não foi possível localizar qualquer documento oficial que demonstrasse essa ocorrência. Contudo, há evidências que sugerem que o padrão ideológico da Reforma do Poder Judiciário – replicado no Novo CPC- se alinha ao ideário defendido pelo Banco Mundial e pela economia global. A questão, portanto, não é dizer que há uma relação de submissão, mas de demonstrar que o modelo adotado pelo Brasil se alinha a um padrão proposto por instituições internacionais, como o Banco Mundial.⁵⁵

Tal constatação é de grande importância para o tema, pois amplia-se o horizonte do debate ao se perceber que a tão propalada crise do Poder Judiciário não se limita a inadequações estruturais deste, mas são, também, consequências das especificidades da realidade brasileira e da interferência da economia global na atuação deste Poder.

Não está a se advogar contra a adequação do Poder Judiciário à realidade econômica global, sabemos da importância da economia em uma sociedade capitalista globalizada como a atual. Contudo, a economia não deve ser valor único nem máximo a direcionar as reformas

⁵⁵ “A forma de agir dessa instituição é mais no sentido de condicionar o fornecimento de empréstimos e mesmo de doações, ao cumprimento de determinadas exigências (são as chamadas Transferências Monetárias Condicionais –TMCs). Assim, tratando-se do Banco Mundial, a intervenção, geralmente, não é direta. Veja-se, por exemplo, as classificações realizadas por essa instituição, nos seus vários Relatórios, em que os Países recebem “notas” de acordo com o grau de “confiabilidade” (GALILHETI, 2013, p.106).

que se fazem necessárias, sob pena de se cair nos erros que se tentou denunciar neste trabalho. “O desenvolvimento econômico é, por certo, finalidade a ser obtida pelos governos. Mas, não é, por certo, tarefa do Judiciário produzir – e não deve produzir- desenvolvimento econômico. O Judiciário produz – e deve produzir- justiça” (MACIEL, 2001, p.07).

Ademais, se a lógica para a reforma deve ser encontrada na economia, a sua aplicação não precisa e não deve ser posicionada no âmbito político. O esforço da reforma é, portanto, despolitizado e alguns componentes controversos, como a qualidade das decisões judiciais, o acesso de parcelas excluídas da sociedade, o processo de seleção dos juízes, a independência dos tribunais e etc, restam, convenientemente, fora do âmbito dos projetos de reforma internacionalmente suportados.

O citado Documento 319 do Banco Mundial não deixa dúvidas neste sentido, ao simplesmente se abster de indicar reformas para áreas sensíveis à população, mas de pouca utilidade para o desenvolvimento econômico, como é o caso, por exemplo, da jurisdição penal, ao dispor que “o Banco Mundial não está autorizado a desenvolver trabalhos na área da jurisdição penal, já que a intervenção nessa área não é considerada como forma produtiva em alcançar os seus objetivos, isto é, gerar desenvolvimento econômico” (BANCO MUNDIAL, 1996, p.18).

No ano de 1995, a Associação de Magistrados do Brasil encomendou ao Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro um estudo sobre os Magistrados e sobre a estrutura e funcionamento do Poder Judiciário brasileiro. A pesquisa teve seus resultados divulgados no ano de 1997 e, no que diz respeito ao aspecto econômico – que ora se enfatiza- chegou à seguinte conclusão:

Uma segunda ideia-força se constitui na percepção que enfatiza o papel do juiz singular na mudança social- o herói não é o Judiciário, mas o juiz. O *mainstream* da magistratura, tal como identificado na pesquisa, gravita em torno dessa segunda construção, embora, como se vem insinuando, o Judiciário, nisso que virá a ser a democracia brasileira, ainda seja uma obra aberta. E completa-la remete a uma outra ordem ainda mais complexa de considerações: a das relações entre os Poderes republicanos, especialmente nessa hora em que o Executivo, em nome da governabilidade, se põe em espírito de missão com a agenda de eficiência econômica, diante da qual todas as demais razões devem ceder, inclusive aquelas de que os juízes por destinação constitucional estão investidos como guardiães da ordem racional-legal e dos valores fundamentais (VIANA *et al*, 1997, p.323).

As reformas são necessárias, nisso não há dúvida. Mas, devem-se ponderar os fatos ora narrados para escolha dos rumos a serem percorridos e dos objetivos que se tem em mente com elas: o foco passa a ser uma melhora qualitativa das decisões judiciais em que o alvo é o jurisdicionado e o objetivo é a garantia dos direitos fundamentais insculpidos na Carta Magna ou prosseguiremos com reformas focadas no viés quantitativo, possuindo como alvo os investidores internacionais e como principal objeto o desenvolvimento econômico?

CONCLUSÃO

Após a realização deste trabalho e a colocação do problema tal como ora exposto, mostra-se possível apresentar importantes reflexões no que se refere à temática de inserção e aplicação dos precedentes judiciais no ordenamento brasileiro.

A crise do Poder Judiciário é um fato. As constantes transformações sociais ocorridas na ordem jurídica nacional. A abrangência de direitos fundamentais e ampliação das funções políticas dos órgãos judiciários, geram uma demanda crescente de jurisdicionados ávidos à garantia de seus direitos constitucionais reiteradamente violados. O excesso de lides na esfera judicial e a ausência de mecanismos que lidem adequadamente com as demandas coletivas, principalmente as que tratam de direitos individuais homogêneos, tornam o Judiciário lento e moroso, em descompasso com o tempo econômico e social atual, diante da velocidade de informações e a diminuição de fronteiras ocasionadas pela revolução técnico-científica.

Para tanto, a tendência do legislador brasileiro com as sucessivas reformas legislativas ocorridas nas últimas décadas é a verticalização das decisões judiciais e a replicação de teses formuladas por Tribunais Superiores, o que, para parte da doutrina, aponta para uma aproximação da nossa tradição jurídica à *Common Law*. Contudo, buscou-se demonstrar que tal tendência, ao revés, demonstra-se muito mais como um distanciamento do que uma aproximação desta família.

Os precedentes judiciais insculpidos no Novo Código de Processo Civil, frutos da referida tendência legislativa, apesar de comparados à *stare decisis*, possuem diferenças substanciais se comparados a esta. Tal fato ocorre, muito em conta, pelo raciocínio jurídico dedutivo fruto de nossa tradição jurídica. Trabalhamos com o precedente de forma muito mais semelhante à velha Escola da Exegese do século XIX do que à *stare decisis* da *Common Law*, onde o raciocínio é indutivo.

Tal fato ocorre, também, pelo foco que se tem dado nas reformas legislativas ocorridas nas últimas décadas. Ao que tudo indica, há forte pressão do mercado internacional sobre a atuação do nosso Poder Judiciário, isso porque a morosidade e indeterminação das decisões acarretam em prejuízos para os grandes investimentos. A atual ordem econômica global demanda um Judiciário estável, que respeite o livre mercado e a propriedade privada e que

consiga lidar com as lides em tempo cada vez mais célere, em resposta à velocidade dos negócios.

Neste íterim, os debates acerca da matéria se focam muito mais em um aspecto quantitativo na resolução dos conflitos do que em uma melhora qualitativa da justiça e das decisões judiciais. Talvez por isso, optou-se pela importação desfigurada dos precedentes judiciais, apostando-se na verticalização ditatorial e na replicação automática para garantir a tal almejada estabilidade e celeridade necessárias ao Judiciário. Nota-se, assim, que o foco é nitidamente utilitarista, e, neste viés, a Teoria do Direito e a Filosofia do Direito são pouco importantes ao se escolher as soluções para o problema.

Tentou-se, assim, demonstrar o risco do abrupto fortalecimento da verticalização das decisões através do nosso *sui generis* precedente judicial. Com uma cultura jurídica e uma magistratura refratárias à fundamentação das decisões judiciais e tendente à replicação irracional de decisões modelo, esta tendência legislativa, ao que tudo indica, resultará em retrocessos qualitativos, ferindo princípios como o acesso à justiça e o devido processo legal, em homenagem à uma segurança jurídica e celeridade processual que desafia as teorias democráticas da decisão judicial e do papel do juiz.

Contudo, o objetivo aqui exposto não é criticar a iniciativa do legislador em tentar ao menos lidar com a crise que assola o Judiciário. Novamente, o diagnóstico é o mesmo. Destoa-se, neste trabalho, do tratamento eleito.

Assim, buscou-se apresentar propostas para o trato dos males que assolam o Judiciário, sem que, com isso, haja um retrocesso epistemológico no Direito pátrio. Para tanto, tentou-se demonstrar que, em verdade, a loteria jurisprudencial e a morosidade do Poder Judiciário devem ser tratadas de forma distinta.

A loteria jurisprudencial ocorre, muito em conta, por erros na Teoria da Decisão contemporânea. Os juízes brasileiros, sob a justificativa de atuarem em um país de tradição civilista, acreditam que não possuem mais qualquer baliza ou restrição à sua atividade judicante, sustentando-se, inclusive, que podem julgar de acordo com suas próprias convicções, muitas das vezes totalmente subjetivas.

Neste sentido, a *stare decisis*, com seu dever de fundamentação fortalecido e na responsabilização do julgador com a coerência e integridade da jurisprudência é uma nítida

necessidade. No entanto, o que se defende nesse trabalho é que a *stare decisis* deve ser incorporada em sua totalidade, com a atuação democrática dos operadores do Direito e com profundo debate sobre as matérias, sem que haja um fechamento argumentativo simplesmente porque um determinado tribunal assim decidiu.

O fortalecimento da fundamentação e o dever de integridade podem lidar adequadamente com o caos hermenêutico existente em nossos tribunais sem que nisso resulte na aristocratização do Direito. Admite-se, no entanto, que os precedentes assim pensados não seriam uma solução imediata para o problema, diferente da proposta dos precedentes “*fast food*” do Novo CPC.

A morosidade, por seu turno, conforme demonstrou-se, consubstancia-se, em grande parte, na inabilidade do Judiciário em lidar com as demandas que tratam de direitos individuais homogêneos. Para tanto, prestigia-se o legislador ao tentar criar mecanismos para tanto, nomeados por parte da doutrina como mecanismos de tutela plurindividual. Contudo, mecanismos como IRDR, necessários a lidar com este tipo de demanda, devem se limitar a tanto. A equiparação destes mecanismos com a *stare decisis* redundará nos prejuízos já expostos.

Portanto, o escopo do presente trabalho foi demonstrar as diferenças históricas existentes entre as famílias da *Civil Law* e da *Common Law*, que resultaram em uma forma diferente de ver e raciocinar o Direito na sociedade, a fim de, assim, esclarecer as cruciais diferenças existentes entre os precedentes judiciais na *Common Law* e os provenientes do Novo Código de Processo Civil, criticando a simples correlação que vem sendo feita entre os instintos, que acaba por encobrir os reais prejuízos que tal importação poderá ocasionar.

Obviamente, não há o objetivo de esgotar o tema e nem muito menos dar solução ao debate ora iniciado ou a crise atual do Poder Judiciário. Este trabalho possui o objetivo de ampliar os debates e trazer uma nova perspectiva e propostas para o trato do tema, contribuindo com os estudos e com a melhora da qualidade o nosso sistema de Justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, n. 54.

_____; STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto- o precedente judicial e as súmulas vinculantes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. *O que é isto- o sistema (sic) de precedentes no CPC?* Revista Consultor Jurídico, ISSN 1809-2829. 18 ago. 2016. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Memória jurisprudencial: Victor Nunes Leal*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006.

ARANTES, Rogério Bastos; KERCHE, Fábio. *Judiciário e Democracia no Brasil*, em *Novos Estudos*, São Paulo, Cebrap, nº 58, 1999.

ASSUNÇÃO, Daniel, *Manual de Direito Processual Civil*, Volume único, Salvador: Juspodivm, 2016.

ATAIDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC. *O projeto do Novo Código de Processo Civil. Estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos* (Coord. Fredie Didier e Antonio Adonias Aguiar Bastos). Salvador: Juspodivm, 2012.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15.ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2014.

BACELLAR, Roberto Portugal. *O efeito vinculante dos precedentes jurisprudenciais e o princípio da segurança jurídica*. Revista Jus Navigandi, Teresina, fevereiro 2015. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/36730/o-efeito-vinculante-dos-precedentes-jurisprudenciais-e-o-principio-da-seguranca-juridica>. Acesso em: 22 maio de 2017.

BAHIA, Alexandre. As súmulas vinculantes e a nova Escola da Exegese. Revista de Processo, Belo Horizonte, n. 206, ano 37, p. 359-379, 2012.

BANCO MUNDIAL. *Documento Técnico 319 – O setor judiciário na América Latina e no Caribe – Elementos para reforma*. Tradução: Sandro Eduardo Sardá. Washington: 1996

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível na internet <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em 15 de junho de 2014

BASTOS, Antônio Adonias A. *O precedente sobre questão fática no Projeto do Novo CPC*. In.: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (Coord.). *Novas tendências do processo civil: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodium, 2014.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; BOUCAULT, José Rodrigo Rodriguez. *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

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

BRASIL. *A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*. Coord. Thomas da Rosa de Bustamante [et al.]; Alice Gontijo Santos Teixeira [et al.]; colab. Gláucio Ferreira Maciel [et al.]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

_____. *30º Relatório Trimestral da Ouvidoria – Abril, Maio e Junho de 2017*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2017.

_____. *Justiça em números 2016*. ano-base 2015. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

_____. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. *Código de Processo Civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

_____. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Para dar rapidez à Justiça, novo CPC prevê uma decisão para várias ações iguais*. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/464598-PARA-DAR-RAPIDEZ-A-JUSTICA,-NOVO-CPC-PREVE-UMA-DECISAOPARA-VARIAS-ACOES-IGUAIS.html>. Publicado em 26 mar. 2014. Acessado em 05 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário 655.265/DF. Relator: Min. Luiz Fux. Relator do Acórdão: Min. Edson Fachin. Julgado no dia 13/04/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11465268>. Acesso em 13 nov. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ cria núcleo para consolidação do sistema de precedentes do novo CPC. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/STJ-cria-n%C3%ACleo-para-consolida%C3%A7%C3%A3o-do-sistema-de-precedentes-do-novo-CPC. Publicado em 14 set. 2016. Acesso em: 13 nov. 2017.

CAENEGEM, R. C. Van. *Juízes, Legisladores e Professores*. Tradução BORGES, Luís Carlos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CÂMARA, Alexandre. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência Lotérica*. Revista dos Tribunais. Vol. 786/2001, p.108-128. Abr. 2001.

CAPELLARI, Eduardo. *A crise do poder judiciário no contexto da modernidade : a necessidade de uma definição conceitual*. Revista de informação legislativa, v. 38, n. 152, p. 135-149, out./dez. 2001.

CARDOSO, Oscar Valente. O conteúdo mínimo da fundamentação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil: comentários ao parágrafo 1º do art. 489. Revista Dialética de Direito Processual: RDDP, São Paulo, n. 149, p. 80-88, ago. 2015.

CASTRO, Guilherme Fortes Monteiro de; GONÇALVES, Eduardo da Silva. *A aplicação do common law no Brasil: diferenças e afinidades*. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?artigo_id=11647&n_link=revista_artigos_leitura. Acesso em 22/09/2017.

CATTONI, Marcelo. *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, v. II. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005.

CONANT, James Bryant. A educação de juristas, advogados e administradores de empresa. In: _____. *Dois modos de pensar*. Tradução de Anísio Teixeira. São Paulo: Companhia Editora Nacional; Ed. USP, 1968.

CRETELLA JUNIOR, José. *Direito Romano Moderno*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

CROCETTI, Priscila Soares; DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. *Formação Histórica, Aspectos do Desenvolvimento e Perspectivas de Convergência das Tradições de Common Law e de Civil Law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A Força dos Precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. Salvador: Juspodium, 2010.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. Revista de Processo, v. 193, mar. 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.

DANTAS, Bruno. *Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado – questões processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

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

DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula. *Curso de Direito Processual Civil*. 8 ed. Salvador: Juspodvm, 2013.

DIDIER JR, Fredie. Editorial 49. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-49/>>, acesso em 17 de outubro de 2013.

FARIA, José Eduardo. *O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios*. Estudos Avançados, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 103-125, aug. 2004. ISSN 1806-9592. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10002/11574>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

FARIA, Juliana Cordeiro de; THEDORO JÚNIOR, Humberto. A ação coletiva ajuizada por associação civil na defesa de direitos individuais homogêneos e a sentença genérica: a problemática da execução coletiva. In.: *Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Junior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GALILHETI, Edgar José. *A EC 45/2004 e o viés econômico no novo regime recursal cível brasileiro: uma análise político jurídica da atuação judicial a partir de Osvaldo Ferreira de Melo*. Tese submetida ao Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, UNIVALI. Itajaí, 2013.

GILISSEN, John. *Introdução ao direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros. 2ªed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GROSSI, Paolo. *Globalização, Direito, Ciência Jurídica*. Traduzido por Arno Dal Ri Júnior Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 10, n. 1, p. 153-176, jan. /jun. 2009. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/viewFile/442/191>. Acesso em 15 de agosto de 2017.

_____. *O direito entre o poder e ordenamento*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GUERREIRO, Marcelo da Fonseca. *Como postular nos juizados especiais federais cíveis: atualizada até a Lei nº 11.419, de 19.12.2006, que trata do processo virtual*. Niterói, RJ: Impetus, 2007.

GUERRA, Sérgio; FERRAZ, Leslie. *O custo Brasil e a morosidade do Poder Judiciário*. Disponível em: <https://abdir.jusbrasil.com.br/noticias/557309/o-custo-brasil-e-a-morosidade-do-poder-judiciario>. Acesso em: 20 nov. 2017.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. Tradução: Anonio de Oliveira Sette Camara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2006.

HORTA, José Luiz Borges. *História do Estado de Direito*. São Paulo: Alameda, 2011.

JOBIM, Nelson. In: *POSSE na presidência do Supremo Tribunal Federal: Ministro Nelson Azevedo Jobim, presidente, Ministra Ellen Gracie Northfleet, vice-presidente: sessão solene realizada em 3 de junho de 2004*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/Plaquetas/722718/PDF/722718.pdf>. Acesso em: 01 de setembro de 2017.

KOERNER, Andrei. *Debate sobre a Reforma do Judiciário*. In *Novos Estudos*.SEBRAP, Nº 54, julho de 1999.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes Judiciais Cíveis no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro. Elsevier, 2008.

MACIEL, Cláudio Baldino. *Interferência Externa: O Judiciário e o Banco Mundial*. In: *Novos Rumos*. Curitiba, Associação dos Magistrados do Paraná. Ano 8 no. 62, março de 2001.

MAGALHÃES, Marco Túlio Reis. *Características da segurança jurídica no Brasil*. Revista Consultor Jurídico, ISSNA 1809-2829. 22 jun. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-22/observatorio-constitucional-caracteristicas-seguranca-juridica-brasil>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. São Paulo: Ed. RT, 2016.

MARCATO, Antônio Carlos. *Crise da justiça e a influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro*. Tese apresentada para o concurso ao cargo de Professor Titular de direito processual civil do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

MARSHALL, Geoffrey. *What is binding in a precedent*. In MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (coord.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Estados Unidos: Dartmouth, 1997.

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

_____. *Juiz não pode decidir diferente dos tribunais*. Revista Consultor Jurídico, ISSN 1809-2829. 28 jun. 2009. Disponível em:< <https://www.conjur.com.br/2009-jun-28/juiz-nao-direito-decidir-diferente-tribunais-superiores>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

_____. MITIDIERO, Daniel. ARENHART, Sérgio Cruz. *O novo processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS, Gilberto. *Morosidade da Justiça é a principal reclamação recebida pela Ouvidoria do CNJ*. 01 out. 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62126-morosidade-da-justica-e-a-principal-reclamacao-recebida-pela-ouvidoria-do-cnj>. Acesso em: 13 nov. 2017.

MITIDIERO, Daniel. *Fundamentação e Precedente: dois discursos a partir da decisão judicial*. Revista de Processo, vol. 37, n. 206, p. 61-78, 2012.

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

_____; BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando com uma Nova Lógica: A ascensão dos Precedentes no Direito Brasileiro*. Revista da AGU. Brasília: AGU, ano 15, n. 3, p.10-52. Jul. /set. 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. Pelo fim da jurisprudência defensiva: uma utopia. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-29/processo-fim-jurisprudencia-defensiva-utopia>>. Acesso em 29 jul. 2013.

MOREIRA, Juvimário Andrelino. Teoria do Hybrid Law: *nasce (rá) um novo sistema jurídico brasileiro?* Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3998, 12 jun. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28315>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

NUNES, Dierle. *Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória*. Revista de Processo. n. 199, p. 41-82, 2011.

_____, BAHIA, Alexandre e THEODORO JUNIOR, Humberto. *Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário*. Revista de Processo, Belo Horizonte, n. 177, ano 34, p. 9-46, 2011.

_____, LACERDA, Rafael e MIRANDA, Newton Rodrigues. *O uso do precedente judicial na prática judiciária brasileira: uma perspectiva crítica*. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 62, pp. 179 - 208, jan. /jun. 2013.

_____, PATRUS, Rafael Dilly. *Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória: um contributo para o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro*. In.: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (coord.). *Novas tendências do processo civil: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Vol. 1. Salvador: JusPodium, 2013.

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

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organizador e revisor técnico da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial*. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Porto-formatado.pdf>. Acesso em: 07 out. 2017.

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

REZENDE, Lucas Teixeira de; RICCETTO, Pedro Henrique Arcain. *Crise do Estado Moderno, Separação de Poderes e Stare Decisis – Os Precedentes Judiciais no Novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo. Vol. 245/2015, p.. 15-35. Jul. 2015.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. BINI, Edson (Trad.). São Paulo: Edipro, 2003.

ROSSI, Júlio César. *O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas*. Revista de Processo 2012.

ROSENFELD, Michel. *Jurisdição Constitucional na Europa e nos Estados Unidos: paradoxos e contrastes*. In: MOREIRA, Luiz e BIGONHA, Antonio Carlos (orgs.) *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais- Racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.

SADEK, Maria Tereza. *Judiciário: mudanças e reformas*. Estudos Avançados 18 (51), 2004.

SANTOS, Boaventura; MARQUES, Maria Manuel L.; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro L. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Porto, Afrontamento, 1996.

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

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Súmula Vinculante: Teoria e Prática da Decisão Judicial com base em Precedentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.186

SOARES, Guido. *Common Law- Introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente Judicial à Súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2007.

STRÄTZ, Murilo. *Teoria dos pronunciamentos judiciais vinculantes: dos fundamentos jusfilosóficos ao utilitarismo consequencialista no regime instituído pelo Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Gramma, 2017.

STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Nápoles: Editoriale Scientifica, 2007.

_____. *Precedentes e Jurisprudência*. Revista de Processo, São Paulo, n.199, pp.142-143, 2010.

THEODORO JÚNIO, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

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

VIANA, Luiz Werneck et al. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renavan, 1997.

WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests*. 2.ed. Boston: Little, Brown & Co., 1894.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Interpretação da Lei e de Precedentes: civil law e common law*. Revista dos Tribunais, 2010.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3ª ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

ZANETI JR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Porque o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015?* Revista de Processo, vol.257/2016, p.371-388. Jul. 2016.