



Centro Universitário de Brasília- UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

HIOLANY COSTA NOGUEIRA

**PRECEDENTES JUDICIAIS COMO INSTRUMENTO DE
SEGURANÇA JURÍDICA E SUA APLICAÇÃO NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

BRASÍLIA

2014

HIOLANY COSTA NOGUEIRA

**PRECEDENTES JUDICIAIS COMO INSTRUMENTO DE
SEGURANÇA JURÍDICA E SUA APLICAÇÃO NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia a ser apresentada como requisito para conclusão do curso de graduação em Direito pela faculdade de Ciência Jurídicas e Sociais do UniCEUB.

Orientador: Professor João Ferreira Braga

**BRASÍLIA
2014**

Nogueira, Hiolany Costa

Precedentes judiciais como instrumento de segurança jurídica e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro / Hiolany Costa Nogueira - Brasília: O autor, 2014.

87 f.

Monografia a ser apresentada como requisito para conclusão do curso de graduação em Direito pela Faculdade de Ciência Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Orientador: Prof. Dr. João Ferreira Braga.

1. Direito Processual. 2. Precedentes Judiciais. 3. Ordem Jurídica Brasileira. 4. Segurança Jurídica. 5. Aplicação.

HIOLANY COSTA NOGUEIRA

**PRECEDENTES JUDICIAIS COMO
INSTRUMENTO DE SEGURANÇA JURÍDICA E
SUA APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia a ser apresentada como requisito para conclusão do curso de graduação em Direito pela faculdade de Ciência Jurídicas e Sociais do UniCEUB.

Orientador: Professor João Ferreira Braga

Brasília, ____ de _____ de 2014.

Banca Examinadora

Prof. João Ferreira Braga
Orientador

Prof. Examinador 1
Examinador

Prof. Examinador 2
Examinador

*Aos meus pais,
pela paciência e
amor que nunca me faltaram.
Aos meus irmãos,
pelo estímulo nas minhas realizações pessoais.
Dedico-lhes este trabalho.*

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus pelo seu amparo nos momentos de solidão; por me fazer confiante diante das dificuldades, bem como por proporcionar-me várias graças, mesmo quando não as mereço.

Agradeço ao meu pai, Sebastião Gonçalves Nogueira, pelo auxílio na realização das minhas atividades acadêmicas. Sinto-me orgulhosa em ser sua filha.

Agradeço a minha mãe, Nilda Maria da Costa Nogueira, pelo apoio e carinho dedicados a mim. Sua presença em minha vida faz-me forte a cada dia.

Agradeço aos meus irmãos, Henrique Gilson Costa Nogueira e Hadaylla Costa Nogueira, por toda ajuda. Seus conselhos enriquecem minha formação intelectual.

Agradeço ao professor João Ferreira Braga, pela compreensão, dedicação e cuidado na orientação dessa pesquisa. Seus ensinamentos foram essenciais para o desenvolvimento deste estudo.

"O Direito é, por excelência, acima de tudo, instrumento de segurança jurídica. Ele é que assegura a governantes e governados os recíprocos direitos e deveres, tornando viável a vida social. Quanto mais segura uma sociedade, tanto mais civilizada."

Geraldo Ataliba

RESUMO

Analisa-se o instituto dos precedentes judiciais e sua influência na efetivação da segurança jurídica, sua sistemática e como vem ocorrendo seu fortalecimento e estruturação no ordenamento jurídico brasileiro, em especial na proposta do Novo Código de Processo Civil. Verificam-se as diferenças existentes entre o *Civil Law* e o *Common Law*, assim também as convergências entre eles, com aplicação de procedimentos de uma família em sistemas jurídicos formados por outra. Examinam-se como ocorre a aplicação e sistematização de precedentes judiciais e os reflexos da uniformidade jurisprudencial com a constante presença de entendimentos distintos sobre situações jurídicas semelhantes, fato este que pode causar insegurança jurídica. O estudo busca investigar se o precedente judicial promove a segurança nas relações jurídicas, uma vez que neste mecanismo processual os juízes e tribunais respeitam as decisões de outros órgãos judiciais, o que permite ao cidadão saber quais as consequências jurídicas de sua conduta aumentando sua credibilidade na atividade jurisdicional. Ainda, com o intuito de pesquisar como vem sendo organizado e fortalecido o uso dos precedentes no direito brasileiro, estudam-se o Projeto do Novo Código de Processo Civil e seus procedimentos, com destaque ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. O trabalho busca proporcionar a compreensão do significado dos precedentes judiciais, sua aplicação e superação, bem como, verificar se este é instrumento eficaz de segurança jurídica. Por fim, a pesquisa aborda a possibilidade da sua implementação no sistema jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Direito Processual, Precedentes Judiciais, Ordem Jurídica Brasileira, segurança jurídica, aplicação.

ABSTRACT

It analyzes the institution of judicial precedents and its influence on the effectiveness of legal certainty, their systematic and as it has its strengthening and structuring the Brazilian legal system, in particular the proposal of the New Code of Procedure Civil. Check up the differences between Civil Law and Common Law, so the convergences between them, applying procedures in a family formed by other legal systems. Be examined as the application and systematization of legal precedents and reflections of jurisprudential consistency with the constant presence of different understandings of similar legal situations, a fact that may cause legal uncertainty occurs. The study aims to investigate whether the judicial precedent promotes safety in legal relations, since this procedural mechanism judges and courts respect the decisions of other courts, which lets citizens know what the legal consequences of their conduct increasing its credibility in judicial activity. Still, in order to search as it has been organized and strengthened the use of precedents in Brazilian law, we study the design of the New Code of Civil Procedure and its procedures, with emphasis on Incident Resolution Demands Repetitive. The work seeks to provide understanding the meaning of judicial precedents, implementation and improvement, as well as to verify whether this is an effective instrument of legal certainty. Finally, the study discusses the possibility of its implementation in the Brazilian legal system.

Keywords: Procedural law, judicial precedents , Brazilian law, legal security, application.

SUMÁRIO

Introdução	12
1 As famílias de Direito do <i>Common Law</i> e do <i>Civil Law</i>	15
1.1 Formação dos precedentes vinculantes no <i>Common Law</i>	16
1.2 Formação do <i>Civil Law</i>.....	18
1.3 Diferenças entre as jurisdições de <i>Common Law</i> e <i>Civil Law</i> e a tendência de convergência.....	19
1.3.1 Quanto à fonte do Direito	20
1.3.2 Quanto o pensamento do jurista do <i>Civil Law</i> e <i>Common Law</i>	21
1.3.3 Prováveis causas de aproximação do <i>Common Law</i> e <i>Civil Law</i>	22
1.3.3.1 Constitucionalismo	22
1.3.3.2 Cláusulas Gerais e Conceitos Indeterminados.....	23
2 Precedentes judiciais: definição, características, aplicação e função do instituto.....	27
2.1 Juízo comparativo entre precedente judicial, decisão judicial, jurisprudência e súmula.....	27
2.2 Definição	30
2.3 Aplicação e superação do precedente judicial	31
2.3.1 Esclarecimento acerca da <i>Ratio decidendi (holding)</i> e <i>Obter dictum</i>	31
2.3.2 Superação do precedente judicial	34
2.3.2.1 <i>Distinguishing</i>	35
2.3.2.2 Técnicas: <i>tecniqe of sanaling, transformation e overruling</i>	35
2.3.2.3 <i>Overruling</i>	36
2.4 Função do precedente judicial.....	37
2.4.1 Uniformização da jurisprudência	37

3	Precedentes judiciais como instrumento de realização da segurança jurídica	40
3.1	Segurança jurídica é princípio, subprincípio, regra, direito subjetivo ou valor? .	40
3.2	Segurança jurídica como cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito	42
3.3	Importância que a segurança jurídica também seja garantida pelo Judiciário	45
3.4	Aumento da segurança jurídica em virtude dos precedentes judiciais	52
3.5	Prováveis riscos e ponderações na aplicação de precedentes vinculantes no Direito processual brasileiro.....	53
3.5.1	Risco de impedir a renovação da jurisprudencial.....	53
3.5.2	Divisão de poderes.....	54
3.5.3	Restrição ao livre convencimento do juiz	55
4	Fortalecimento dos precedentes judiciais pelo projeto do Código de Processo Civil.....	57
4.1	Reflexões e expectativas acerca do projeto do Código de Processo Civil.....	58
4.2	Institutos da proposta do Código de Processo Civil que visam implementar o respeito aos precedentes judiciais	62
	Conclusões.....	75
	Referências.....	81

INTRODUÇÃO

Um dos grandes desafios do direito processual civil contemporâneo é a satisfação daquele que se utiliza da atividade jurisdicional no que tange ao acesso à Justiça, uma vez que as relações sociais têm como característica a complexidade e o surgimento de novas demandas. A democratização da comunicação por meios eletrônicos e a ampliação dos direitos fundamentais são exemplos de novos valores que geram procura da sociedade pela prestação jurisdicional.

Por isso, é necessária a intercomunicação na expressão linguística do Direito¹. Nota-se que essa intercomunicação presente na ciência jurídica tem proporcionado convergência das famílias jurídicas do Direito. Em certa medida, embora o ordenamento jurídico brasileiro tenha seguido o sistema do *Civil Law*, tendo como fonte imediata a lei, hodiernamente, existe uma forte tendência de adoção de algumas características da família *Common Law* no Direito Nacional.

Nesse sentido, o presente estudo tem por finalidade analisar mecanismo processual comumente usado nos países do Sistema do *Common Law*, denominado de precedentes judiciais. Pretende-se pesquisar a sua funcionalidade e possível estruturação da sua aplicação na ordem jurídica brasileira.

Será estudada inicialmente a convergência da família do *Common Law* com o sistema *Civil Law*, especialmente no direito brasileiro. As principais questões a serem respondidas são: a) Sob quais aspectos ocorre essa convergência entre os sistemas; b) Se o instituto dos precedentes judiciais é compatível com a família *Civil Law*. Assim, no primeiro capítulo, aborda-se a origem dos precedentes no *Common Law* e a provável compatibilidade com o Direito do Brasil.

Serão apresentados no segundo capítulo as prováveis definições do que seja precedente judicial e a sua relação com os conceitos de decisão judicial, jurisprudência e súmula.

¹ Para Arthur Mendes Lobo e João Batista de Moraes a revolução tecnológica e a democracia na comunicação têm gerado novos valores que conduzem as pressões da sociedade sobre as instituições do Direito, o que vem a exigir da linguagem do Direito, interdiscursividade e intertextualidade. Desse modo verificaram que essa interdiscursividade tem ocasionado dialogo entre sistemas processuais dos Estados. (LOBO, Arthur Mendes; MORAES, João Batista de. Desafios e avanços do Novo CPC diante da persistente insegurança jurídica - a urgente necessidade de estabilização da jurisprudência. In: DELFINO, Lúcio (Coord.). O futuro do Processo Civil no Brasil: uma análise crítica ao projeto do Novo CPC. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.47).

Em seguida, analisam-se os elementos que constituem a *ratio decidendi* e *obter dictum*, além das técnicas de aplicação dos afastamentos dos precedentes, ou seja, *distinguishing*, *overruling* e *overriding*. Esta parte final do segundo capítulo está centrada no *stare decisis*, pois é este o procedimento presente na maioria dos países de *Common Law* para aplicação e superação de decisões judiciais. A intenção é pesquisar se é possível a incorporação, no ordenamento brasileiro de uma teoria de precedentes judiciais, e se esta tem potencialidade de promover a segurança jurídica e isonomia jurídica.

Cabe ressaltar que, apesar de o Brasil ser um país cujo sistema jurídico se baseia na codificação e na norma legislada, não se pode negar ao jurisdicionado a possibilidade de prever as consequências de determinada conduta no momento da aplicação da lei, para que se garanta a segurança nas relações jurídicas.

A segurança jurídica é norteadora do processo judicial, tanto na esfera infraconstitucional como na Constituição Federal, na qual está disposta em seu artigo 5º, inciso LXXVIII. Desse modo, estão sendo inseridos no direito brasileiro mecanismos capazes de proporcionar segurança jurídica. Em virtude disso, os instrumentos processuais que promovem o respeito às decisões judiciais já proferidas sobre caso semelhante proporcionam maior grau de segurança aos jurisdicionados, uma vez que possibilitam ao cidadão maior previsão das medidas tomadas no exercício da atividade jurisdicional, ou seja, permite a calculabilidade da tutela de seus direitos.

É nessa perspectiva que o terceiro capítulo da pesquisa pretende investigar se o sistema de precedentes judiciais promove a segurança jurídica. Nesse capítulo será investigado o sentido do instituto da segurança jurídica, com o enfoque nos estados de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito, apontando, em sequência, de que forma os precedentes aumentam o nível de segurança. Não obstante, também é prescindível verificar nessa parte quais os prováveis riscos e limites na aplicação dos precedentes vinculantes.

A quarta parte do trabalho é destinada ao estudo do Projeto do Novo Código de Processo Civil com tramitação na Câmara dos Deputados, de modo a analisar se esta proposta legislativa fomenta a utilização e respeito aos precedentes judiciais. Para tanto, aborda-se a expectativa com a nova codificação e os artigos que podem proporcionar força na aplicação dos precedentes.

Pretende-se, portanto, com este ensaio estudar o papel desempenhado pelos precedentes judiciais. A monografia busca compreender tanto o fenômeno do precedente e sua função, quanto seu fortalecimento pelas alterações legislativas, permitindo perceber quais ponderações devem ser observadas para que não ocorra mal emprego desse instituto.

1 AS FAMÍLIAS DE DIREITO DO *COMMON LAW* E DO *CIVIL LAW*

O Direito é resultado cultural e histórico da sociedade que regula. Desse modo, cada Estado constitui seu próprio sistema de normas. Tal circunstância, entretanto, não impede que diferentes sistemas sejam organizados dentro de “famílias de Direito”. Identificam-se as “famílias do Direito” conforme as semelhanças e diferenças nos diversos sistemas de direito, considerando para diferenciação a forma como as normas são interpretadas e formuladas².

Essas famílias de Direito são a *Common Law* e a *Civil Law*. Ambas são constituídas de elementos historicamente consolidados sobre a natureza do Direito que representam, do papel na sociedade, da organização, operacionalização e da forma como o ordenamento jurídico é feito, aplicado, estudado e pensado. A razão de diferentes sistemas serem agrupados dentro da mesma família sinaliza características em comum, que a diferencia daqueles sistemas presente em outra família³.

Ovídio Baptista⁴ menciona que uma das diferenças existente entre as duas famílias refere-se ao fato de que no *Common Law* os doutrinadores são em geral os magistrados, enquanto que no *Civil Law* a doutrina é anunciada por teóricos. Para o autor, essa peculiaridade do *Civil Law* decorre da formação dos países que o originaram, uma vez em razão de estabelecimento da teoria da separação de poderes houve a substituição do sistema costumeiro pelo direito exclusivamente produzido pelo Estado, por meio do Poder Legislativo.

Desse modo, para melhor compreensão do objeto deste estudo, qual seja, da tendência de inserção da teoria dos precedentes judiciais obrigatórios, típico do *Common Law*, em ordenamentos jurídicos estruturados na família do *Civil Law* como o sistema brasileiro, é necessário analisar a formação dessas famílias de Direito, observando como os precedentes se desenvolveram dentro de cada uma delas.

² DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.17.

³ MERRYMAN, John Henry. *The civil Law tradition: introduction to the legal systems of European and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 2009. p.2.

⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.35.

1.1 Formação dos precedentes vinculantes no *Common Law*

Para o entendimento da formação dos precedentes na família de *Common Law*, é importante verificar, como se estrutura, o direito inglês, país de origem dessa família.

Após a conquista da Inglaterra pelos normandos em 1.066, o poder se tornou central. Antes da invasão normanda, o Direito era organizado pela Assembleia de Homens Livres (*Conty Court ou Hundred Court*), o qual introduzia os costumes locais para decidir que parte deveria provar suas alegações. Depois do domínio normando, as Cortes foram substituídas por jurisdições senhoriais, no qual se aplicava um direito costumeiro. A formação do *Common Law*, ou melhor, o direito inglês comum presente em toda a Inglaterra, ocorreu nos Tribunais da Westminster, a partir do século XIII⁵.

A vinculação às decisões judiciais, no direito inglês, ocorreu naturalmente, em razão da preocupação com a existência de julgamentos contraditórios. No surgimento de um caso que não foi analisado, mas houvesse casos semelhantes, este deveria ser julgado no mesmo sentido daqueles. Isso determinou que o *Common Law* se tornasse o sistema de *Case Law*, com decisões anteriores sendo seguidas, na intenção de conferir certeza no Direito.

O Direito na Inglaterra não apenas aceitava o passado, como o glorificava. A Revolução Inglesa, diferente da Revolução Francesa, pretendia fortalecer o direito. Ademais, na Inglaterra os juízes procuravam proteger os direitos individuais e frear os excessos de poderes do Rei, confirmando o respeito ao direito originário⁶. Motivo pelo qual justificava o respeito às decisões dos magistrados ingleses.

No *Common Law*, não foi desenvolvida uma teoria hierárquica quanto à fonte de direito. Os estatutos do Parlamento são considerados fontes como são as decisões judiciais⁷. Para o entendimento do instituto do precedente vinculante, tal como presente na Inglaterra deve ser verificada certas peculiaridades.

Rupert Cross⁸ menciona que um princípio básico da administração da justiça no Direito inglês é que casos semelhantes devem receber tratamento semelhante (*like cases should be decided alike*).

⁵DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.286.

⁶MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.53.

⁷MERRYMAN, John Henry. *The civil Law tradition: introduction to the legal systems of European and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 2009. p.26.

⁸CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon Press, 1991. p.3.

De fato, não é qualquer decisão no sistema inglês, a qual se empresta valor de precedente. Somente se considera precedente obrigatório o julgado, o qual é capaz de tornar paradigma o entendimento, tanto de julgadores quanto de jurisdicionados. Ademais, não é toda a decisão que será vinculante, mas somente a parte que constitui a *ratio decidendi* (razões de decidir)⁹.

José Cruz e Tucci¹⁰ menciona que o princípio da submissão ao precedente, o qual é o dever do magistrado em formar-se à *ratio decidendi*, recebe a denominação de *stare decisis*. Considerando a importância adquirida pelos juízes no decorrer da formação do *Common Law*, a fundamentação de suas decisões é importante não somente para delimitar a coisa julgada afetada aos litigantes, mas também por interessar aos demais julgadores, pois, proporciona previsibilidade aos outros jurisdicionados, o qual determinará suas condutas de acordo com a decisão proferida.

Com efeito, o precedente somente se tornou vinculante na Inglaterra no século XIX. Cabe destacar a decisão *Beamish x Beamish* em 1861, em que o *Lord Campbell* previu que a *House of Lords* deveria obedecer a seus precedentes como as cortes inferiores. A decisão de um tribunal vincula as demais cortes conforme a sua posição hierárquica, ou melhor, toda a decisão da *House of Lords* é obrigatória para os tribunais inferiores, porém o inverso não é possível.¹¹

Após analisar formação da teoria dos precedentes obrigatórios na Inglaterra, cabe expor sobre o *stare decisis* nos Estados Unidos, visto que existe diferença da forma como se estabeleceu a teoria nos dois países.

O sistema de *Case Law* é aplicado nos Estados Unidos desde sua colonização, na maioria dos seus estados. Entretanto, com a promulgação da Constituição de 1787, o direito estadunidense se afastou do sistema inglês. Tanto que, nos Estados Unidos as fontes do direito são a Constituição, as leis ordinárias federais e, subsidiariamente, aplica-se o *Common Law*.¹²

Além de os Estados Unidos terem adotado uma Constituição escrita, o que não se verifica na Inglaterra, seu território é dividido em várias jurisdições estatais, o que gera vários *Law Reports* (decisões judiciais)¹³. Cabe ressaltar que a teoria dos precedentes vinculantes foi

⁹CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon Press, 1991. p. 39.

¹⁰CRUZ E TUCCI, José Rogério. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 275.

¹¹Ibidem, p.158.

¹²Ibidem, p.165.

¹³CROSS, op. cit., p.19.

aplicada de forma mais permissiva, pois a Suprema Corte e, inclusive, os tribunais inferiores reveem seus precedentes quando ultrapassados.

Quanto ao aspecto normativo atribuído pelas recentes mudanças no Direito brasileiro, observa José Rogério Cruz e Tucci que, enquanto no *Common Law* a vinculação dos precedentes tem se tornado mais flexível, no *Civil Law* os juízes tendem a se aterem aos precedentes na fundamentação das decisões judiciais.¹⁴

A partir dessa delimitação sobre a família do *Common Law*, é imprescindível o entendimento da organização da família do *Civil Law*, no intuito de, após conhecer suas diferenças, seja cabível compreender a possibilidade ou não da adoção de precedentes no ordenamento brasileiro.

1.2 Formação do *Civil Law*

O *Civil Law* tem sua origem histórica no Direito Romano, principalmente, devido à introdução neste ordenamento do *Corpus Iuris Civilis* pelo Imperador Justiniano, o qual pretendia unificar o Direito existente. Também, os textos produzidos no Direito Canônico e os estudos realizados nas Universidades fizeram com que fosse desenvolvido em certos países europeus o Direito escrito. Posteriormente, muitas dessas nações, ao colonizarem povos habitantes da África, América e Ásia inseriram seu sistema normativo vigente.

Foi sob os ideais da Revolução Francesa, entretanto, que o Direito codificado em lei se estabeleceu. Acreditava-se que, um sistema jurídico pautado em leis alcançava a segurança jurídica e igualdade, já que todos conheceriam as normas a serem aplicadas e estas seriam iguais a todos. Ocorre que tal sistema, para ser igualitário e previsível, exige um legislativo atuante na elaboração de leis claras e concisas, as quais albergariam todas as relações jurídicas, situação essa incabível em razão das constantes alterações nas necessidades sociais e da diversidade de concepções políticas presente nos parlamentos.

Na concepção do positivismo jurídico, um dos movimentos que influenciou a Revolução Francesa, segue a compreensão de que o direito se encontra na lei, tendo o interprete a

¹⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Precedente judicial como fonte de Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 26.

função de declarar a legislação. Tal pensamento reflete na organização de interpretação da lei presente na Escola da Exegese¹⁵.

Na Revolução Francesa, defendia-se a separação de poderes, principalmente, para manterem separadas as funções de Legislativo, Executivo e Judiciário. Isto ocorreu, porque muitos juízes integravam ou estavam ligados à aristocracia, classe social esta que a Revolução pretendia acabar. Assim, o Novo Regime assegurou que os magistrados ficassem restritos a apenas aplicar as leis elaboradas pelo Legislativo¹⁶. Entretanto, o acúmulo de função para os legisladores acaba por manter a concentração de poder em um único grupo.

No Brasil, o sistema jurídico foi influenciado pelas regras do *Civil Law* português. Nesse sentido, notam-se que os vários diplomas legais, algumas vezes, não são suficientes para distribuição do direito, com a necessidade de preenchimento da interpretação por meio do exercício jurisdicional.

1.3 Diferenças entre as jurisdições de *Civil Law* e *Common Law* e a tendência de convergência

Alguns doutrinadores¹⁷ criticam as macrocomparações entre o *Common Law* e *Civil Law*, pois, para eles ocorreram várias mudanças que distinguiram uma mesma tradição jurídica. É o que se nota no Direito inglês e estadunidense, principalmente, após a edição do Código de Processo Civil inglês (*Rules of Civil Procediment*).

Já Miguel Reale considera que as famílias no Direito:

“Na realidade são expressões diversas que, nos últimos anos, tem sido objeto de influências recíprocas, pois enquanto as normas legais ganham cada vez mais importância no regime de *Common Law*, por sua vez, os precedentes judiciais desempenham papel sempre mais relevante no Direito de tradição romanística”.¹⁸

Michelle Taruffo¹⁹ entende que, existe uma pluralidade de modelos processuais e, desse modo, aplica-se microcomparações, ou seja, comparação entre ordenamentos, ao contrário

¹⁵ BOBBIO, Noberto. O positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Icone, 1999. p. 29.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.53.

¹⁷ TARUFFO, Michele. Icebergs do *Common Law* e *Civil Law*? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação. Revista de Processo, ano 35, nº 181, p. 167-169, mar 2010.

¹⁸ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.142.

¹⁹ Ibidem, p.169.

de relação entre macromodelos. Para o pesquisador, pode-se referir às famílias de *Civil Law* e *Common Law*, desde que considere o afastamento progressivo dos vínculos que permitem distinguir uma família da outra.

O agrupamento em famílias, entretanto, será utilizado como forma de facilitar o entendimento dessas duas tradições jurídicas, ou melhor, “recorre-se a ela com finalidade didática, para se ressaltar semelhanças e diferenças entre os diferentes direitos”²⁰.

1.3.1 Quanto à fonte do Direito

Uma das principais divergências existentes entre *Civil Law* e *Common Law* está na valoração que confere a lei e aos precedentes judiciais como fonte de direito.

Apesar dos países de *Common Law* serem originalmente de um direito jurisprudencial, nota-se que, vem conferindo maior importância à lei. Não obstante, com o surgimento do Constitucionalismo e do Estado Social, os países de *Civil Law*, de essência codificada, atribuíram maior destaque a jurisprudência.

A doutrina clássica do *Civil Law* considerava a lei como fonte primária do direito e entendia que a jurisprudência não constituía fonte do direito²¹. A lei foi considerada nos países de *Civil Law*, fonte primordial do direito. Nesses países, os juristas procuravam primeiro descobrir as regras e soluções dos textos legislativos, com auxílio de vários processos de interpretação, para que fosse encontrada a solução que correspondesse à vontade do legislador²².

Ocorre que esta análise está muito distante da realidade. Foi reconhecido e gradativamente inserido o papel criativo do juiz. Com efeito, a interpretação da lei unicamente considerada em seu texto, já não consegue, em todas as circunstâncias, conduzir a solução de Direito adequada.

Maria Helena Diniz menciona que a jurisprudência no Direito Brasileiro auxilia na produção de normas e instiga o legislador a fazer leis os quais acompanham o desenvolvimento da sociedade, afirma, portanto que a jurisprudência tem força normativa²³.

²⁰ DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.17.

²¹ Ibidem, p.11-12.

²² Ibidem, p.110.

²³ DINIZ, Maria Helena. Compêndio da Introdução a Ciência do Direito. Saraiva, 2011. p.283.

No *Common Law*, os precedentes são fontes do direito, sendo a lei culturalmente usada em caráter de exceção, apesar de serem muitas²⁴. O Direito inglês é jurisprudencial (*Case Law*) e as regras são as encontradas na *ratio decidendi* das decisões tomadas nos tribunais superiores.

Enquanto o *Civil Law* busca solução de Direito por intermédio da lei, a família do *Common Law* pretende obter o mesmo resultado observando, prioritariamente, as decisões judiciais. Contudo, um intenso movimento legislativo foi desenvolvido na Inglaterra, em especial, após a 2ª Guerra Mundial. Roland Séroussi relata sobre o aumento da edição de leis nos Estados Unidos e exemplifica com a Constituição escrita, a Declaração de Direitos, as dez primeiras emendas da Constituição, as liberdades públicas (*civil rights*) e os Códigos Federais e Estaduais. O autor ainda diz que os juízes americanos não ficam mais presos a jurisprudência, entretanto, conforme as necessidades as reformam ou limitam.²⁵

Por conseguinte, nos países de *Civil Law*, têm sido valorizados os precedentes judiciais, em virtude, principalmente do implemento da atividade criativa do juiz, o qual decorre, do constitucionalismo, dos conceitos indeterminados, das regras abertas e cláusulas gerais. Portanto, no aspecto da fonte de direito, visualiza-se o respeito à lei e a jurisprudência tanto do *Civil Law* como do *Common Law*.

1.3.2 Quanto o pensamento do jurista do *Civil Law* e *Common Law*

É de se notar que há certo intercâmbio entre os juízes dos países que adotaram a família *Civil Law* com relação à forma de raciocinar o direito. No *Civil Law*, a tarefa dos juristas baseia-se na interpretação de formulas legislativas, diferente dos países de *Common Law*, em que a técnica jurídica inicia-se com a *ratio decidendi* dos precedentes, caracterizada pelo processo de distinções²⁶.

²⁴DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.331-332.

²⁵SÉROUSSI, Roland. Introdução ao Direito Inglês e Norte americano. São Paulo: Editora Landy, 2001. p.162.

²⁶DAVID, op cit, p.82-85.

O jurista do *Common Law*, por se acostumar com a técnica das distinções, o qual será melhor explicada no capítulo subsequente, mesmo havendo lei regulamentando a matéria, insistirá que não há Direito sobre a questão, se não houver precedente da Corte²⁷.

No *Common Law*, a interpretação inicia com um estudo pragmático, ou seja, parte do caso concreto para dirimir as lides presentes e futuras, diferente da família do *Civil Law*, no qual os julgamentos se baseiam em abstrações legais decorrente de um raciocínio dedutivo.

Nesse sentido, no *Common Law*, as regras são formadas de modo preciso, posto que os precedentes possibilitam flexibilização na aplicação destas. Já nas regiões de *Civil Law*, a intenção é que as regras de Direito permitam certa liberdade ao juiz, sendo função do legislador fornecer diretrizes ao magistrado, uma vez que o juiz aplicará prioritariamente a lei para solução da controvérsia.

1.3.3 Prováveis causas de aproximação do *Common Law* e *Civil Law*

1.3.3.1. Constitucionalismo

O Constitucionalismo aproximou a tradição das duas famílias. Com o reconhecimento da supremacia da Constituição, a concepção interpretativa da Legislação passou a se submeter ao crivo constitucional. Desse modo, a atividade do juiz da família *Civil Law* assemelha ao julgador do *Common Law* quanto à obrigatoriedade de atuarem conforme os preceitos constitucionais.

Além disso, a constatação de que os textos legislativos comportam uma pluralidade de interpretações e, para tanto, depende de um estudo hermenêutico, fez com que o paradigma da interpretação restrita na literalidade da lei fosse superado.

John Merryman²⁸ apontou que, na medida em que a Constituição estabeleceu um parâmetro para apreciar a validade das normas e impedir o dogma da supremacia da lei, foi mitigada, juntamente, a aplicação mecânica das legislações.

²⁷DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.79-82.

²⁸MERRYMAN, John Henry. La tradición Jurídica Romano-Canónica. Tradução de Carlos Sierra. 2 .ed. México: FCE, 1989. p.56.

Dessa forma, com a valorização da Constituição, a lei, além de ter legitimação formal, deve estar, substancialmente, adequada aos direitos positivados na Constituição. Diante dessa circunstância, Luiz Marinoni²⁹ considera que o princípio da legalidade passa a se ligar a conformação da lei com os direitos fundamentais.

Contudo, se o Direito não está mais constricto à lei, mas na Constituição, a jurisdição não mais se destina a declarar a vontade da lei; tem a finalidade de conformar esta aos direitos contidos na Constituição, assim o juiz, na falta de norma preexistente realiza a atividade criativa. Quanto a essa conclusão, Hart evidencia que:

“Haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é editada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto. Se, em tais casos, o juiz tiver de proferir uma decisão, em vez de, como Bentham chegou a advogar em tempos, se declarar privado de jurisdição do órgão legislativo, então deve exercer o seu poder discricionário e criar direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido anteriormente”.³⁰

Isso significa que não se pensa mais no Direito como simples letra da lei, conforme havia no tempo da Revolução Francesa. A produção normativa atua como resultado de debates entre vários grupos sociais, razão pelo qual a lei precisa ser compreendida levando-se em consideração os princípios inseridos no interior da Constituição.

Essa tendência é notória em países que adotaram um sistema misto de constitucionalidade da lei, como no ordenamento brasileiro, no qual estabeleceram eficácia *erga omnes* e efeito vinculante as decisões proferidas em controle concentrado e, aos poucos confere esses efeitos as decisões em sede de controle difuso. Há no Brasil uma tendência à objetivação do controle difuso como se percebe na súmula vinculante e na repercussão geral.

1.3.3.2. Cláusulas Gerais e Conceitos Indeterminados

Como menciona John Merryman, um dos objetivos na Revolução Francesa era o de elaborar leis simples que não deixassem margem para os juízes interpretarem, pois temiam que

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 3.ed.São Paulo:Revista dos Tribunais, 2013. p.66.

³⁰ HART, Herbert L.A. O conceito do Direito. Tradução de Antonio de Oliveira Sette Camara São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.135.

estes ao exercerem seu poder criativo desvirtuassem os ideais da revolução em favor da monarquia a eles vinculados³¹.

Se apenas o legislativo poderia elaborar as leis e os juízes apenas interpretá-las, a legislação teria de ser completa, visto que se houvesse lacuna, os juízes deveriam suprimi-las, em razão de atentar contra a separação de poderes.

Porém, tem sido modificado esse entendimento. Enquanto que na época da Revolução Francesa, havia a pretensão de o Poder Legislativo regulamentar todos os setores da atividade humana com normas claras e coerentes, para que o juiz apenas aplicasse a lei sem interpretá-la, com o tempo o legislador tem usado de cláusulas gerais nos textos normativos.

O Legislativo tem se utilizado, portanto de regras de conceitos abertos, indeterminados, permitindo ao Judiciário ampliar a efetividade da tutela jurisdicional. Ao ser adotada técnica de redação de regras abertas, o legislador permite ao juiz adequar o Direito às modificações dos casos a serem julgados.

Menciona Hart³² que o Direito, embora deva oferecer regras concisas, pelas quais o cidadão direcione sua conduta, cabe deixar em aberto, para resolução posterior, questões que somente serão solucionadas quando ocorrerem os casos concretos.

Quanto ao termo cláusulas gerais Karl Engisch³³ entende pela denominação “uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos”.

Freddie Didier Jr. ao definir cláusula geral diz que:

“É uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o conseqüente (efeito jurídico) é indeterminados”.³⁴

³¹ MERRYMAN, John Henry. La tradición Jurídica Romano-Canónica. Tradução de Carlos Sierra. 2 .ed. México: FCE, 1989. p.84.

³² HART, Herbert Lionel Adolphus. Problemas da Filosofia do Direito. Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia. Tradução de José Gihardi e Lenita Rimoli Estaves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.114-119.

³³ ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. Tradução de J. Baptista Machado. 10 .ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p.229.

³⁴ DIDIER, Freddie Jr. Clausulas Gerais processuais. Revista de Processo. São Paulo, ano 35, nº 187, p.70, jan 2010.

No ordenamento brasileiro, as cláusulas gerais passaram a ser adotadas no Código de Defesa do Consumidor e pelo Código Civil de 2002, codificação última inspirada em um sistema aberto, não mais com a intenção de resolver os problemas unicamente por seus artigos.³⁵. A cláusula geral caracteriza-se pela indeterminação na consequência jurídica, de modo a requerer a formação de sentido daquele que a interpreta.

Cabe mencionar que algumas matérias, em razão do seu conteúdo abrangente, necessitam de uma interpretação mais ampla, a qual é possível com o uso da técnica das cláusulas gerais como a boa-fé, a justa causa, entre outros.

No entendimento defendido por Judith Martins Costa³⁶, conceitos jurídicos indeterminados se distinguem de cláusulas gerais, visto que, no primeiro, a norma já configura as consequências, ou seja, os efeitos jurídicos acerca da hipótese fática, enquanto, na cláusula geral existe além da abertura semântica àquelas referentes à consequência.

A legislação brasileira, como se pode observar, compreende várias cláusulas gerais e conceitos indeterminados como no que refere sobre a função social da propriedade, o devido processo legal, à função social do contrato entre outros. Como dito por Menke³⁷ “as cláusulas gerais imprimem no sistema certa dose de imprevisibilidade e de insegurança à medida que tem a finalidade de alcançar a justiça do caso concreto”.

Desse modo, apesar das cláusulas gerais provocarem no juiz o poder criativo, uma vez que é chamado a intervir mais intensamente na construção da norma diante das lides a ele submetidos, deve ser procurado o equilíbrio, para que o magistrado possa ter liberdade de construir a norma e, da mesma forma, o Direito seja realizado com previsibilidade e segurança.

Cabe indagar se o juiz cria a norma jurídica para decidir um caso concreto, como se admite que diante de fatos semelhantes sob uma mesma cláusula geral possa haver soluções diversas? É nesse contexto, o qual se verifica a incidência do precedente.

Sendo assim, na medida em que os papéis dos magistrados se converjam em muitos pontos nas famílias do *Civil Law* e do *Common Law*, reconhece-se que a diferença

³⁵MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. Revista AJURIS, Porto Alegre, nº 103, 2006. p.73.

³⁶COSTA, Judith Martins. A boa fé no Direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.303.

³⁷MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. Revista AJURIS, Porto Alegre, nº 103, 2006 p.75.

existente entre as duas famílias não pode ser argumento suficiente para a recusa da introdução de uma teoria de precedentes judiciais nos sistemas de *Civil Law*, em especial o Brasil. Ao contrário, como será abordado neste estudo, o respeito dos magistrados aos precedentes judiciais é uma necessidade imposta para a materialização dos princípios da segurança jurídica e igualdade na atividade jurisdicional.

2. PRECEDENTES JUDICIAIS: DEFINIÇÃO, APLICAÇÃO, SUPERAÇÃO E FUNÇÃO DO INSTITUTO

2.1. Juízo comparativo entre precedente judicial, decisão judicial, jurisprudência e súmula

É imprescindível, antes de se definir o precedente judicial, esclarecer a distinção existente entre este, decisão judicial, jurisprudência e súmula.

Cabe ressaltar que decisão judicial e precedentes não se confundem, posto que o precedente é a decisão judicial, caracterizada pela potencialidade de se estabelecer como paradigma, no sentido de orientar juízes e litigantes. Portanto, mesmo que todo precedente derive de uma decisão, nem toda decisão gera um precedente.

Quanto às diferenças sobre os dois, Marinoni especifica:

“[...] para constituir precedente, não basta que a decisão seja a primeira a interpretar a norma. É preciso que a decisão enfrente todos os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto.”

“Portanto, uma decisão pode não ter os caracteres necessários à configuração de precedente, por não tratar de questão de direito ou se limitar a afirmar a letra da lei, como pode estar apenas reafirmando o precedente.”³⁸

Com efeito, algumas decisões tratam apenas de questão de fato ou segue julgado que a consolidou. Nesses termos, devido à extensão do conteúdo, não se pode considerar decisão judicial e precedente como sinônimos.

A jurisprudência, é considerada como uma série de decisões sobre uma mesma matéria proferida por Tribunais, que se baseiam nas normas jurídicas vigentes no Direito, servindo essas decisões de orientação para o magistrado no instante da interpretação e aplicação do caso concreto. Afirma Marcelo Alves Dias de Souza que:

““[...] o termo jurisprudência é usado, no linguajar jurídico, em pelo menos quatro sentidos: a) como sinônimo de filosofia ou ciência do direito; b) significando uma série de decisões judiciais uniformes sobre uma mesma questão jurídica; c) representando, de modo menos preciso, o conjunto de

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.214.

decisões judiciais de um país como um todo; d) referindo-se, impropriamente, a uma decisão judicial “isolada”.³⁹

Nesse sentido, é preciso esclarecer que a jurisprudência seria reiterada de decisões judiciais sobre um mesmo ponto, ou melhor, um elemento que é formado por um conjunto de elementos, o que a difere do precedente judicial. Este último, não prescinde de um conjunto de acórdãos para se extrair o preceito jurídico orientador da interpretação, podendo ser obtido individualmente, em apenas um julgado. O precedente judicial é espécie do gênero jurisprudência.

No que se refere à súmula, esta permitem identificar o entendimento de um tribunal sobre questão jurídica. Mônica Sifuentes explica que:

“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”.⁴⁰

Cabe destacar que os enunciados, tão utilizados como se fossem a própria súmula, são, na verdade, textos resultantes da uniformização jurisprudencial inseridos no corpo da súmula o qual recebe uma numeração. Alerta Mônica Sifuentes:

“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”.⁴¹

Como visto, a súmula é o mecanismo utilizado para aferição da uniformização jurisprudencial de uma Corte, enquanto os enunciados decorrem de textos retirados das teses jurídicas pacificadas por um tribunal, ou seja, o próprio direito uniformizado.

No Código de Processo Civil, tanto os enunciados como as súmulas estão inseridos no Capítulo da uniformização da jurisprudência, previsto dos artigos 476 ao 479, o qual

³⁹SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do precedente judicial à súmula vinculante. Curitiba: Juruá, 2007. p.41.

⁴⁰SIFUENTES, Mônica. Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos Tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005. p.237-238.

⁴¹Ibidem, p.237-238.

objetiva a pacificação de divergência interna. Sendo o artigo 479 referente à súmula, o qual dispõe:

“Art. 479”. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e **constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.**

Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.”⁴²(grifo nosso)

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

Existe diferença, também, entre súmula e precedente judicial, principalmente, quando se trata de precedentes com força obrigatória, uma vez que as súmulas não obrigam o julgador, além de não haver uma uniforme metodologia para sua revogação ou modificação. Veja que certas súmulas são aplicadas, ainda que negadas ou não utilizadas na prática pelos Tribunais⁴³.

Porém, no Brasil, existem súmulas com efeito vinculante, o que restringe a configuração da afirmativa acima, entretanto, não se pode pressupor que súmula e precedente sejam iguais. 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.

⁴² BRASIL.Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm. Acesso em 29 ago. 2013.

⁴³ Como exemplo pode verificar o inciso III da Súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho que vigorou até 2012 com a seguinte redação: “**não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória** na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa”. Aplicada em contradição a entendimento do Supremo Tribunal Federal, que julgava em outro sentido.” AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CARGO EM COMISSÃO. SERVIDORA GESTANTE. EXONERAÇÃO. DIREITO À INDENIZAÇÃO. 1. As servidoras públicas e **empregadas gestantes**, inclusive as contratadas a título precário, **independentemente do regime jurídico de trabalho**, têm direito à licença-maternidade de cento e vinte dias e à **estabilidade provisória** desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Precedentes: RE n. 579.989-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Dje de 29.03.2011, RE n. 600.057-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, Dje de 23.10.2009 e RMS n. 24.263, Segunda Turma, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 9.5.03. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (Agravo Regimental nº 804574, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 16/09/2011) “(grifo nosso).

Já as súmulas procuram a adequada delimitação de um enunciado jurídico, neutralizando as circunstâncias do caso que gerou sua edição⁴⁴. De certo modo, quando o julgador aplica a súmula, não há preocupação em analisar a demanda ou demandas que motivaram a confecção da súmula, o que difere do estudo realizado pelo magistrado no momento da utilização do precedente.

2.2. Definição

Depois da distinção de decisão judicial, jurisprudência e súmula, agora se mostra possível delimitar o que seja precedente judicial.

Conforme Michelle Taruffo⁴⁵, precedente judicial é 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.

Ensina Patrícia Perrone Campos Mello, 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.⁴⁶

Nos Estados Unidos, aplica-se o sistema de *stare decisis*, o qual tem por núcleo o precedente. Frederick Schauer alerta que os precedentes não estão somente no sistema jurídico, mas estão presentes no cotidiano.⁴⁷ Assim, o fato de que algo já foi feito anteriormente, providencia um motivo para o que se fez, possa ser realizado da mesma maneira.

Porém, o precedente judicial, antes de ser aplicado, sofre interpretação. Para Thomas Hansford e James Spriggs II, os precedentes são decisões que, ao anunciar as circunstâncias fáticas de um caso e atribuir conseqüências jurídicas direcionam a solução a ser dada pelo magistrado em casos semelhantes⁴⁸.

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.212-216.

⁴⁵ TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. Nápoles: Editoriale Scientifica, 2007. p.10.

⁴⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. Precedentes e vinculação: instrumentos do *stare decisis* e prática constitucional brasileira. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, n 241 jul/set, 2005 p.180.

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013 apud SCHAUER, Frederick. Precedent; 39 stanford Law Review 571 (1987 p.571-572)

⁴⁸ HANSFORD, Thomas G.; SPRIGGS II, James F. The politics of precedent on the U.S Supreme Court. New Jersey: Princeton University Press, 2008. p.18.

O precedente atua como paradigma, devido ao fato de ser a primeira decisão de um órgão jurisdicional, o qual servirá de referência para decisões posteriores em casos semelhantes, sem estar reproduzindo julgamento de outro órgão jurisdicional ou do mesmo.

Na análise do uso ou não de um precedente no caso em julgamento, o juiz irá investigar que fatos foram relevantes para resolução da lide do precedente e identificar se existe similitude entre ambas. Não com a obrigação de que sejam iguais, o qual se mostra incabível.

No mais, o precedente está presente na maioria dos sistemas jurídicos, mesmo aqueles que aderiram à família diversa do *Common Law*, pois o Judiciário de certos países de origem *Civil Law* reportam ao julgado anterior para decidir casos semelhantes. Porém, as estruturas e os efeitos são reflexos dos fundamentos jurídicos adotado no ordenamento de cada país. Pretende-se tratar, a seguir, da forma de aplicação dos precedentes nos países que dele se utiliza⁴⁹, com análise das peculiaridades quanto ao sistema brasileiro.

2.3. Aplicação e superação do precedente judicial

2.3.1 Esclarecimento acerca da *Ratio decidendi* (holding) e *obter dictum*

A correta identificação da *ratio decidendi* é de suma importância no sistema de precedentes obrigatórios, porque esta é a parte do julgado o qual determina o julgamento de casos posteriores similares. Afirma Marinoni⁵⁰ que a definição de *ratio decidendi* surge da necessidade de evidenciar a porção do precedente com efeito vinculante, no qual os juízes devem respeitar no julgamento futuros.

De fato, a explicação do que seja *ratio decidendi* e *obter dictum* é imprescindível, principalmente, pelo fato desses institutos serem individualizados pelos magistrados dos casos futuros e não pelo órgão julgador quando preferiu a decisão, de modo que uma identificação e distinção equivocada da *ratio decidendi* de certo precedente, pode determinar o seu não seguimento.

⁴⁹Nos Estados Unidos, aplica-se o sistema de *stare decisis*, na aplicação dos precedentes judiciais. É baseado no procedimento estadunidense que serão estudados os próximos institutos.

⁵⁰MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.220.

Pode-se pensar, inicialmente, a *ratio decidendi*, ou razão de decidir, como interpretação de norma ou tese jurídica relevante da decisão, não sendo apenas a fundamentação ou o dispositivo, mas formado a partir do relatório, fundamentação e do dispositivo⁵¹.

Porém, não existe uma unanimidade quanto à definição da *ratio decidendi*, em razão da dificuldade encontrada no Judiciário de países como os Estados Unidos e Inglaterra em identificá-lo na decisão judicial. É a partir da fundamentação, dada pelos juristas desses Estados, que serão apresentados os obstáculos na delimitação da *ratio decidendi* no *Common Law*, sem deixar de abordar as diferenças em relação ao ordenamento do Brasil.

Para entender a maneira como é identificada a *ratio decidendi* será preciso conhecer as teorias de Wambaugh Goodhart. Wambaugh⁵² descreve teste a ser realizado para identificar o *ratio decidendi* no caso, o qual se deve alterar o conteúdo da premissa, e, verificar se a decisão contínua ou não a mesma. Se ocorrer mudança a premissa era necessária e, se a decisão se mantém, a premissa era *obter dictum*.

Já na teoria de Goodhart⁵³ a determinação da *ratio decidendi* parte dos fatos tidos como fundamentais pelo juiz do precedente e, da decisão desse juiz baseado nesses fatos. No julgamento, o Direito é analisado pelo interprete, considerando os fatos, de modo que, as premissas pautadas nos fatos fundamentais dispostos pelo julgador, seja mais relevante do que qualquer outra afirmação.

Dentre as regras apontadas por Goodhart para identificar a *ratio decidendi* cita que a *ratio* do caso é encontrado, ao se levar em consideração os fatos tratados pelo juiz como fundamentais e a decisão conforme estes, além de estabelecer quais fatos foram considerados não fundamentais pelo juiz, pois a identificação depende tanto de inclusão como da exclusão.

Victoria Sesma⁵⁴ aponta que, mesmo com a existência dessas teorias para se encontrar a *ratio decidendi*, os estudiosos ingleses têm entendido que a formação de uma regra geral aplicável aos casos semelhantes posteriores é um procedimento complexo, nos quais

⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 219-220.

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013 apud 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. p.17.

⁵³ GOODHART, Arthur L. Determining the *ratio decidendi* of case. Essays in jurisprudence and common law. Cambridge: University Press, 1931. p.15.

⁵⁴ SESMA, Victoria. El Precedente em el common Law. Madrid: Civitas, 1995. p.89-90.

compreende várias etapas como: a determinação da *ratio decidendi* do precedente; a consideração da *ratio decidendi* acerca dos fatos do caso; análise das considerações que os juízes dos casos posteriores tem realizado sobre a *ratio decidendi* do precedente; a reformulação de uma regra com base nos casos anteriores.

A dificuldade na determinação da *ratio decidendi* no Direito inglês e estadunidense encontra-se no fato dos juristas pensarem que a *ratio decidendi* seja somente um fundamento suficiente para a solução da precedência ou não do caso⁵⁵. Mas, em determinadas situações, o juiz menciona e decide com base em mais de um fundamento.

A concepção do julgador em considerar a *ratio decidendi* como reflexo da solução do caso resulta da preocupação que um único precedente possa gerar várias *ratio decidendi*, capazes de definir várias regras, os quais terão que ser respeitadas por juízes e consideradas pelas partes e por advogados, gerando insegurança jurídica. A dificuldade em ver uma decisão com várias *ratio decidendi*, decorre da concepção de que o precedente reflete a solução do caso e não das questões decorrentes dele.

Cabe ressaltar que, no sistema brasileiro, é comum um precedente possuir diversas questões nucleares, de modo que cada uma represente uma diferente *ratio decidendi*. Esclarece Marinoni⁵⁶ que as demandas com cumulação de pedidos, quando esses são simples, pode haver tantos precedentes quanto são os pedidos, não importando se todos forem julgados procedentes e outros não.

Outra situação a ser observada é em relação àquela decisão que foi proferida no desconhecimento de um precedente vinculante ou de uma lei, o qual trata de mesma matéria constante do caso. Circunstância que se a Corte soubesse do precedente ou da lei teria decidido de forma diferente, portanto, esta decisão não pode constituir precedente a ser seguido⁵⁷.

Se um tribunal de justiça estadual, na ignorância de precedente do Superior Tribunal de Justiça, julgasse um incidente contrário ao entendimento desse Tribunal Superior,

⁵⁵ Nesse pensamento está Margaret Kniffin, para ele, as decisões da Suprema Corte na qual os juízes concordam com um único resultado por diferentes razões de decidir tem reduzido a significância destas como precedentes. (KNIFFIN, Margaret N. *Overruling Supreme Court precedents: anticipatory action by United States courts of appeals*. *Fordham Law Review*, 1982. p.56)

⁵⁶MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.259.

⁵⁷SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do precedente judicial à Súmula vinculante. Curitiba Juruá, 2007. p.147.

estaria os juízes de primeiro grau obrigados a considerar a *ratio decidendi* fixada no incidente? Certo que a resposta seria negativa, porque não se pode vincular magistrado de primeira instância a acórdão de tribunal estadual contrário a precedente de Corte Superior. Pensando nisso, no Brasil, o Projeto do Código de Processo Civil inova com o instituto do incidente de resolução de demandas repetitivas, que será abordado posteriormente, procura uniformizar a jurisprudência permitindo que o magistrado fundamente a decisão com o entendimento mais viável com a ordem jurídica.

A conceituação de *obter dictum* é o inverso do *ratio decidendi*, ou melhor, é a proposição constante no julgamento, mas não necessária à decisão. Afirma Marcelo Dias que “Se uma proposição ou regra de direito, constante de um caso ou questão não faz parte da *ratio decidendi*, é *obter dictum*, não obrigatória.”⁵⁸

São proposições relativas às alegações que nenhuma das partes arguiu, sobre fatos hipotéticos ou questões que a decisão não esteja julgando⁵⁹. O *obter dictum*, comumente, não gera amplo debate entre os julgadores do colegiado, é um fundamento desnecessário para solucionar a questão proposta.

2.3.2 Superação do precedente judicial

Os sistemas que admitem força obrigatória aos precedentes, denominado *stare decisis*, adotam técnicas de uso e superação destes, que permite uniformidade e estabilidade no direito. As principais são o *distinguishing* e o *overruling* dos quais decorrem outras.

Segundo a doutrina do *stare decisis*, a vinculação ocorre de maneira horizontal, quando o mesmo tribunal está vinculado a seus precedentes e vertical, se os precedentes obrigam instâncias inferiores.⁶⁰ A vinculação horizontal nos países de *Common Law* é relativa, já que, se a Corte segue seus precedentes pode também rejeitá-los, quando estes se tornam inadequados, em razão, por exemplo, de mudanças nos valores da sociedade.

Dessa forma, os tribunais se afastam dos precedentes das Cortes Superiores, em regra, pela técnica das distinções (*distinguishing*). Ocorre inaplicabilidade da *ratio decidendi*,

⁵⁸SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do precedente Judicial à Súmula vinculante. Curitiba: Juruá, 2007. p.139.

⁵⁹MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.279.

⁶⁰SOUZA, op. cit. p.149.

quando se constata a existência de diferenciações entre os fatos do precedente e do caso a ser julgado.

Quanto à revogação do precedente (*overruling*), este se forma quando a Corte Superior verifica que o precedente por ela proferido ou pelas demais Cortes tornou-se inadequado ou se formou erroneamente.

2.3.2.1 Distinguishing

A aplicação do precedente no caso em julgamento requisita a confrontação entre o caso a ser julgado e a decisão anterior que o precede, com o intuito de constatar se é adequada a utilização da *ratio decidendi* da decisão que possa regular as conseqüências jurídicas do caso em julgamento. A técnica de confronto, no qual demonstre a inadequação do uso da *ratio decidendi* em razão da diferença fática com o caso a ser decidido, é chamada de *distinguishing*⁶¹. As diferenças precisam versar sobre os fatos materiais, de forma que, distinções sobre fatos irrelevantes, não justificam a inobservância do precedente.

Cruz e Tucci aborda que o precedente pode ser interpretado de forma restritiva ou ampliativa. Quando a Corte entender que ele atende o preceito de Justiça, poderá estender a aplicação do *ratio* como pode restringir caso, a aplicação possa ter resultado não desejado.⁶²

Alguns Tribunais usam da distinção para não aplicar os precedentes que consideram ser decisões injustas. Com isso, o *distinguishing* deve ser empregado observado o limite no princípio da isonomia, pois o precedente tem como objetivo efetivar a igualdade entre casos semelhantes.

2.3.2.2 Técnicas: *technique of signaling, transformation e overruling*

Além do *distinguishing* e do *overruling*, nos Estados Unidos empregam, também, outras técnicas denominadas de *technique of signaling, transformation e overriding*.

⁶¹MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.307.

⁶²CRUZ E TUCCI, José Rogério. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.171-172.

Na técnica da sinalização (*technique of signaling*) o tribunal percebe que o conteúdo do precedente está equivocado, porém ao invés de revogá-lo, aponta para sua perda de consistência e futura revogação, por motivo de segurança jurídica⁶³. Informa à sociedade que o precedente será em breve revogado, de modo que não devem agir conforme este.

A técnica da transformação (*technique of transformation*) consiste na reorganização do precedente sem revogá-lo. Apesar de a solução alcançada no caso em julgamento, ser incompatível com a *ratio decidendi* do precedente, pretende-se compatibilizar o resultado do caso em julgamento com o precedente transformado, atribuindo relevância aos fatos.

Apesar de se concluir pelo erro na tese (razão determinante) do pedido, admite-se que se chegou ao resultado correto⁶⁴. Assim, em uma ação com julgado improcedente, percebe-se que alcançou o resultado correto (improcedência), por meio de fundamento transformado.

Alguns doutrinadores dizem que esta técnica apenas se sustenta, enquanto a Corte ainda supõe ser preciso maior discussão sobre o tema jurídico. Se a Corte perceber que deve definir nova regra e revogar o precedente aplica-se o *overruling*.⁶⁵

Já no *overriding*, o Tribunal restringe a incidência do precedente, como se fosse uma revogação parcial. Para Marinoni se “supõe que o litígio anterior, caso fosse visto na perspectiva da nova situação e do novo entendimento teria outra solução.” O *overriding* pode ser considerado como uma situação de desvinculação do precedente.

2.3.2.3. *Overruling*

Não existiu dificuldade em aceitar o *overruling* no plano vertical do *Common Law*, uma vez que se admite a revogação do precedente de tribunal por Corte Superior. Em relação ao plano horizontal, até 1996, a *House of Lords* estava vinculada a seus precedentes. Todavia, no transcorrer do tempo, os sistemas filiados ao *Common Law* passaram a admitir que a obrigatoriedade horizontal é relativa.⁶⁶

⁶³MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013 .p.335.

⁶⁴Ibidem, p.343.

⁶⁵Este é o entendimento de Luiz Marinoni (MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.345) e Melvin Eisenberg (EISENBERG, Melvin Aron. The nature of the common law. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p.134)

⁶⁶SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do precedente judicial à Súmula vinculante. Curitiba: Juruá, 2007. p.153.

Uma Corte realiza o *overruling* ao perceber que o seu precedente ou a decisão de tribunal de instância inferior se formou erroneamente ou é inadequado, em razão de mudanças sociais, as quais alteraram os direito julgado.

Luiz Marinoni ainda menciona que, os requisitos para revogação de um precedente é quando surge uma inconsistência sistêmica ou ocorre perda de congruência social.⁶⁷ Porém, adverte que, antes de aplicar o *overruling*, a Corte deve realizar o juízo de ponderação, no intuito evitar a instabilidade aos jurisdicionados.

O precedente não tem congruência social ou consistência sistêmica, quando constata controvérsia, gerando distinções inconsistentes, ou no surgimento de novo valor social, o qual determina sua superação. Para Marinoni⁶⁸, a manutenção de tal precedente seria contrária às justas expectativas dos jurisdicionados que, baseados nas sinalizações das Cortes, passaram a se comportar de acordo com a nova realidade social.

Entretanto, a revogação de precedentes, até mesmo pela Corte que o editou, deve ser realizada por justificada e séria argumentação, pois os precedentes representam a confiabilidade de tratamento igualitário nas relações jurídicas.

2.4 Função dos precedentes

2.4.1 Uniformização da Jurisprudência

Não é incomum, no Brasil, que um Tribunal Estadual interprete ou aplique disposição de lei federal de forma contrária a que foi conferida pelo Superior Tribunal de Justiça, mesmo que a matéria esteja pacificada nessa Corte Superior. Apesar de a organização judiciária brasileira possuir tribunais que, dentre as atribuições, deve primar pela igualdade na aplicação da lei e, conseqüentemente, garantir a unidade na jurisprudência, também, não é raro que determinado tribunal, uma turma, ou julgador não respeitem sequer suas próprias decisões. Essa incoerência externa e interna prejudica a imagem do Judiciário, levando-o a descrédito perante o grupo social.

Desse modo, afirma Araken de Assis que:

⁶⁷MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.391.

⁶⁸Ibidem, p.391.

“A falta de uniformidade dos julgadores, sem mudanças significativas no esquema de fato ou de Direito porventura aplicável à espécie, derivada e calcada tão-só na interpretação discrepante dos julgadores, desaponta e revolta os destinatários da atividade jurisdicional”⁶⁹

Nesse sentido, existe uma tendência no Ordenamento Jurídico em organizar instrumentos processuais que assegurem respeitabilidade a hierarquia em relação as Cortes Superiores, bem como assegure maior uniformidade no exercício da jurisdição em um mesmo Tribunal. É, desse modo, necessário uma organização no uso de precedentes judiciais no Brasil, visto que tal instrumento exige do julgador observar a existência de decisões semelhantes em relação àquele em julgamento. Compromete-o a conhecer e aplicar a jurisprudência dos tribunais.

Não se pode acreditar que a utilização dos precedentes possa ser feita de maneira aleatória, mas sim, estando submetida a prévia análise do caso concreto. Assim, o julgador deve estudar os elementos objetivos da demanda, confrontando com os elementos das demandas já julgadas⁷⁰. Além disso, tão importante quanto identificar o precedente é verificar quais situações deve ser superado ou revogado, entretanto, esta superação deve ser bem fundamentada.

Portanto, uniformizar não pode ser confundido com imobilização do Direito, tampouco com autoritarismo. Não se trata de unanimidade, de um entendimento precipitado. O juiz que pretende uniformizar deve respeitar o entendimento da maioria tão experiente quanto ele.⁷¹ O julgador deve ter consciência que faz parte de um sistema maior e de que as prerrogativas da magistratura não tem o intuito de proteger arbitrariedades. Além disso deve estar atento aos demais fundamentos que embasam o ordenamento jurídico. Nesse sentido Eduardo Cambi observa que:

“[...] a relação entre Constituição e o processo pode se dar de duas formas distintas: diretamente, quando a Carta Magna elenca os direitos e garantias processuais fundamentais, estrutura as instituições essenciais à realização da justiça e quando cria mecanismos formais de controle constitucional. Indiretamente, essa relação se dá na medida em que possibilita que o legislador

⁶⁹ ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 320.

⁷⁰ DIDIER, Freddie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Civil. v.2. 5.ed. Salvador: Juspodivm, 2010. p.393.

⁷¹ LIMA, Thiago Asfor Rocha. Precedentes judiciais civis no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013. p.140.

infraconstitucional preveja regras processuais mais específicas, possibilitando que o juiz concretize a norma jurídica no plano fático.⁷²"

Tal pensamento é importante para se verificar a atual incidência de princípios nas relações processuais o que gera um novo significado às decisões judiciais, na medida em que visa à consecução de fundamentos constitucionais, não apenas à solução da lide conforme à lei.

Alerta Ovídio Baptista⁷³ que apesar do Direito ser ciência da compreensão existente no fato hermeneuticamente interpretado, a separação entre produção normativa e análise do fato ainda é aplicado na doutrina.

Portanto, a uniformização pretendida resulta de vários raciocínios e da análise de proporcionalidade. É a que afasta a incerteza na atuação do Poder Judiciário. Assim, entende-se que ocorre uniformização da jurisprudência com o uso de precedentes, desde que seja amadurecida a questão a ser julgada, bem como serem observadas regras que proporcione a amplitude do debate.

⁷² CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Revista Panóptica, Vitória, v.1, p. 1-44. n.6, 2007.

⁷³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Processo e Ideologia: o paradigma racionalista. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.55.

3. PRECEDENTES JUDICIAIS COMO INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA

3.1. Segurança Jurídica é princípio, subprincípio, regra, direito subjetivo ou valor?

Um dos fundamentos a justificar a adoção de precedentes se refere a busca pela efetivação da segurança jurídica, visto como elemento do próprio Direito e, nessa função, condição estrutural de qualquer ordenamento⁷⁴. Como abordado anteriormente, não é viável um sistema jurídico que admita a existência de situações jurídica semelhantes, com diferentes resultados jurisdicionais em um mesmo período e mesmo espaço territorial.

No sentido de evitar esse fato, o cidadão precisa ter segurança que o Estado e terceiros se comportarão conforme as normas vigentes e que os órgãos incumbidos de aplicá-las o farão valer quando desrespeitadas. A segurança nas decisões judiciais também importa para que o cidadão possa definir o modo de ser da sua conduta e ações. O Estado brasileiro, além de ter o dever de tutelar esse preceito, deve realizar as suas funções a fim de prestigiá-lo, além de ser vedado praticar atos que impeça sua concretização.

Porém, antes de adentrar no exame da ligação existente entre segurança jurídica e o uso de precedentes judiciais é preciso compreender seu sentido; os elementos que a caracterizam; os entes responsáveis por protegê-la e garantir sua realização; além de entender se pode considerá-la um princípio, subprincípio, sobreprincípio, regra, direito subjetivo ou valor bem como verificar qual o alcance de cada uma dessas denominações.

Humberto Ávila considera ser a segurança jurídica uma norma princípio que prescreve um estado ideal de coisas cuja realização é necessária a adoção de comportamentos que provoquem efeitos o qual contribuem a sua promoção⁷⁵. Logo, é possível perceber que envolve um fim (estado de coisas) e meios (condutas necessárias à sua ocorrência).

⁷⁴ Noberto Bobbio assevera ser a segurança jurídica, não apenas uma exigência decorrente da coexistência ordenada do homem, mas parte intrínseca da ciência jurídica, destinada a afastar o arbítrio e garantir a igualdade (AVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2.ed. São Paulo: Malheiros editores, 2012, p. 123 apud BOBBIO, Norberto. *La certezza Del Diritto é um mito? Rivista Intenazionale di Filosofia Del Diritto*, nº 28, p.150-151, 1951).

⁷⁵ AVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2.ed. São Paulo: Malheiros editores, 2012. p.119.

Segundo o referido jurista, a segurança jurídica, como princípio jurídico, deve ser diferenciada da regra. Essa última descreve o que é permitido ou proibido, o que envolve uma operação de correspondência entre hipótese, consequência e situação de fato, para sua adequada interpretação e aplicação. Enquanto que, o procedimento de interpretação e aplicação dos princípios não compreendem esses elementos, mas é composto estruturalmente para um fim, ou seja, a descrição de um estado ideal de coisas e a prescrição de comportamento capaz de promover o estado dessas coisas.

A segurança jurídica como princípio é mencionada no artigo 5º, caput e inciso XXXVI da Constituição Federal⁷⁶. De fato, a segurança jurídica constitui requisito para a garantia da estabilidade das relações jurídicas. Com efeito, em um primeiro momento, a segurança jurídica é norma-princípio composta de meios para se atingir o resultado que se pretende alcançar. Considera-se, por isso, que o modelo dos princípios pode ser simbolizado pela expressão “para, então é preciso”.

Pode-se, todavia, entender a segurança jurídica como subprincípio, se analisada sua relação com princípios mais abrangentes que busquem um estado de calculabilidade e confiabilidade. Tendo a segurança jurídica função de definir no que consiste o estado pretendido por estes princípios mais amplos e contribuir com a concretização destes de forma correta⁷⁷. E o que ocorre, exemplificadamente, com o princípio de Estado de Direito, no qual o subprincípio da segurança jurídica atua como definidor de um Direito inteligível, estável e previsível, previsto no Estado de Direito.

Exercerá papel de sobreprincípio nos casos em que for critério para a interpretação de subprincípio; na hipótese de atuar na função bloqueadora de um subprincípio, quando se percebe que no caso concreto ele prejudicará o estado de confiabilidade; ao preencher o vazio normativo na situação de bloqueio de um subprincípio; ou atribuindo peso maior a um

⁷⁶ "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;"

⁷⁷ AVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2ª.ed. São Paulo: Malheiros editores, 2012. p.637-638.

subprincípio quando em conflito com outros princípios⁷⁸. Nesse aspecto admite a segurança jurídica como complexo de preceitos e não somente um.

O direito subjetivo à segurança decorre do princípio da segurança jurídica na sua forma reflexiva, uma vez que ao criar obrigações e proibições para o Estado, confere ao cidadão possibilidade de reivindicar sua efetivação além de ter por objetivo, em alguns casos, a declaração de invalidade de uma norma⁷⁹. Ainda que não se trate de um direito propriamente dito, a segurança jurídica é resguardada pela Constituição Federal em vários artigos como já mencionado.

A segurança jurídica pode referir-se a uma pretensão a ser conquistada em razão de fatores culturais, econômicos ou sociais não previsto por uma imposição normativa⁸⁰. Dessa forma denota àquilo que se julga desejável de acordo com determinado sistema de valores.

Pode tratar de um ideal de justiça ou política, com o qual determinada norma possa ser analisada, ou ainda, para mensurar o grau de aproximação dos ordenamentos com o almejado. Revela um valor porque apresenta, de certa forma, hierarquia, objetividade e historicidade.

Nota-se, por esse prisma que, a segurança jurídica pode ser concebida como princípio, de maneira ampla, e atuar na forma de norma, valor e até mesmo direito subjetivo em casos específicos. Mas, qualquer que seja o sentido empregado constitui-se no estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade jurídica.

3.2. Segurança jurídica como cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito

No entendimento do autor Humberto Ávila⁸¹ a segurança jurídica é um princípio que se estabelece um estado cognoscibilidade confiabilidade e calculabilidade com o qual as autoridades devem promover na produção e aplicação das normas jurídicas.

O estado de cognoscibilidade⁸² é entendido como aquele em que os cidadãos compreendem adequadamente o conteúdo das normas, ou melhor, o teor das suas determinações

⁷⁸AVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2.ed. São Paulo: Malheiros editores, 2012 p. 638.

⁷⁹ Ibidem, p. 648.

⁸⁰ Ibidem, p.114.

⁸¹ Ibidem, p.690.

e orientam as suas condutas conforme o Direito, sem incorrerem em enganações. Para poder obedecer a uma norma jurídica o cidadão não necessita apenas de ter acesso a ela, ele precisa ter a possibilidade de entender o que ela determina ou proíbe, bem como compreender o sentido dos textos normativos.

Nesse aspecto, a cognoscibilidade representa o elemento estrutural que o Direito deve ter para guiar comportamentos e limitar o exercício de poder. E, por isso, as normas devem ser acessíveis, claras e suficientemente determinadas.

Em alguns casos mesmo que se saiba qual norma deve ser seguida, tal situação se transforma em dúvida, quando existe decisões judiciais que afastam sua aplicabilidade. Essa situação pode ocorrer por haver posições judiciais antagônicas a respeito da norma por órgãos diferentes do Tribunal ou de mesmo órgão. Em face disso, é afetado o estado de cognoscibilidade do jurisdicionado, pois, embora saiba que norma deve obedecer, não se sabe se é digna de obediência já que existe controvérsia sob sua aplicação em um sequencia temporal.

Nessa circunstância, mostra se viável um sistema interpretativo com efeito vinculativo, porque, na hipótese de antagonismo não haverá dúvida por parte do cidadão sob qual decisão judicial será obedecida. Mas sua vinculação será minimizada na intenção de se preservar os demais princípios processuais.

Registra-se que, ao se tratar da segurança jurídica como exigência de cognoscibilidade do Direito, é preciso que o destinatário tenha conhecimento mínimo da existência e interpretação das normas da mesma forma que saiba serem estas cumpridas institucionalmente⁸². Desse modo, a aplicação de precedentes pelos Tribunais pretende garantir uniformidade jurisprudencial e com isso, permite que o cidadão saiba qual norma jurídica é vigente e as consequências do seu descumprimento.

No estado de confiabilidade, em seu aspecto objetivo é solicitada durabilidade no ordenamento jurídico. Não imutável, mas considerando que as instituições jurídicas perderiam

⁸² AVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2.ed. São Paulo: Malheiros editores, 2012. p.129.

⁸³ Ibidem, p. 320-321.

sua credibilidade se alterassem o entendimento sob consignação com frequência, o que deixaria de ser confiável aos cidadãos⁸⁴.

Se a contínua modificação do ordenamento impede o seu conhecimento e conduz a perda de autoridade do legislador, sendo contrária à cognoscibilidade e à confiabilidade, a falta total de mudança ocasiona a perda de efetividade, uma vez que o Direito, ao contrariar a evolução social, deixa de ser aceito como instrumento orientador.

Para que o Estado de Direito não seja um Estado provisório, incapaz de se impor enquanto ordem jurídica dotada de eficácia, o sistema normativo deve comportar um mínimo de continuidade. Mas essa estabilidade das normas não deve estar presente apenas no Direito legislado, exige, também, continuidade e respeito às decisões judiciais, em especial aos precedentes. Seria irrelevante se ter uma legislação estável e alternâncias das decisões judiciais.

Por esse motivo, Habermas⁸⁵ 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 confiabilidade objetiva, é condição para a garantia da liberdade e do funcionamento institucional⁸⁶. Um sistema jurídico estável, enfim, gera segurança no Direito.

Contudo, diferente do critério objetivo, no aspecto subjetivo de confiabilidade, as normas jurídicas do presente devem respeitar as situações subjetivas individuais que se consolidaram no transcurso do tempo⁸⁷. O objetivo é manter a confiança dos demais cidadãos nas normas jurídicas pretéritas para que pautem sua conduta conforme a aplicação destas no caso particular.

Mas, seja objetiva ou subjetivamente, a confiabilidade baseia-se na proteção da confiança, a qual consiste na proibição de comportamentos contraditórios pelo Estado que frustrem expectativas legitimadas.

⁸⁴ AVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2.ed. São Paulo: Malheiros editores, 2012, p.349.

⁸⁵ HABERMAS, Jurgem. Direito e democracia: entre facticidade e validade. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p.243.

⁸⁶ AVILA, op.cit., p.352.

⁸⁷ AVILA, op.cit., p.130.

Já no estado de calculabilidade, o cidadão tem capacidade, no presente, de antecipar com razoabilidade as mudanças normativas. Difere, nessa acepção, do termo previsibilidade, que ocorre quando o particular pode prever com exatidão as consequências futuras dos atos praticados no presente⁸⁸. Mas como o Direito realiza-se por processos argumentativos, a previsão absoluta é impossível. Em razão disso, em vez de previsibilidade, a segurança jurídica ocorre no estado de calculabilidade.

O cálculo é bem sucedido quando a decisão adotada enquadra no âmbito das alternativas antecipáveis e nas consequências previstas com potencialidade de verificação mediante estruturas de argumentação. A calculabilidade também está vinculada aos direitos de liberdade e dignidade, de forma que o cidadão possa verificar as possibilidades de ação, a fim de escolher com responsabilidade aquilo que vai fazer⁸⁹. O que o cidadão poderá saber são os limites de intervenção do Poder Público sobre seus atos.

Todavia, após analisar cada uma dos seus elementos, nota-se que a segurança jurídica não exige imobilidade normativa. O princípio busca impedir modificações bruscas, a fim de que as alterações causem menor impacto aos submetidos as determinações da norma. Nesse viés, o operador do ordenamento jurídico deve agir de forma que seus atos promovam a ampliação do grau de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito.

3.3. Importância que a segurança jurídica também seja garantida pelo Poder Judiciário

O Poder Legislativo, na elaboração das leis, orienta-se para o futuro, uma vez que essas normas tratam de fatos que ocorrerão após sua evolução. Portanto, constrói um novo Direito orientado por circunstâncias que normalmente acontecem⁹⁰. Dessa forma, por regular condutas futuras dirigidas a um número indistinto de pessoas e situações, o legislador, normalmente, edita textos de conteúdo geral e abstrato de modo a assegurar tratamento uniforme aos cidadãos.

Porém, a existência de normas abertas na legislação tem ocasionado problemas de cognoscibilidade, em razão da indeterminação e complexidade das leis; de confiabilidade em

⁸⁸ AVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2.ed. São Paulo: Malheiros editores, 2012p.131-132.

⁸⁹ Ibidem, p.596.

⁹⁰ Ibidem, p.164.

virtude da instabilidade das situações dispostas; e de calculabilidade pelas abruptas alterações e falta de coerência no desenvolvimento da ordem jurídica⁹¹.

Assim, o Poder Legislativo para preservar a segurança jurídica, deve delimitar as hipóteses de incidência das leis, de maneira que as alterações não atinjam a confiança legítima na estabilidade dos textos legislados, além de assegurar instituição de regras de equidade nessas transições.

No Poder Executivo, o administrador tem a função de concretizar as normas, mas, às vezes, os atos administrativos editados contrariam o disposto em lei, gerando um obstáculo para o administrador saber o que deve obedecer, fator esse que afeta a cognoscibilidade, e com isso atinge a confiabilidade desses no ordenamento jurídico⁹². Assim, a atividade Executiva deve garantir a segurança jurídica evitando revogar atos anteriores, quando os cidadãos já tenham praticado ações conforme entendimento passado como editar regras em consonância com as leis.

Pode-se considerar que existe segurança jurídica quando o cidadão tem capacidade de conhecer e calcular os resultados que a norma atribuirá aos seus atos. Desse modo, a segurança jurídica tanto se dirige a uma norma legal, a um ato administrativo como a uma decisão judicial⁹³.

Interessante destacar que, assim como o Poder Legislativo e Executivo têm a tarefa de promover a incidência da segurança jurídica nas suas atuações, o Judiciário, ao prestar a tutela jurisdicional, também é incumbido de protegê-la⁹⁴. De certa forma, seria irrelevante que houvesse leis estáveis, quando a interpretação e aplicação dessas normas sofressem constantes mudanças.

Desse modo, a segurança jurídica destina ao ordenamento jurídico em geral, no sentido de garantir a cognoscibilidade, calculabilidade e confiança do próprio Direito. É a situação, por exemplo, de uma decisão judicial que, ao modificar o entendimento jurisprudencial consolidado anteriormente, atinja um conjunto de jurisdicionados os quais confiam naquela

⁹¹ AVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2.ed. São Paulo: Malheiros editores, 2012. p.165.

⁹² Ibidem, p.165-166.

⁹³ Ovídio Baptista atenta para o fato de que valorização das decisões judiciais inicia-se com a formação acadêmica dos operadores do Direito, de maneira “a orientá-lo no exame dialogado dos materiais jurisprudenciais” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. Processo e Ideologia: o paradigma racionalista. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.35.)

⁹⁴ Ibidem, p.470-471.

orientação abandonada, causando descrédito da comunidade jurídica no Poder Judiciário como instituição social.

Não obstante, o contraste é evidenciado quando casos em julgamento são semelhantes, mas recebem resultados jurisdicionais diversos. O problema é mais abrangente se tais decisões contrariam interpretação de Cortes Superiores que têm a função de uniformizar a jurisprudência constitucional e infraconstitucional como são o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

No intuito de garantir uniformidade jurisprudencial aos julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal é adotado, no âmbito desse Tribunal, efeito vinculante às decisões das ações de controle concentrado de constitucionalidade, como são a Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade (artigo 28, parágrafo único, da Lei 9868/99) e a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (artigo 10, § 3º, da Lei 9882/89). No que se trata do controle difuso, é possível conferir eficácia vinculante às decisões proferidas em recurso extraordinário, quando formam os enunciados das súmulas da Suprema Corte, nos termos do artigo 103-A da Constituição e da Lei 11.417/06.

A eficácia vinculante aos julgados do Supremo Tribunal Federal decorre da necessidade de conferir força obrigatória aos fundamentos determinantes da decisão e, portanto, da razão das decisões da Corte Suprema serem vistas como precedentes constitucionais.

Luiz Guilherme Marinoni⁹⁵ afirma que, ao atribuir eficácia vinculante às decisões proferidas em recurso extraordinário, não se almeja tornar imutável uma decisão de constitucionalidade, mas se quer impedir que os demais órgãos do Poder Judiciário neguem os motivos determinantes das decisões.

O autor também afirma que a eficácia da decisão deve transcender ao caso particular, de modo que os seus fundamentos determinantes sejam observados por todos os tribunais e juízes. A não observância das decisões do Supremo Tribunal Federal debilita o imperativo normativo do texto constituinte, uma vez que a força da Constituição está ligada à estabilidade das decisões nessa Corte⁹⁶. Nota-se que a força vinculante dos precedentes constitucionais ocorre em respeito à função uniformizadora do Supremo Tribunal Federal, nas

⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.458.

⁹⁶ Ibidem, p.459.

situações em que a eficácia da decisão transcende ao caso particular, de modo que os seus fundamentos determinantes sejam observados pelos demais órgãos judiciários.

Conforme o artigo 103-A da Constituição Federal

“Art. 103-A O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, depois de 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”.⁹⁷

O artigo 103-A além de deixar clara a eficácia da súmula vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, também evidencia que a súmula vinculante poderá não só ser editada, mas também revista ou cancelada, de ofício ou por provocação.

Já o parágrafo 1º do artigo 103-A dispõe que “a súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”. Ao mencionar esse dispositivo, observa-se que a necessidade de uniformidade jurisprudencial do texto constitucional e a multiplicidade de casos com semelhante questão de direito foram um dos motivos do legislador introduzir tal artigo na Constituição Federal.

Entre outras razões, é notado que de nada adiantaria uma Corte de superposição sem haver autoridade das suas decisões. Além de conferir uniformização, o enunciado vinculante da Súmula do Supremo Tribunal Federal pretende proporcionar tratamento isonômico aos jurisdicionados devido a previsibilidade e estabilidade à jurisprudência dessa Corte.

Contudo, certa cautela deve ser observada pela Corte Suprema ao editar súmulas vinculantes, no que diz respeito ao processo de formação e superação. São imprescindíveis alguns cuidados quanto à redação pela Corte. Entre as circunstâncias a serem notadas pelo tribunal ao editar um enunciado para integrar sua súmula, refere-se à necessidade de essa Corte levar em

⁹⁷ BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: www.planalto.gov.br/legislação. Acesso em: 12 set. 2013.

consideração uma série de julgamentos anteriores em sentido assemelhado⁹⁸. O enunciado deve refletir a *ratio decidendi* e a *holding* dos casos paradigmáticos que foram considerados para a sua edição.

A redação do enunciado deve ser amplamente discutida e debatida, tomando-se por base os pretéritos casos julgados, ainda que não devam fazer menção direta a eles, pois carecem de abstratividade e generalidade⁹⁹. A inclusão ou exclusão no enunciado de conceito ou elemento que não foi objeto da discussão nos anteriores julgamentos viola e macula todo o procedimento, além de desnaturar o texto da norma, e pôr em risco a legitimidade da Corte.

Quanto ao Superior Tribunal de Justiça, este tem a função de definir a interpretação de lei federal e proporcionar a sua uniformidade no território nacional. Conforme o artigo 105, III da Constituição Federal compete ao Superior Tribunal de Justiça “julgar em recurso especial as causas decididas, em única e última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios quando a decisão recorrida der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”.

Desse modo, é evidente que o disposto constitucional atribui ao Superior Tribunal de Justiça a incumbência de garantir a interpretação que deve prevalecer quando a decisão recorrida divergir do entendimento dado por outra Corte. Nesse pensamento, o jurista Luiz Guilherme Marinoni¹⁰⁰ entende que cabe a esse Tribunal uniformizar a jurisprudência para impedir decisões discrepantes acerca de uma mesma questão federal; de forma que, quando pacificados, estes julgados constituem precedentes a serem observados pelos demais órgãos judiciários.

Com o objetivo de proporcionar uniformidade da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, no ano de 2008, ocorreu alteração no Código de Processo Civil, o qual fez surgir técnica capaz de permitir a resolução de questão de direito, discutida em vários recursos no

⁹⁸ O enunciado sumular se refere ao resumo de resultados de vários julgamentos, o enunciado precisa ser redigido, levando-se em consideração a sua utilidade para outras situações equiparadas que ainda estão por ser julgadas. (LIMA, Tiago Asfor Rocha. Precedentes Judiciais Cíveis no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013. p.249.)

⁹⁹ LIMA, Tiago Asfor Rocha. Precedentes Judiciais Cíveis no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 250.

¹⁰⁰ Se o Superior Tribunal de Justiça tem a função de definir a interpretação adequada, torna-se evidente que essa interpretação não pode ter o mero propósito de permitir a correção das decisões equivocadas. A função de uma Corte de interpretação não é garantir a unidade do direito objetivo, mas propiciar a igualdade perante o direito judiciário (MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.495).

Superior Tribunal de Justiça. Trata-se de norma que, em outras palavras, previu o que se chamou de “recursos repetitivos”.

Nesse sentido o artigo 543-C do Código de Processo Civil prevê:

"Art.543-C Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

§1º Caberá ao Presidente do Tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.

§2º Não adotada a providência descrita no parágrafo primeiro deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida[...]."

Ressalta-se que cabe ao Superior Tribunal de Justiça uniformizar a interpretação de lei federal. A intenção é que o Judiciário não produza decisões jurídicas distintas para casos assemelhados e assim, não viole a segurança jurídica¹⁰¹. A Constituição Federal conferiu ao Superior Tribunal de Justiça a tarefa de dar sentido ao direito federal e de zelar pela sua uniformidade no território nacional. A Corte, por isso, tem o dever de impor o respeito às suas decisões¹⁰². É incoerente conferir ao Superior Tribunal de Justiça o poder de definir a interpretação prevalente e, ao mesmo tempo, permitir que os tribunais ordinários continuem a interpretar cada um conforme seu entendimento. Isso ocasionaria uma contradição lógica, interna ao sistema judicial, pois daria aos tribunais o poder de discordar das decisões consolidadas pelo próprio Superior Tribunal de Justiça em casos similares aos que estivessem sendo julgados.

Em outro sentido, também, o Judiciário colabora com o Legislativo na tarefa de construção de um direito que responda às necessidades sociais. Isso não apenas porque o texto legislativo depende do significado que lhe é atribuído pelo juiz e em razão de que o legislador sabe que necessita da atividade judicial para a concretização de determinadas normas, mas

¹⁰¹O que está por detrás da concepção atual de uniformização não é a segurança jurídica como vedação do poder de um juiz criar o direito, mas a segurança jurídica como proibição de o juiz criar normas diferentes para casos iguais (MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.492).

¹⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ no Estado Constitucional (Fundamentos dos Precedentes Obrigatórios no Projeto de CPC). Revista Magister de Direito Civil e de Processo Civil, Porto Alegre, v.53, p.26, mar./abr. 2013.

também por haver consciência de que o direito deve ser atualizado e adaptado aos novos fatos sociais.

Não obstante, um dos fatores que legitima a autoridade das decisões do Superior Tribunal de Justiça é o princípio da isonomia. O estado constitucional não apenas proclama e incentiva a igualdade nas relações sociais, mas tutela a igualdade¹⁰³. É imprescindível, em Estado Constitucional, zelar pela igualdade de tratamento em face das decisões judiciais. Nada nega tanto a igualdade quanto dar a quem já teve seu direito violado ou sofre iminente ameaça de tê-lo, uma decisão desconforme com o padrão de racionalidade já definido pelo judiciário em casos similares.

Afirma Marinoni que, após a edição da decisão dotada de fundamentação racionalmente aceitável pelo Superior Tribunal de Justiça, não há como admitir, por parte de qualquer juiz ou tribunal uma decisão que apresente razões divergentes¹⁰⁴. O fundamento essencial ou determinante dos precedentes judiciais deve ser delineado de modo a abarcar o maior número possível de situações jurídicas similares, propiciando-lhes tratamento igualitário. Se o Superior Tribunal de Justiça tem a função de definir a interpretação adequada, torna-se evidente que essa interpretação não pode ter o mero propósito de permitir a correção das decisões equivocadas. A função de uma Corte de interpretação, além de garantir a unidade interpretativa exegética do direito objetivo é propiciar a igualdade perante o Poder Judiciário.

A interpretação dessa Corte Superior deve ser observada para se garantir a coerência do direito afirmado pelo judiciário e, assim, a coerência da ordem jurídica em seu aspecto integral¹⁰⁵. Se o direito é interpretado pelo Judiciário, é ilógico supor que cada juiz ou tribunal possa produzir o seu próprio direito, sem qualquer compromisso com a coerência do ordenamento jurídica. Contudo, os juízes e tribunais fazem parte de um só sistema de distribuição de justiça.

O cidadão tem que conhecer as consequências jurídicas de suas ações e dos comportamentos daqueles com quem convive para se desenvolver. Essa calculabilidade pressupõe univocidade de qualificação das situações jurídicas. Se essa qualificação depende das

¹⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ no Estado Constitucional (Fundamentos dos Precedentes Obrigatórios no Projeto de CPC). Revista Magister de Direito Civil e de Processo Civil, Porto Alegre, v.53, p.26, mar./abr. 2013.

¹⁰⁴ Ibidem, p.27-28.

¹⁰⁵ Ibidem, p.31.

decisões judiciais, que, em princípio, podem ser várias, a necessidade de univocidade confere as Cortes Superiores, cuja função é atribuir sentido ao direito, a incumbência de manter a devida estabilidade¹⁰⁶. Contudo, um sistema jurídico que não proporciona qualificações jurídicas unívocas e sem capacidade de gerar segurança nos cidadãos, não merece a denominação de ordenamento.

3.4. Aumento da segurança jurídica em virtude dos precedentes judiciais

Verifica-se que, como é dever do Estado tutelar os direitos fundamentais, é evidente que à segurança jurídica deve ser protegido pelo Estado¹⁰⁷. Nesse aspecto os Poderes Legislativo e Judiciário têm a obrigação de tutelar à segurança jurídica, seja por meio de normas, ou mediante comportamentos que assegurem aos cidadãos a legítima expectativa de confiança o qual depositam nas leis e decisões judiciais.

Se normas infraconstitucionais são necessárias para efetivar os direitos fundamentais a ocorrer em uma organização social equilibrada é comum que o homem tenha de confiar na coerência da ordem jurídica. Luiz Marinoni¹⁰⁸, em sua obra, esclarece que direito coerente é principalmente direito judicial coerente. Complementa dizendo que o direito produzido pelos juízes, quando fragmentado, constitui insegurança jurídica e impedimento ao desenvolvimento da sociedade. Desse modo, um sistema no qual o Estado produza decisões conflitantes para situações semelhantes configura em obstáculo não somente a coerência do Direito, mas também a segurança jurídica depositada nos entes estatais.

Não obstante a segurança jurídica reflete a necessidade de a ordem jurídica ser confiável e estável, e isso, se aplica tanto à legislação como à atividade judicial. Frisa-se que a uniformidade de interpretação e aplicação das normas jurídicas pelos órgãos jurisdicionados é fator de credibilidade do Direito.

Segundo Canotilho, segurança jurídica e proteção da confiança andam estreitamente associadas, "a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção de

¹⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ no Estado Constitucional (Fundamentos dos Precedentes Obrigatórios no Projeto de CPC). Revista Magister de Direito Civil e de Processo Civil, Porto Alegre, v.53, p.32-33, mar./abr. 2013.

¹⁰⁷ Ibidem, p.491.

¹⁰⁸ Ibidem, p.492.

confiança como um subprincípio ou com uma dimensão específica da segurança jurídica"¹⁰⁹. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexas com elementos objetivos da ordem jurídica, garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito. Entretanto cabe ao Poder Público proteger a confiança do cidadão em relação às consequências de suas ações bem como dos efeitos dos atos do Estado.

É nessa dimensão que a ordem jurídica (a lei e as decisões judiciais) têm estabilidade. As decisões judiciais devem ser no mínimo de contínuas, até mesmo para que o ordenamento jurídico seja dotado de eficácia perante os cidadãos. É nesse contexto que a estabilidade exige também continuidade no respeito aos precedentes judiciais¹¹⁰. Um sistema jurídico de seguimento aos precedentes é concretizado quando existe estabilidade e confiabilidade das decisões. É esses elementos devem decorrer com naturalidade mediante a aplicação pelos juízes dos entendimentos consolidados pelos tribunais. A expectativa da parte receber tratamento isonômico àquele jurisdicionado com a mesma *ratio decidendi* concretiza de segurança jurídica perante o ordenamento jurídico.

3.5. Prováveis riscos e ponderações na aplicação dos precedentes vinculantes no Direito processual brasileiro

Percebe-se por parte dos juristas, seja no ordenamento brasileiro quanto nos países de *Common Law*, a existência de divergência em relação à utilização de precedentes judiciais. Alguns apresentam argumentos desfavoráveis ao seu uso, outros acentuam suas vantagens. Porém, é necessário que o julgador seja cauteloso no momento do emprego do instituto.

3.5.1. Risco de impedir a renovação jurisprudencial

José Carlos Barbosa Moreira diz ser indispensável conferir certa flexibilidade ao julgado, de modo que a jurisprudência se ajuste à realidade, visto que as mudanças sociais são primeiramente percebidas pelos juízes das instâncias inferiores, pois, estes julgam antes dos

¹⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. 7º Ed. Coimbra: Almedina, 2007. p. 257.

¹¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 3º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.127.

outros conflitos de interesses, dos quais surgem novas condições sociais, políticas e econômicas.

Afirma o autor:

“Bloquear, de forma direta ou indireta, na produção dos órgãos situados na base da pirâmide judiciária, os eventuais desvios das teses firmadas em grau superior significa, em certos casos, barrar precocemente um movimento, talvez salutar, de renovação da jurisprudência”.¹¹¹

Outros estudiosos¹¹² defendem que os precedentes judiciais podem gerar sérios riscos de engessamento da jurisprudência. Entretanto, não atentam para o fato de que existe possibilidade de os tribunais reverem suas decisões quando ocorre alteração das circunstâncias que ensejaram o precedente.

Já Marinoni¹¹³ admite que a jurisprudência está adaptada à atualidade, já que o direito jurisprudencial nada têm de estático ou insusceptível de alteração às novas realidades e diferentes situações. Consta-se isso, visto que o Direito inglês e norte-americano estão em constante desenvolvimento.

3.5.2. Divisão dos poderes

Outra questão mencionada pela doutrina em relação ao uso dos precedentes, é o possível desequilíbrio que pode causar à separação de poderes¹¹⁴.

A divisão do poder público em dois ou mais órgãos ocorreu com as revoluções liberais, que tinham como objetivo a adoção de um sistema, no qual a organização política pudesse controlar o arbítrio ou abuso de poder.

¹¹¹MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos: um enfoque comparativo. Tema de Direito Processual. Nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p.310-311. p311.

¹¹² Assim pensam, Simon Whittaker (WRITTAKER, Simmon. *Precedent in the law: a view from the citadel*. In: *XVIIth. Congress International Academy of Comparative Law, Utrecht, 16-22 July 2007*. Bruxelas: Bruylant, 2007. p.73) e Mortiner Sellers (SELLERS, Mortiner N. S. *The doctrine of precedent in the United States of America*. In: *XVIIth. Congress International Academy of Comparative Law, Utrecht, 16-22 July 2007*. Bruxelas: Bruylant, 2007. p.112)

¹¹³MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 3ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.p.333.

¹¹⁴ Com esse entendimento está Michel More (MOORE, Michael. *Precedent, Introduction, and Ethical Generalization*, em *Precedent Law*, Oxford, Clarendon Press; New York, Oxford University Press: Lawrence Goldstein, 1987) e Thiago Baldani (FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. *Neoconstitucionalismo e Súmula vinculante*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2012. p.126-127).

Porém, quando é dito que um juiz do *Common Law* “cria o direito” não significa que a decisão por ele proferida vai ter “a mesma força e qualidade do produto elaborado pelo legislativo; isto é, da lei”.

A utilização de precedentes judiciais não deve ser interpretada de forma a entender que o juiz é dotado do poder de criar o direito por sua própria vontade, uma vez que a decisão aplicada, possui em sua origem uma forma preexistente, ou no modo escrito, premissa do *Civil Law*, ou baseado nos costumes, como no *Common Law*.

Destaca-se que, para a realização de uma prestação jurisdicional compatível com os direitos fundamentais presentes na Constituição Federal é necessário, em determinados temas, a atividade criativa pelo juízo.

Contudo, essa atividade deve ser exercida de forma cautelosa, em virtude dos seus limites. Alerta Mauro Cappelletti:

“[...] o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo o sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites à liberdade judicial, tanto processuais quanto substanciais.”¹¹⁵

O uso dos precedentes judiciais, como base para os julgados, procura revelar o sentido da lei, no intuito de aplicá-la. Representa a identificação da lei.

O sistema democrático caracteriza-se pela participação popular. Na prestação jurisdicional, as partes interessadas no processo incluem seus fundamentos para dirimir a lide a ser julgada. Portanto, a criação jurisdicional não é contrária à separação de poderes, mas é consequência da interpretação da lei, que não abrange todas as situações, permitindo que os jurisdicionados utilizem as demais fontes do Direito para obter a prestação jurisdicional.

3.5.3. Restrição ao livre convencimento do juiz

Alguns estudiosos afirmam que, uma das consequências da utilização de uma vinculação aos precedentes é que a liberdade do magistrado em decidir o caso a ele submetido é

¹¹⁵CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores?. Tradução de Carlos Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. p.23-24.

suprimida¹¹⁶. Em relação a esse ponto, é preciso, partir do entendimento de que o juiz tem um dever para com o Poder Judiciário o qual faz parte e com os jurisdicionados, sendo necessária credibilidade e respeito a este poder, a fim de ser preservada a coerência no ordenamento.

A intenção não é vedar o juiz de primeira instância a mudar seu posicionamento, ao contrário, o Direito por estar em constante mudança necessita ser atualizado, mas que este faça a alteração contrária ao precedente de forma fundamentada.

Melhor dito, o julgador não é impedido de se posicionar contra suas decisões anteriores, podendo, desde que fundamentada, analisar novas circunstâncias e ter decisões em desacordo com a anterior.

Porém, para o bom funcionamento do sistema de precedentes são imprescindíveis a existência e aplicação de mecanismos judiciais que possam impedir decisão do julgador que contrarie do precedente de Tribunal Superior sem que tenha sido devidamente justificada, ou que desconsidere o precedente no exercício de julgar.

Todavia, depois de verificado que os precedentes judiciais buscam fomentar a segurança jurídica e que o juiz ao aplicá-lo precisa considerar a adequação do julgado paradigma com as normas e valores vigentes no direito, se mostra necessário entender como vem sendo estruturado o sistema de precedentes na ordem jurídica brasileira, especialmente, no que se refere aos procedimentos a serem introduzidos na legislação processual. A intenção é que se possa entender como o ordenamento jurídico busca evitar que o instituto dos precedentes possa suprimir direitos fundamentais conferidos aos cidadão.

¹¹⁶ Com esse entendimento está Dierle Nunes, Rafaela Lacerda e Newton Rodrigues Miranda (LACERDA, Rafaela, MIRANDA, Newton Rodrigues, NUNES, Dierle. O uso do precedente judicial na prática judiciária brasileira: uma perspectiva crítica. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n. 62, p.179-208, jan/jun 2013), ver também, obra de Marcelo Alves Dias Souza (SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do precedente judicial à Súmula vinculante. Curitiba Juruá, 2006, p.287-294).

4. FORTALECIMENTO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS PELO PROJETO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A teoria dos precedentes, como já citado, originou-se na família do *Common Law*. Entretanto, o ordenamento jurídico brasileiro está fundamentado na família do *Civil Law*, no qual prevalece a técnica do direito legislado e das codificações.

Contudo, o fenômeno de confluência entre o sistema de *Civil Law* e *Common Law* apresenta-se como uma tendência mundial¹¹⁷. Portanto, mesmo no interior da família *Civil Law*, o que se tem verificado é uma valorização das decisões judiciais.

Entretanto, apesar desse novo contexto, observa-se que comumente ocorre entendimento jurisdicional diverso em situações jurídica similares, o que gera instabilidade na jurisprudência. Assim, afirma Alfredo Buzaid¹¹⁸ que:

"É admissível decisão diferente para mesmo caso, desde que seja para se adaptar as condições econômicas sociais e políticas, porém quando as circunstâncias não são alteradas tal procedimento debilita a autoridade do Poder Judiciário, ao mesmo passo que causa profunda decepção às partes que postulam perante os tribunais."

Nesse sentido, o respeito aos precedentes judiciais tem sido reconhecido no sistema de processo brasileiro. Sendo assim, o que é verificado nas mudanças ocorridas no âmbito processual é a adoção de procedimentos que visam fortalecer os precedentes na prática jurídica brasileira, especialmente nas estruturas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Diante dessa realidade, os legisladores do Projeto do Novo Código de Processo Civil buscam disciplinar em seu texto mecanismos que almejam obter maior racionalidade e uniformidade da jurisprudência, fortalecendo, com isso, os precedentes dos Tribunais¹¹⁹. Essas

¹¹⁷ PINTO, Pedro Duarte. O sistema de precedentes no novo Código de Processo Civil e suas possíveis repercussões no diálogo do poder judiciário com os demais poderes. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Rio de Janeiro, v.12, n.7, p.599-600, jul/dez. 2013.

¹¹⁸ BUZOID, Alfredo. Uniformização de Jurisprudência. Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, v. 34, n. 139, p.14, jul. 1985.

¹¹⁹ ALVIM, Arruda. Notas sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil. Revista de Processo, São Paulo, n. 191. jan. 2011. p. 299-300.

mudanças, todavia, não visam ao rompimento abrupto no sistema já existente, mas sim o aproveitamento de institutos vigentes, aperfeiçoando-os quando necessário.

A construção de uma estrutura mais coerente de precedentes judiciais, no plano processual pretende garantir, nesse sentido, a isonomia, eficiência e segurança ao sistema jurídico¹²⁰. Nesse aspecto, a proposta legislativa do Código de Processo Civil busca realizar esses princípios. Em relação as expectativas quanto ao projeto que se dedicarão as próximas linhas da pesquisa.

4.1. Reflexões e expectativas acerca do Projeto do Código de Processo Civil

Em outubro de 2009, pelo Ato nº 379 do Presidente do Senado à época, o Senador José Sarney, foi instituída Comissão de Juristas responsável por elaborar o Projeto do Novo Código de Processo Civil¹²¹.

A Comissão, após coleta de sugestões e informações seguidas de debates em várias audiências públicas, entregou o anteprojeto que em seguida a aprovação dos senadores, foi convertido no Projeto de Lei nº 166/2010 do Senado Federal, com relatoria do Senador Valter Pereira. Após conclusão da atividade legislativa no Senado Federal, o projeto foi enviado à Câmara dos Deputados. Autuado como Projeto de Lei nº 8.046/2010, encontra-se em tramitação nessa Casa até este momento¹²².

Conforme exposição de motivos apresentada pela Comissão de Juristas incumbida de escrever o projeto inicial, foram cinco as linhas mestras na elaboração da proposta:

- "1) Estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal;
- 2) Criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa;
- 3) Simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal;
- 4) Dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado;

¹²⁰ ALVIM, Arruda. Notas sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil. Revista de Processo, São Paulo, n. 191. jan. 2011. p. 300.

¹²¹ 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, São Paulo, v.193, n. 36, p.259, mar.2011.

¹²² Presente no repositório de notícias da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/.html>. Acesso em: 7 mar. 2014.

5) Imprimir maior grau de organicidade ao sistema dando-lhe, assim mais coesão."¹²³

Sobre elas, serão feitas reflexões ao longo deste texto, a fim de serem compreendidas intenções e projeções quanto ao Código.

Ao ler os artigos do Projeto de Lei nº 166/2010, é possível perceber a preocupação em harmonizar as regras legais com os princípios constitucionais, o que demonstra a feição neoconstitucional da proposta. Alguns estudiosos defendem a teoria no qual o direito constitucional é tronco da árvore e o direito processual é um de seus ramos¹²⁴. Não é possível conceber uma regra processual que não tenha base na Constituição. Esse fenômeno fica claro nos primeiros artigos do Capítulo I intitulado “Dos Princípios e das Garantias Fundamentais do Processo Civil”.

Logo na apresentação do anteprojeto, o Presidente do Senado Federal José Sarney é enfático ao indicar quais os atuais anseios dos cidadãos na busca por um novo Código “que privilegie a simplicidade da linguagem e da ação processual, a celeridade do processo e a efetividade do resultado da ação, além do estímulo à inovação e a modernização do procedimento, garantido o respeito ao devido processo legal”.¹²⁵ Ao analisar o anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, Guilherme Rizzo Amaral destaca a efetividade e a segurança jurídica como princípios orientadores do Processo Civil¹²⁶.

Foi com a intenção de conferir maior eficácia aos princípios da segurança jurídica e da celeridade processual que o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal e, à época, Presidente da Comissão de Juristas encarregada de elaborar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, o Ministro Luiz Fux, encaminhou Carta ao Presidente do Senado Federal, do qual se mostra necessário enfatizar certos pontos:

¹²³ BRASIL. Congresso federal. Senado Federal. Presidência. Comissão de Juristas responsáveis pela elaboração do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Anteprojeto do novo Código de processo Civil. Diário do Senado Federal, 13 fev. 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2014.

¹²⁴ Com essa concepção verifica-se Eduardo Cambi (CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p.1-44) e Humberto Pinho (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Os princípios e as garantias fundamentais no Projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 12 do Projeto de Lei nº 166/2010. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Rio de Janeiro, v.6, n.4, p.51, jul/dez. 2010).

¹²⁵ BRASIL. Congresso federal. Senado Federal. Presidência. José Sarney. Anteprojeto do novo Código de processo Civil. Diário do Senado Federal, 13 fev. 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2014.

¹²⁶ AMARAL, Guilherme Rizzo. A proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”. Processos coletivos. Org. José Maria Tesheiner. Porto Alegre: HS Editora, 2012. p. 259.

“A Comissão, atenta à sólida lição da doutrina de que sempre há bons materiais a serem aproveitados da legislação anterior, bem como firme na crença de que a tarefa não se realiza através do mimetismo que se compraz em apenas repetir erros de outrora, empenhou-se na criação de um novo código erigindo instrumentos capazes de reduzir o número de demandas e recursos que tramitam pelo Poder Judiciário Esse desígnio restou perseguido, resultando do mesmo a instituição de um incidente de coletivização dos denominados litígios de massa, o qual evitará a multiplicação das demandas, na medida em que suscitado o mesmo pelo juiz diante, numa causa representativa de milhares de outras idênticas quanto à pretensão nelas encartada, imporá a suspensão de todas, habilitando o magistrado na ação coletiva, dotada de amplíssima defesa, com todos os recursos previstos nas leis processuais, **proferir uma decisão com amplo espectro, definindo o direito controvertido de tantos quantos se encontram na mesma situação jurídica, plasmando uma decisão consagradora do princípio da isonomia constitucional.**”¹²⁷(grifo nosso)

Contudo, princípios constitucionais como ampla defesa e o livre convencimento do juiz não podem ficar comprometidos com a busca por maior efetividade na atividade processual¹²⁸, posto, não se pode admitir a imposição de riscos às garantias fundamentais previstas na Constituição Federal de 1988.

No que se refere a assegurar maior rendimento possível a cada processo e juntamente conferir organicidade ao sistema, o projeto dispõe de normas que estimulam a uniformização e estabilização da jurisprudência, sobretudo, em casos de demandas similares. Assevera, portanto, a Comissão de juristas incumbidos de escrever o Projeto de Lei nº 166/2010:

“Por enquanto, é oportuno ressaltar que **levam a um processo mais célere as medidas cujo objetivo seja o julgamento conjunto de demandas que 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, em cujo trâmite serão evidentemente menores os ditos “tempos mortos” (= períodos em que nada acontece no processo). [...]”(grifo nosso)

¹²⁷ FUX, Luiz. Carta ao Presidente do Senado Federal. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/pdf/cartilha1afase.pdf>>. Acesso em 12 mar. 2014.

¹²⁸ Arruda Alvim assevera que: “Outro ponto importante a ser frisado é a extrema cautela do Projeto quanto à manutenção da segurança jurídica e da estabilidade da jurisprudência. Procurou-se, como se verá mais adiante, incentivar a uniformidade da jurisprudência e sua estabilidade e, ao mesmo tempo, conferir maior rendimento (i.e. efetividade) a cada processo, individualmente considerado”(ALVIM, Arruda. Notas sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil. In: Revista de Processo, São Paulo: RT, n. 191, p. 299-300, jan. 2011).

“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. [...]”¹²⁹(grifo nosso).

No mesmo sentido está a exposição de motivos da versão do projeto do novo Código de Processo Civil da Câmara dos Deputados, de relatoria do Deputado Paulo Teixeira, de maio de 2013. No texto afirmam-se que “afigura-se necessário criar uma disciplina jurídica minuciosa para a interpretação, aplicação e estabilização dos precedentes judiciais, estabelecendo regras que auxiliem na identificação, na interpretação e na superação de um precedente.”¹³⁰

Assim, mesmo ocorrendo mudanças no Senado e na Câmara dos Deputados, o projeto do Novo Código de Processo Civil tem mantido a finalidade de estabelecer respeito as decisões judiciais, bem como a reciprocidade interpretativa necessária ao dinamismo do ordenamento jurídico¹³¹. Embora não se refira diretamente dos precedentes judiciais, verifica-se a preocupação com a isonomia da aplicação da tutela jurídica, conferindo a mesma decisão a casos similares.¹³²É possível, nesse aspecto, identificar o intuito dos legisladores em uniformizar a aplicação do direito àqueles que se encontram em situação jurídica semelhante.

Com isso, o projeto do novo Código de Processo Civil, além de procurar cumprir os princípios constitucionais e obter maior efetividade processual, poderá auxiliar para a adoção de uma prática de obediência dos precedentes judiciais por juízes e tribunais e, conseqüentemente gerar aumento no nível de segurança jurídica e a realização da igualdade das decisões.

¹²⁹ BRASIL.Congresso federal. Senado Federal. Presidência.Comissão de Juristas responsáveis pela elaboração do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Anteprojeto do novo Código de processo Civil. Diário do Senado Federal, 13 fev. 2010 . Disponível em:<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2014.

¹³⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 8.046, de 2010, oriundo do Senado Federal (Projeto de Lei do Senado n. 166, de 2010). Reforma do Código de Processo Civil. Parecer da Comissão Especial. In: Atividade Legislativa. Projetos e Matérias Legislativas. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br/sileg/default.asp>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

¹³¹ PINTO, Pedro Duarte. O sistema de precedentes no novo Código de Processo Civil e suas possíveis repercussões no diálogo do poder judiciário com os demais poderes. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Rio de Janeiro, v.12, n.7, p.600, jul/dez. 2013.

¹³²CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto do Novo Código de Processo Civil.Revista de Processo, São Paulo, v.193, n. 36, p.261, mar. 2011

4.2. Institutos da proposta do Código de Processo Civil que visam implementar o respeito aos precedentes judiciais

O Projeto de Lei nº 8.046/2010 no Capítulo I, do Livro IV e Título I “Do Processo nos Tribunais”, abrange importantes dispositivos que visam valorizar os precedentes judiciais.

O artigo 882 atribui aos tribunais a observância da uniformidade e a estabilidade dos entendimentos judiciais ao prever:

"Art. 882. Os Tribunais, em princípio, zelarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência."¹³³

A intenção de introduzir uma prática de respeito aos precedentes judiciais, assim como de se reduzir a oscilação de interpretação jurídica e superação por novo posicionamento jurídico também está presente no substitutivo apresentado na Senado Federal:

"Art. 508. Para dar efetividade ao disposto no art. 507 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas[...]"¹³⁴

Porém no artigo 882 observa-se maior grau de clareza em relação ao artigo 508 do referido substitutivo da mesma forma que gera detalhamento na modulação dos efeitos na mudança de interpretações.

Cabe destacar que o inciso II do artigo 882¹³⁵ estabelece o autoprocedente, ou seja, os juízes e tribunais devem buscar respeitar seus próprios julgamentos. Com essa medida pretende-se efetivar a uniformidade e estabilidade dos entendimentos judiciais, resguardando a confiança dos jurisdicionados.

No inciso V, nota-se a possibilidade de o juiz ou tribunal deixar de seguir um precedente quando observa distinção entre as circunstâncias fático-jurídicas do caso a ser julgado e aquelas que foram relevantes para o caso precedente:

¹³³ BRASIL.Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 8.046 de 2010**. Disponível em: <http://wwwcamara.gov.br/proposicoesWeb/propmostrarintegra;PL+8046/2010>. Acesso em: 14 mar. 2014.

¹³⁴ BRASIL.Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 8.046 de 2010**. Disponível em: <http://wwwcamara.gov.br/proposicoesWeb/propmostrarintegra;PL+8046/2010>. Acesso em: 14 mar. 2014.

¹³⁵ "Art. 882. Os tribunais, em princípio, velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte:

II – os órgãos fracionários seguirão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, nesta ordem;"

"V – na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica."¹³⁶

Tal medida assemelha ao *distinguishing* norte-americano e visa proporcionar uma atualização do direito, descartando decisões que não correspondam com a matéria de determinado caso.

Por outro lado, a alínea IV¹³⁷ e os dois parágrafos que se seguem inibem a revogação dos precedentes, desestimulando sua alteração quando não se mostrar necessário, visto que, exige para alteração jurisprudencial consolidada, fundamentação específica que seja baseado no interesse social e na segurança jurídica. É para preservar a segurança, que se permite a esses tribunais modular os efeitos da decisão diante de entendimento jurídico dominante.

Essas medidas pretendem evitar a prática dos tribunais de modificar jurisprudência pacificada, em virtude de constantes alterações na composição de seus membros. A modificação de posicionamento judicial deve ser justificada em situações de alteração no corpo social ou quando for demonstrada que decisão anterior foi equivocada, a fim de se preservar a confiabilidade dos jurisdicionados, os quais se organizam crédulos em uma jurisprudência estável.

Ainda, pode-se observar que o artigo 888 do Projeto de Lei nº 8.046/2010 atribuiu ao relator respeitar as súmulas e precedentes:

"Art. 888. Incumbe ao relator:

[...] IV – negar provimento a recurso que contrariar:

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

V – dar provimento ao recurso se a decisão recorrida contrariar:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

¹³⁶ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 8.046 de 2010**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/propmostrarintegra;PL+8046/2010>. Acesso em: 14 mar. 2014.

¹³⁷ IV – a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia;

- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de casos repetitivos;
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; [...]¹³⁸

Nota-se que com o intuito de fortalecer as decisões judiciais foi ampliado os poderes do relator que poderá negar ou dar provimento a recurso se constatado que o julgado impugnado afronta entendimento de outros tribunais.

Outro artigo importante é o 952, pois o legislador, ao prever a análise da questão jurídica contida no recurso representativo, mesmo em caso de desistência dele, não prejudica o julgamento dos recursos repetitivos por este afetado, gerando estabilidade ao sistema:

"Art. 952.O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso.

Parágrafo único. No julgamento de recurso extraordinário cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e no julgamento de recursos repetitivos afetados, a questão ou as questões jurídicas objeto do recurso representativo de controvérsia de que se desistiu serão decididas pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal."¹³⁹

Este dispositivo busca garantir o princípio da voluntariedade, uma vez que permite a parte dispor de seu direito de não recorrer. Leciona Carnelutti que o recurso é sempre voluntário, isto porque a aquiescência das partes é indicativa ou de sua justiça ou da tolerabilidade da sua injustiça, no sentido de que, a sua reparação não compensa o custo da renovação do procedimento¹⁴⁰. Percebe-se que a intenção do legislador é efetivar o que já é previsto no artigo 501 do Código Processual Civil vigente o qual dispõe que o recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso.

Cabe mencionar que ao valorizar o julgamento da questão jurídica do recurso extraordinário com repercussão conhecida e de recurso especial repetitivo, o dispositivo eleva a função uniformizadora das decisões judiciais e a relevância dos seus precedentes para a racionalidade do ordenamento jurídico.

¹³⁸ BRASIL.Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 8.046 de 2010**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/propmostrarintegra;PL+8046/2010>. Acesso em: 14 mar. 2014.

¹³⁹ BRASIL.Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 8.046 de 2010**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/propmostrarintegra;PL+8046/2010>. Acesso em: 14 mar. 2014.

¹⁴⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Revista EJE, Buenos Aires, v.2, p.187, 1973.

Além dos dispositivos apresentados, é necessário destacar procedimento previsto do artigo 930 ao 941 do Projeto de lei nº 8.046/2010 que busca efetivar os princípios da segurança jurídica. O incidente de resolução de demandas repetitivas, como é intitulado, representa avanço na valorização dos precedentes judiciais. Assim, devido sua importância para a presente pesquisa é relevante apresentar as peculiaridades do referido instituto.

Mas, antes de ser analisado se o incidente é uma tentativa de implementação dos precedentes judiciais, mostra-se necessária a compreensão acerca de sua organização, ou seja, os requisitos da sua admissão, o momento, competência, legitimidade e procedimento, pois de nada adiantaria tratar de sua natureza sem que seja entendido o seu significado.

O texto do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil não explicita qual será a extensão do efeito da decisão sobre questão jurídica resolvida no incidente. Por essa razão, a vinculação aos processos pendentes e futuros é questão ainda discutível. Em uma primeira leitura dos dispositivos, nota-se que o mais provável é a não existência de vinculação com processos que venham a ser propostos. Pode-se, nesse entendimento, inferir que este é um dos fatores diferenciadores do incidente em relação à súmula vinculante; a não ocorrência no primeiro de efeitos vinculantes aos processos futuros.

Entretanto, a partir da análise dos artigos 933 § 2º¹⁴¹ e 938¹⁴² ambos do Projeto de Lei nº 8.046/2010 surge o questionamento: a decisão formada no incidente será aplicada apenas aos processos pendentes na data do proferimento, ou se estenderá aos processos posteriores que reproduzam controvérsia resolvida pelo Tribunal?

Tal dúvida enseja duas interpretações. Como afirma Leonardo Greco¹⁴³, sendo os efeitos do procedimento-modelo restritos aos processos suspensos, este terá eficácia somente entre as partes, diferente do processo coletivo, no qual o efeito é *erga omnes*.

Se os artigos forem interpretados considerando que os efeitos da decisão do incidente vinculará apenas processos suspensos será semelhante ao previsto no Processo-modelo

¹⁴¹“Art. 933”.O juízo de admissibilidade e o julgamento do incidente competirão ao plenário do tribunal ou, onde houver, ao órgão especial.

§ 2º Rejeitado o incidente, o curso dos processos será retomado; admitido, o tribunal julgará a questão de direito, lavrando-se o acórdão, cujo teor será observado pelos demais juízes e órgãos fracionários situados no âmbito de sua competência, na forma deste Capítulo.”

¹⁴² “Art. 938.Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal.”

¹⁴³ GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.450.

alemão, em que a decisão do tribunal acerca das questões comuns é restrito aos processos individuais propostos até a resolução da questão. Nesse procedimento, denominado *Musterverfahren*, os processos posteriores não serão abrangidos pelos efeitos desse julgamento.

Porém, a interpretação segundo a qual o julgamento sobre o incidente vincula decisões futuras, ou melhor, tem efeitos prospectivos, é extraído do artigo 882, III do Projeto de Lei 8046/10¹⁴⁴ que prevê aos tribunais velarem sua jurisprudência.

Existe outro motivo que justifica essa compreensão: a finalidade do instituto em atender a segurança jurídica e a razoável duração do processo. Visto que, ao se aplicar a decisão do incidente apenas aos processos suspensos, quando surgir nova demanda sobre mesmo tema tratado na decisão paradigma, o tribunal seria provocado a se manifestar sobre questão resolvida. Haveria desgaste dos litigantes e dos órgãos jurisdicionais a cada demanda ajuizada, que poderia ocasionar a instalação de um novo incidente.

Nessa hipótese, o tribunal, ao posicionar-se sobre determinada questão, além dos juízes de primeiro grau seguirem a mesma solução para os processos suspensos, assim será para todas aquelas demandas que venham a se repetir. Esta vinculação servirá para minimizar a repetição de novas demandas, principalmente por evitar julgamento de questão já decidida.

Entretanto, Daniele Viafore¹⁴⁵ entende que caso a tese jurídica produza um precedente vinculante com efeitos prospectivos, esta se desvincularia de seu congêneres alemão, impedindo o juiz de julgar conforme as circunstâncias temporais do caso.

Diante das interpretações analisadas, o texto, nesse aspecto, deverá sofrer modificação, no intuito de que seja esclarecido o alcance da decisão do incidente, a fim de que se evitem dúvidas na vigência do novo código.

O artigo 930¹⁴⁶ revela que o legitimado para provocar a instauração do incidente deve convencer o Tribunal sobre a potencial multiplicação da demanda em julgamento e que esta

¹⁴⁴ "III - a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados"

¹⁴⁵ VIAFORE, Daniele. As semelhanças e as diferenças entre o procedimento-modelo alemão *Musterverfahren* e a proposta de um "Incidente de Resolução de Demandas repetitivas" no PL 8046/2010. Revista de Processo, São Paulo, v.38, n.36217, p. 276-278, mar. 2013.

possa gerar insegurança em razão da coexistência de decisões conflitantes. Observa-se a preocupação com a isonomia e estabilidade jurídica. Esta noção de segurança se verifica tanto na finalidade de manutenção de situação já consolidada, quanto na possibilidade dos jurisdicionados planejarem seus atos pautados nessas decisões.

Nesse particular, Leonardo Cunha¹⁴⁷ deixa claro que o tribunal examinará se estão preenchidos os requisitos de admissibilidade e se é conveniente fixar tese jurídica a ser aplicada aos casos que se repetem.

Quanto ao momento de instauração, entende-se da leitura do artigo 930 § 1º do Projeto¹⁴⁸, que o incidente poderá ser apresentado tanto na fase de conhecimento como na de recurso, pois se admite que o juiz ou relator possa provocá-lo. Mas o incidente será proposto a partir de um processo em curso, por se tratar de incidente.

O anteprojeto do Novo Código de Processo Civil ainda prevê que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas poderá ser preventivo, pois sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos sobre questão de direito e cause grave insegurança jurídica com risco de coexistência de decisões conflitantes, caberá a incidência do instituto.

Essa configuração preventiva conferida ao incidente ocasiona acentuado debate. É certo que o instituto consiste em um incidente processual. Para tanto incidente é instrumento instaurado a partir de outra medida processual. Ora, surge a seguinte indagação, de que forma um incidente pode ser formado no tribunal, se não foi visto procedimento nele instalado?

Este é o problema existente quando o projeto autoriza a instalação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas de forma preventiva, sem que qualquer recurso tenha

¹⁴⁶ "Art. 930. É admissível incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes"

¹⁴⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto do Código de Processo Civil. Revista de Processo, São Paulo, v.193, n.36, p.255-279, mar. 2011.

¹⁴⁸ "§ 1º O pedido de instauração do incidente será dirigido ao Presidente do Tribunal:

I – pelo juiz ou relator, por ofício;

II – pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição"

chegado ao tribunal. Não se pode prever um incidente no tribunal sem ter havido nele, originalmente, a instalação de procedimento.

Com esta constatação, a melhor escrita para o projeto seria no sentido de somente ser instalado o incidente de resolução de demandas repetitivas por provocação dos legitimados no grau recursal, semelhante ao que acontece nos demais incidentes.

Leonardo Cunha se mostra contrário ao caráter preventivo do sistema, afirmando que mais prudente é a admissão do procedimento quando existisse sentenças antagônicas ao respeito do tema repetitivo, citando Ronald Dworkin, adverte que:

“[...] o problema que surge em todos os casos é saber se os assuntos em discussão estão maduros para uma decisão judicial e se a decisão resolveria esses assuntos de forma a diminuir a probabilidade (ou eliminar as razões para novos dissensos).”¹⁴⁹.

Para o autor o melhor momento de ser instaurado o incidente é quando no Judiciário já exista sentenças conflitantes sobre o tema. Por certo, ao considerar que o instituto enalteça a força dos precedentes, é interessante que, na decisão a ser dada pelo tribunal no julgamento do incidente, seja apreciado o maior número possível de argumentos.

Quanto à matéria que será paradigma, o texto da exposição de motivos do novo Código¹⁵⁰, afirma que, no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas ocorre a identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, ainda que, em primeiro grau de jurisdição. Nesse entendimento, o incidente, apesar de influenciado pelo Direito alemão, diferencia-se desse, já que abrange somente questões de direito.

Entretanto, em emenda apresentada pelo Senador Aldemir Santana¹⁵¹ o incidente deverá ser proposto em relação a idênticas questões de fato e direito, e não apenas sobre tese jurídica. Para ele, se o incidente for instaurado somente quando houver identidade sobre questão

¹⁴⁹ 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, São Paulo, v.193, n. 36, p.262, mar. 2011.

¹⁵⁰ BRASIL. Congresso federal. Senado Federal. Presidência. Comissão de Juristas responsáveis pela elaboração do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Anteprojeto do novo Código de processo Civil. Diário do Senado Federal, 13 fev. 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2014.

¹⁵¹ BRASIL. Congresso federal. Senado Federal. Senador Aldemir Santana, 27 ago. 2010. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249. Acesso em: 18 fev. 2014.

de direito, este procedimento corre o risco de ser inútil, por não resolver casos individuais que ensejam soluções diferenciadas.

Autores como Júlio Rossi¹⁵² considera impossível que nas relações jurídicas as questões de fato estejam separada das questões de direito.

Alexandre Figueiredo¹⁵³ entende que não se pode abandonar a facticidade dos casos concretos, mesmo nas demandas tida como repetitivas, pois existem especificidades que diferenciam o caso paradigma do que vem sendo adotado pelos Tribunais onde estão os processos sobrestados. No intuito de sustentar tal pensamento, o autor cita Gadamer que considera ser a interpretação formada pela compreensão, explicação e aplicação. Para este estudioso todos esses momentos ocorrem ao mesmo tempo, não sendo possível eventual distinção entre eles:

“Compreender é desde logo aplicar, porque se compreende algo sempre atribuindo uma concretude fática”.¹⁵⁴

Apesar da controvérsia, no texto em tramitação, o incidente trata-se de medida no qual o tribunal profere uma decisão que fixa tese jurídica, abstrata, que possa ser aplicada a um grande número de litígios sobre questão comum, permitindo que o julgador de primeira instância possa analisar cada caso.

Em relação aos legitimados para apresentar o pedido de incidente estão o Ministério Público, a Defensoria Pública, as partes do processo principal e àqueles litigantes afetados pelo incidente. Tal petição será endereçada ao Presidente do Tribunal em que está vinculado o juiz de origem. Também pode suscitá-lo o juiz ou relator de ofício.

O artigo 933 estabelece que a competência para admitir e julgar o incidente é do plenário do Tribunal ou órgãos especial, se houver. Segundo Leonardo Cunha¹⁵⁵, o dispositivo

¹⁵² ROSSI, Júlio Cesar. O precedente a brasileira: Súmula vinculante e o Incidente de resolução de demandas repetitivas. Revista de Processo, São Paulo, n.20, p.233-234, jul/2012.

¹⁵³ FONSECA, João Gustavo Henriques de Moraes, LOPES Davidson Luis Braga, MACEDO Gladson Bethônio Bernardes Rocha, MORATO Alexandre Figueiredo, NASCIMENTO Matheus Alves. Súmula vinculante e Incidente de Resolução de demanda repetitiva: respostas hermenêuticas à luz da teoria do preceito de Gadamer. Revista do Instituto de hermenêutica jurídica, Rio de Janeiro, v.9, nº 10, p.38, jan/dez. 2012.

¹⁵⁴ GADAMER, Hans Georg. Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vorazes, 2008. p. 459.

¹⁵⁵ 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, São Paulo, v.193, n. 36, p.270-272, mar. 2011.

contraria a Constituição Federal, já que viola o dispositivo¹⁵⁶ que priva a cada tribunal dispor sobre sua competência interna.

Uma vez instaurado o incidente, este será distribuído ao relator que compõe o tribunal competente para julgá-lo. Se for necessário, o relator requisitará informações aos juízos monocráticos das lides semelhantes, que serão apresentadas, improrrogavelmente, no prazo de 15 dias. Fornecidos os dados pertinentes, o relator pedirá data para admissão do incidente com intimação do Ministério Público.

Primeiramente, o juízo de admissibilidade será realizado pelo relator ao recebê-lo, após, este o incluirá em pauta. Na sessão de julgamento haverá novo juízo de admissibilidade feito pelo Tribunal. Tal juízo de admissibilidade consiste em analisar os requisitos previstos no artigo 930 e a existência de interesse público para adoção de decisão paradigmática.

Na própria sessão de admissão, o presidente do Tribunal ou órgão fracionário determinará a suspensão dos processos pendentes em primeiro e segundo graus, os quais a matéria seja semelhante àquela a ser decidida pelo incidente.

O julgamento em plenário do incidente começa com a exposição pelo relator, e em seguida será dada palavra ao autor e ao réu do processo principal, bem como ao Ministério Público para que sustente suas razões no prazo individual de 30 minutos. Após, os interessados poderão se manifestar em 30 minutos, divididos entre eles.

Quanto a participação representativa dos terceiros interessados no julgamento da demanda paradigma o anteprojeto reserva ao relator, após admitir o incidente, ouvir as partes e os demais interessados na controvérsia que no prazo de quinze dias que poderão requerendo a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para solução da questão controvertida.

Apesar de admitir a presença do *amicus curiae*, ao permitir que o relator ouça pessoas, órgãos e entidades, o projeto de lei não esclarece se estes poderão influenciar o mérito¹⁵⁷. Também não se verifica a possibilidade destes recorrerem.

¹⁵⁶ Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;"

Como se não fosse suficiente, o texto legislativo não explica qual os limites de manifestação daqueles que tiveram seu processo suspenso, ou seja, se estes podem opinar sobre o sobrestamento do seu processo ou a aplicação da tese do processo modelo. Sobre esta situação, Larissa Pochmann ao tratar da possibilidade de instauração do incidente em tribunal sem ter ocorrido a discussão em primeiro grau como previsto no projeto, afirma:

“O que se propõe é a criação de técnica sem a supressão ao debate assegurado as partes. O que se critica é a imposição da decisão modelo aos processos considerados suspensos cujo debate não foi oportunizado. Melhor seria se as partes tivessem oportunidade de se manifestar em juízo onde tramitam o processo suspenso, acerca da possibilidade ou não da aplicação da decisão do processo escolhido ao seu caso específico”¹⁵⁸.

Nesse aspecto, o incidente, como já mencionado, não proporciona que os interessados tenham condições plenas de intervir na formação do mérito da lide, uma vez que aqueles com processo suspenso, pouco participarão na decisão de sobrestamento.

Diante dessa situação, Gustavo de Castro Faria¹⁵⁹ propõe que o incidente seguisse os moldes da proposta do Código de Processo Coletivo, no qual em seu artigo 8º dispõe que, ao receber a inicial, o juiz determinará a citação, por carta, das pessoas indicadas na petição inicial, bem como, por edital, no prazo mínimo de 30 dias, para que qualquer interessado possa comparecer e participar do processo. Enfatiza que nesse sistema a oportunidade ocorre logo na fase postulatória da ação, quando o objeto ainda está sendo delineado, obrigando ao juiz dar ampla publicidade da ação.

Realmente, proporcionar ao indivíduo que será afetado pela decisão do incidente, a oportunidade de se manifestar contra a suspensão do seu processo, ou pela escolha da lide como paradigma antes do encaminhamento da tese para julgamento pelo Tribunal, sem dúvida, confere maior oportunidade de participação aos envolvidos. Evita-se, com isso, que o cidadão interessado em afastar aquela decisão do juiz de primeiro grau, venha a ser impedido de exercer seu direito ao contraditório.

¹⁵⁷ Gustavo de Castro considera que, no incidente, ao *amicus curiae* é reservado apenas opinar quanto ao mérito da lide, sem poder interferir na extensão ou profundidade do objeto da causa. (FARIA, Gustavo de Castro. Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas sob o enfoque do modelo participativo de processo coletivo. Revista JAM jurídica, Bahia, v.18, nº 2, p.45, fev. 2013).

¹⁵⁸ SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: tutela coletiva ou padronização do processo? Revista SJRJ, Rio de Janeiro, v.18, nº 32, p.110, dez. 2011.

¹⁵⁹ FARIA, Gustavo de Castro. Do Incidente de resolução de demandas repetitivas sob o enfoque do modelo participativo de processo coletivo. Revista Jam jurídica, Bahia, v.18, n.2, p.41, fev. 2013.

Dentro dessa perspectiva, imperioso é que o sistema conceda a todas as pessoas afetadas pelo incidente a chance de se manifestarem nos autos em todas as fases, pois os provimentos, somente serão dotados de legitimidade democrática, se refletirem em seus motivos o resultado de um procedimento, em que as partes tiveram condições efetivas de influírem nessa formação.

Por fim, julgado o instrumento processual, será aplicada a tese jurídica aos processos que referem a similar questão de direito em tramite no tribunal julgador. O artigo 938 do Projeto de Lei nº 8.046/2010 ao dispor que, julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito, admite o efeito vinculante ao precedente criado no julgamento.

Júlio Rossi critica o emprego do efeito vinculante no incidente. Para ele, firmada tese vinculante, os tribunais se afastam da obrigatoriedade de julgar; apenas seria reproduzido o julgado paradigma:

“Há uma tendência ao mero procedimentalismo matemático contraposto ao substancialismo dworkiano (teoria dos precedentes calçada na construção histórica e na justificação de decisão judicial, afastando os julgamentos baseados em juízos discricionários de ponderação, voltando-se, a nosso ver, à era da jurisprudência de valores)”¹⁶⁰.

Por outro lado, Luiz Felipe Otharan¹⁶¹ sustenta que a vinculação poderá reduzir a incidência de processos repetitivos sob mesma questão jurídica, em especial quando o tribunal julgar aquela pretensão improcedente.

Certamente, o incidente deverá ser conjugado com instrumentos de revogação e não aplicação, semelhante ao encontrado no *stare decisis* do sistema inglês. Assim, o juiz poderá encontrar diferença quanto a tese discutida e aquela que formou o entendimento da decisão paradigma, aplicar o *distinguishing*, e julgar de acordo com seu convencimento. Logo, ao considerar o direito como ciência em constante mudança, não se pode engessá-lo; tê-lo como algo inalterável. Ora, se a lei é revogada, semelhante deve acontecer com o julgado modelo.

Portanto, é salutar que nas disposições do incidente exista a possibilidade de revisão e cancelamento da decisão formada no julgamento do processo-modelo, pois, com isso, poderão ser reanalisadas concepções jurídicas sobre determinado tema. Fornece ao sistema, por

¹⁶⁰ ROSSI, Júlio Cesar. O precedente a brasileira: Súmula vinculante e o Incidente de resolução de demandas repetitivas. Revista de Processo, São Paulo, n.20, p.233, jul/2012.

¹⁶¹ OTHARAN, Luiz Felipe. Incidente de Resolução de demandas repetitivas como alternativa as ações coletivas: notas de direito comparado. Revista jurídica, v.59, n. 402, p.15-16, abr. 2011.

um lado a necessária estabilidade, e por outro, a abertura de sua modificação, fator essencial para evitar a estagnação da interpretação jurisprudencial. De fato, tais elementos, se bem empregados, servirão como desestímulo a litigiosidade com fins meramente protelatórios, contribuindo para o alcance de um processo em duração razoável.

No tocante a esse ponto, deve-se destacar uma das propostas realizadas pela Comissão Especial do Senado, que previa inserir artigo, o qual autorizaria aos legitimados a possibilidade de pleitearem ao tribunal a revisão da tese jurídica formada no julgamento do incidente. Entretanto tal proposição foi retirada do texto, o que vem a tornar questionável a aplicação do efeito vinculante aos casos similares.

Cabe destacar que, daquelas decisões que ocorre o descumprimento de decisão proferida em incidente admite a interposição de reclamação para órgão superior, conforme artigo 910 do projeto. Júlio Rossi¹⁶² considera que ao admitir a reclamação como o meio adequado de atacar a decisão contrária ao julgado do incidente, o projeto inviabiliza a “oxigenação do direito”, impedindo que os órgãos judiciais formule livremente sua decisão.

Em que pese, não deve o julgador aplicar a tese jurídica sem interpretar e compreender o caso a ser julgado, nem cabe ao Tribunal julgar as ações de reclamação, sem se aterem aos fundamentos e reflexões derivadas da interpretação do magistrado de primeira instância. Caso contrário, poderá gerar a ocorrência de argumentos de autoridade por parte dos julgadores das Cortes, bem como a desfiguração da atividade de decidir do julgador de primeiro grau, que se converterá em ato de escolher o precedente, e escolher não é interpretar.

Após ter traçado o perfil do que seja o incidente de Resolução de demandas repetitivas cabe dimensionarmos a natureza do novo instrumento proposto.

Júlio César Rossi¹⁶³ entende que o incidente é técnica de julgamento, no qual seja possível estabelecer decisões paradigmas a serem seguidas pelos órgãos judiciários na qualidade de precedentes.

Já Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero¹⁶⁴ consideram o instituto, na sua essência como precedente de uniformização com caráter vinculante. Esses doutrinadores

¹⁶² ROSSI, Júlio Cesar. O precedente a brasileira: Súmula vinculante e o Incidente de resolução de demandas repetitivas. Revista de Processo, São Paulo, n.20, p.233, jul/2012.

¹⁶³ Ibidem, p.225.

entendem que o procedimento possibilita a suspensão dos casos semelhantes, participação da sociedade civil no seu julgamento e recurso pela inobservância da decisão firmada, fatores esse também observados nos precedentes judiciais. Para os autores “Sua previsão foi uma das razões pelas quais o Projeto propôs a supressão do incidente de uniformização de jurisprudência”.

Desse modo, esse mecanismo de julgamento, com inspiração no instituto de *Musterverfahren* alemão, almeja o fortalecimento de precedente surgido da decisão paradigma com o objetivo de garantir segurança jurídica impedindo, portanto, eventuais decisões contraditórias.

Assim, após analisar os procedimentos dispostos no projeto do Código de Processo Civil, foi possível verificar que a proposta legislativa, no intuito de promover a uniformidade jurisprudencial, pretende fortalecer e estruturar a sistemática dos precedentes judiciais. Por certo, cabe mencionar que tais medidas não impedem o aumento de demandas¹⁶⁵, no entanto, se conjugadas com mecanismos que buscam melhor organizar a atividade judiciária poderá proporcionar efetividade na prestação jurisdicional.

¹⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O projeto do CPC: críticas e propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.178.

¹⁶⁵ Para Ovídio Baptista a reformas processuais não são suficientes para conter o avanço de demandas. Para ele o sistema deve ser pensado com o fomento as atividades das juntas de conciliação e com a sistematização dos processos coletivos. (SILVA, Ovídio A. Baptista da. Processo e Ideologia: o paradigma racionalista. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.318-319)

CONCLUSÕES

Após realizada essa pesquisa, mostra-se possível apresentar importantes reflexões no que se refere a temática de inserção e aplicação dos precedentes judiciais no ordenamento brasileiro.

As constantes transformações sociais ocorridas na ordem jurídica nacional, como a abrangência de direitos fundamentais e a ampliação do acesso aos órgãos judiciários, geram crescente procura do jurisdicionado pelo exercício da jurisdição com demandas, que, muitas vezes, tratam de matéria sobre a qual já foi firmado entendimento sobre o tema. O excesso de lides na esfera judicial ocasionou a necessidade de serem repensados os modelos jurisdicionais, posto assim como as técnicas disponíveis para solução de conflito. Nesse sentido, é revelado aumento do poder de influência da atividade jurisdicional na resolução de questões jurídicas.

Desse modo, após analisar o contexto em que se formaram e desenvolveram o *Common Law* e o *Civil Law*, foi demonstrado que diversos fatores proporcionaram a aproximação entre as duas famílias, dentre as quais se pode destacar o constitucionalismo e os conceitos indeterminados e as cláusulas gerais.

Foi observado que, em grande parte dos países que adotam o *Common Law*, as leis são difundidas com certa facilidade, como ocorre nos Estados Unidos, país que tem várias normas decorrentes do processo legislativo. Esse fenômeno também é verificado nos países de *Civil Law*, como o caso do Brasil, em que existe um aumento do exercício jurisdicional, no sentido de interpretar e complementar a atividade desenvolvida pelo Poder Legislativo.

Ressalta-se que o estudo do direito comparado deve atender às peculiaridades de cada região, no entanto, com a globalização, existe uma convergência dos problemas verificados em cada sistema de modo a provocar a procura por auxílio no raciocínio desenvolvido por outros países para solução de tais questões. Assim, é perceptível a presença de institutos típicos do *Common Law* em sistema de países do *Civil Law*.

E sobre esse aspecto que a pesquisa observou uma tendência do direito brasileiro no amadurecimento de uma teoria de precedentes judiciais, e para isso, os operadores do Direito necessitam conhecer seus pontos fundamentais, desmistificando concepções superadas e erradas.

Para tanto, foi abordado a relação da definição de precedentes judiciais com a conceituação de decisão judicial, súmula e jurisprudência. Assim se pode verificar que o precedente é decisão que serve de referência para os julgamentos de casos semelhantes, diferente da Jurisprudência que é gênero da espécie precedentes, nem com súmula o qual não existe uma preocupação em analisar as circunstâncias que formam o caso semelhante.

Em seguida, se fez imperativo o estudo do processo de formação e aplicação dos precedentes judiciais presente nos países do *Common Law*. Compreender sua formação exige a delimitação das razões jurídicas (*ratio decidendi*) no qual servem efetivamente de fundamentos para sustentar o posicionamento na decisão paradigma, não se confundindo com argumentos que isoladamente são insuficientes para garantir sua precedência com casos semelhantes (*obiter dictum*). Cabe ressaltar que as razões de decidir necessitam ser atenciosamente analisadas para não se extrair conclusões incorretas.

Foi preciso também compreender o processo de superação dos precedentes, assim como sua força desempenhada na ordem jurídica. Constatou que, nos países adotantes de um sistema estruturado de respeito aos precedentes judiciais, existe a preocupação dos julgadores em justificar os motivos de se alterar uma tese paradigma aplicada em casos semelhantes. Aquele que julga deixa de utilizá-la em situações específicas, quando verificado o uso inadequado da *ratio decidendi*, ou quando o precedente for formado erroneamente ou não corresponder com a realidade social. Nesse âmbito, em qualquer das formas de superação, os magistrados devem realizar juízo de ponderação, a fim de que não ocorra mudanças bruscas e constantes na atividade jurisprudencial; busca-se preservar a confiança e tratamento igualitário nas relações jurídicas.

Ressalta-se que a análise da adoção de um sistema de precedentes judiciais deve partir do exame de fundamentos que são prestigiados na organização jurídica e que justificam a valoração desse instrumento. É nesse ponto que foi analisado, a importância dos precedentes como instrumento da segurança jurídica.

Nessa pesquisa verificou-se que a segurança jurídica é atendida quando se efetiva um estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito, compreendido como aquele em que se pode conhecer o que o ordenamento jurídico determina, proíbe ou permite (cognoscibilidade); permitindo confiar que os Poderes não frustrarão, de forma desleal, situações jurídicas já consolidadas e que as normas terão um mínimo de durabilidade (confiabilidade); além

de possibilitar calcular os prováveis resultados e o momento que ocorrerão mudanças normativas proporcionando ao cidadão adaptar-se as determinações das novas normas (calculabilidade).

Salienta-se que o administrador e o legislador tem papel fundamental na concretização da segurança jurídica. Quanto ao Poder Judiciário este deve buscá-la na uniformização dos seus julgados, a fim de que possa oferecer ao cidadão suficiente segurança.

Como observado, no sistema formado por distintos órgãos jurisprudenciais é perceptível o surgimento de decisões opostas para situações jurídicas semelhantes. Porém, o excesso de diferentes entendimentos quando existe posicionamento consolidado sobre a matéria reduz a credibilidade dos jurisdicionados com o sistema jurisprudencial. Ao solucionar lides, cabe ao juiz promover correta tutela judicial, garantindo que os que se encontram em situação semelhante recebam tratamento jurídico similar.

Sem dúvida, é perceptível que a existência de um sistema de precedente judicial, no qual determina a interpretação prevalente no Judiciário em específico contexto jurídico promove o estado de cognoscibilidade. Tal estado de segurança jurídica possibilita a redução do nível de indeterminação na interpretação da norma jurídica pelo cidadão que saberá a norma que será aplicada. Permite, portanto, ao jurisdicionado conhecer qual conduta é imposta, proibida ou permitida pelo Direito.

A oscilação de interpretação confunde o cidadão sobre qual sentido específica norma deve ser seguida e por isso a uniformidade de entendimentos judiciais alcançado com o precedente oferece ao jurisdicionado intelegibilidade e segurança ao conteúdo do Direito, ou seja, aquele que procura a tutela jurisdicional já conhecerá os limites de aplicação das normas, podendo-se comportar conforme essa interpretação normativa.

Também o precedente contempla o estado de confiabilidade, visto que a durabilidade dos entendimentos judiciais por ele promovido confere ao cidadão maior confiança nos órgãos jurisprudenciais, pois demonstra que juízes e tribunais respeitam a função uniformizadora das instâncias superiores e assim ao próprio ordenamento jurídico. Garante, com isso, que decisões consolidadas não sejam bruscamente alteradas ou desconsideradas pelos julgadores, situação esta gera descrédito do cidadão na prestação jurisdicional.

Já em relação ao estado de calculabilidade conferido pela segurança jurídica essa é efetivada pelo precedente em razão deste fixar, no procedimento de superação, a obrigatoriedade de justificar a mudança de entendimento, permitindo que o jurisdicionado calcule quando ocorrerá alterações interpretativas e assim possa se comportar conforme elas. Observou-se, ainda, que o precedente ao conferir julgamento uniforme para casos semelhantes admite que o cidadão possa calcular as consequências do julgado assemelhado, podendo ponderar sobre a propositiva ou não de demanda judicial.

Por esses motivos, os precedentes promovem os estados cognoscível, confiável e calculável e, com isso, proporciona segurança jurídica na prestação jurisdicional. Todavia a adoção do sistema de precedentes judiciais provoca acentuado debate a respeito da sua aplicação no ordenamento brasileiro.

Certamente, os operadores do Direito devem ter noção que o precedente necessita ser interpretado. Seria pretensioso considerar que tal instituto imprima certeza e imutabilidade. Desse modo, cabe ao julgador ponderar sua aplicação conforme o contexto social e fático em que foi elaborado o precedente e se a decisão modelo é adequada para utilização do caso em julgamento.

Nesse âmbito, não se desconsidera a dificuldade dos litigantes em separar as razões de decidir daquelas que não foram determinantes para o precedente, quando se quer demonstrar que existe identidade entre os fundamentos da tese paradigma com aquele caso similar. Para tanto, os órgãos devem esclarecer quais as razões que foram determinantes para se identificar a *ratio decidendi*. Importante que os órgãos judiciais no momento de superação dos precedentes equilibre entre a estabilidade de entendimento com a dinamicidade do ordenamento jurídico.

No intuito de se garantir maior segurança jurídica, uniformidade jurisprudencial e maior eficiência na prestação jurisdicional, vem sendo realizadas constantes reformas processuais no ordenamento jurídico brasileiro. E o que foi verificado nessas mudanças, foi a incorporação de instrumentos que procuram fortalecer os precedentes na prática jurídica nacional. Nesse sentido o Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil busca conferir maior respeito a aplicação dos precedentes judiciais pelos Juízes e Tribunais. Nesse aspecto é inevitável que seja apontado algumas verificações.

Mecanismos processuais adotados no Novo Código de Processo Civil como o Incidente de Resolução de Demandas repetitivas pretende proporcionar segurança jurídica e isonomia, uma vez que é requisito para a sua instauração o grave risco de gerar insegurança decorrente da existência de decisões contraditórias. Além disso, procura fortalecer a aplicação dos precedentes judiciais, isto porque consiste em formar decisão paradigmas para ser seguida por órgãos jurisdicionais, porém limita a incidência desse precedente aos processos suspensos.

Assim, os estudos realizados permitiram verificar que:

- 1) Apesar das diferenças existentes entre as famílias *Common Law* e *Civil Law*, no que se refere a sua formação, fonte de direito e como pensam os juristas de cada sistema; circunstâncias como o Constitucionalismo e a inserção de cláusulas gerais nos textos normativos, propiciam que os sistemas jurídicos originários de uma família adotasse procedimentos comumente usados em outra família;
- 2) Nesse aspecto, verificou-se que é possível a aplicação de precedentes judiciais no ordenamento brasileiro, desde que seja organizado em sistema compatível com a ordem jurídica brasileira;
- 3) Constatou-se que a definição de precedentes não pode ser confundido com os conceitos de jurisprudência, decisão judicial e súmula, já que o primeiro é decisão inicial de um órgão jurisdicional, o qual será referência para sentenças ou acórdãos de casos similares;
- 4) Foi observado, ainda, que no momento de aplicação do instituto se mostra necessário identificar a razão de decidir do julgamento paradigma, a fim de que seja individualizado dos argumentos não decisivos, visto que estes não irão influenciar no caso semelhante. Ademais, é fundamental que seja previsto mecanismos processuais que permitam a revogação e superação do precedente para que se garanta estabilidade ao ordenamento jurídico;
- 5) Constatou-se que, a utilização e estruturação dos precedentes judiciais, além de proporcionar uniformização judicial promove a segurança jurídica, uma vez que permite aos jurisdicionados saberem qual o entendimento vigente na jurisprudência conferindo, com isso, maior confiabilidade do cidadão na correta prestação jurisdicional;
- 6) Percebe-se, ainda, que com o intuito de sistematizar o uso dos precedentes judiciais na ordem jurídica nacional, o projeto de lei do Código de Processo Civil dispõe sobre

procedimentos que buscam valorar a atividade jurisprudencial como o que ocorre no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

Todavia, para que os precedentes judiciais possam cumprir sua função não basta ocorrer alteração de normas legislativas. É necessário que sejam coerentes com os princípios constitucionais e com a própria sistemática processual brasileira, garantindo o livre convencimento motivado e a possibilidade de superação do instituto quando for preciso.

Além do mais é fundamental que na atividade jurisprudencial juízes e Tribunais efetivamente respeitem seus próprios precedentes e àqueles formados por órgãos superiores. Também, aos operadores de Direito em geral, caberá conhecerem as regras básicas de aplicação e superação dos precedentes, razão pela qual a formação acadêmica deverá melhor capacitá-los para operar o Direito Jurisprudencial.

Por outro lado, deverão ser organizados e atualizados os repertórios jurisprudenciais com a disponibilização de informações suficientes para que se saiba a atual vigência de um precedente e quantidade de vezes que foi aplicado, a fim de ser garantido o amplo acesso a informação à comunidade jurídica.

De fato, para se alcançar maior grau de segurança jurídica é necessário que haja unidade na esfera jurisprudencial, pois o jurisdicionado terá maior credibilidade nas instituições judiciais. Desse modo, apesar das considerações realizadas, os precedentes judiciais garante que magistrados e tribunais apliquem as decisões consolidadas das Cortes Superiores, o que gera maior segurança nas relações jurídicas, dado que promove os estados de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito. Entretanto, mais importante do que sua adoção no sistema jurídico brasileiro é a prática de respeito na sua aplicação.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Arruda. Notas sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 191, jan. 2011.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. A proposta de um “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas”. *Processos coletivos*. Org. José Maria Tesheiner. Porto Alegre: HS Editora, 2012.
- ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- AVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2.ed. São Paulo: Malheiros editores, 2012.
- BOBBIO, Norberto. *La certezza Del Diritto é um mito? Rivista Intenazionale di Filosofia Del Diritto*, nº 28, 1951.
- _____, *et al.* *O positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Icone, 1999.
- BRASIL. Agravo Regimental nº 804574, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe: 16 set. 2011.
- BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Presidência. José Sarney. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. *Diário do Senado Federal*, 13 fev. 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2014.
- BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Presidência. Comissão de juristas responsáveis pela elaboração do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. *Diário do Senado Federal*, 13 fev. 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2014.
- BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L5869.htm>>. Acesso em: 29 ago. 2013.
- BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 8.046 de 2010**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/propmostrarintegra;PL+8046/2010>. Acesso em: 14 mar. 2014.
- BRASIL, Câmara dos Deputados. Repositório de notícias. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/.html>. Acesso em: 7 mar. 2014.

BRASIL. Câmara dos deputados. Projeto de Lei n. 8046, de 2010, oriundo do Senado Federal (Projeto de Lei do Senado n.166, de 2010). Reforma do Código de Processo Civil. parecer da Comissão Especial. Atividade Legislativa. Projeto e Matérias legislativas. Brasília, 8 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br/sileg/default.asp>>. Acesso em: 5 fev. 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Presidência. José Sarney. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Diário do Senado Federal, 13 fev. 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Presidência. Comissão de juristas responsáveis pela elaboração do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Diário do Senado Federal, 13 fev. 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2014.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: www.planalto.gov.br/legislação. Acesso em: 12 set. 2013

BUZAID, Alfredo. Uniformização de Jurisprudência. Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, v. 34, n. 139, jul. 1985.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Revista Panóptica, Vitória, v.1, n.6, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores?. Tradução de Carlos Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Revista EJE, Buenos Aires, v.2, 1973.

COSTA, Judith Martins. A boa fé no Direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon Press, 1991.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

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*, São Paulo, v.193, n. 36, mar. 2011.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER, Freddie Jr. Clausulas Gerais processuais. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 35, n. 187, jan 2010.

DIDIER, Freddie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Civil*. V.2. 5.ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio da Introdução a Ciência do Direito*. Saraiva, 2011.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 10 .ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

FARIA, Gustavo de Castro. Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas sob o enfoque do modelo participativo de processo coletivo. *Revista JAM jurídica*, Bahia, v.18, nº 2, fev. 2013.

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. *Neoconstitucionalismo e Súmula vinculante*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2012.

FONSECA, João Gustavo Henriques de Moraes; LOPES, Davidson Luis Braga; MACEDO, Gladson Bethônio Bernardes Rocha; MORATO, Alexandre Figueiredo; NASCIMENTO, Matheus Alves. Súmula vinculante e Incidente de Resolução de demanda repetitiva: respostas hermenêuticas à luz da teoria do preceito de Gadamer. *Revista do Instituto de hermenêutica jurídica*, Rio de Janeiro, v.9, nº 10, jan/dez. 2012.

FUX, Luiz. Carta ao Presidente do Senado Federal. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/pdf/cartilha1afase.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis: Vorazes, 2008.

GOODHART, Arthur L. *Determining the ratio decidendi of case. Essays in jurisprudence and common law*. Cambridge: University Press, 1931.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HABERMAS, Jurgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HANSFORD, Thomas G.; SPRIGGS II, James F. *The politics of precedent on the U.S Supreme Court*. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito do Direito. Tradução de Antonio de Oliveira Sette Camara São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____, *et al.* Problemas da Filosofia do Direito. Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia. Tradução de José Gihardi e Lenita Rimoli Estaves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

KNIFFIN, Margaret N. *Overruling Supreme Court precedents: anticipatory action by United States courts of appeals*. *Fordham Law Review*, 1982.

LACERDA, Rafaela, MIRANDA, Newton Rodrigues, NUNES, Dierle. O uso do precedente judicial na prática judiciária brasileira: uma perspectiva crítica. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 62, jan/jun 2013.

LIMA, Thiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOBO, Arthur Mendes; MORAES, João Batista de. Desafios e avanços do Novo CPC diante da persistente insegurança jurídica - a urgente necessidade de estabilização da jurisprudência. In: DELFINO, Lúcio (Coord.). *O futuro do Processo Civil no Brasil: uma análise crítica ao projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ no Estado Constitucional (Fundamentos dos Precedentes Obrigatórios no Projeto de CPC). *Revista Magister de Direito Civil e de Processo Civil*, Porto Alegre, v.53, mar./abr. 2013.

_____, *et al.* Precedentes obrigatórios. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2013.

MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. Precedentes e vinculação: instrumentos do *stare decisis* e prática constitucional brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 241, jul/set 2005.

MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. Revista AJURIS, Porto Alegre, nº 103, 2006.

MERRYMAN, John Henry. La tradición Jurídica Romano-Canónica. Tradução de Carlos Sierra. 2 .ed. México: FCE, 1989.

_____, et al. *The civil Law tradition: introduction to the legal systems of European and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 2009.

MOORE, Michael. *Precedent, Introduction, and Ethical Generalization*, em *Precedent Law*, Oxford, Clarendon Press; New York, Oxford University Press: Lawrence Goldstein, 1987.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos: um enfoque comparativo. Tema de Direito Processual. Nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

OTHARAN, Luiz Felipe. Incidente de Resolução de demandas repetitivas como alternativa as ações coletivas: notas de direito comparado. Revista jurídica, v.59, n. 402, abr. 2011.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Os princípios e as garantias fundamentais no Projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 12 do Projeto de Lei nº 166/2010. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Rio de Janeiro, v.6, n.4, jul/dez. 2010.

PINTO, Pedro Duarte. O sistema de precedentes no novo Código de Processo Civil e suas possíveis repercussões no diálogo do poder judiciário com os demais poderes. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Rio de Janeiro, v.12, n.7, jul/dez. 2013.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROSSI, Júlio Cesar. O precedente a brasileira: Súmula vinculante e o Incidente de resolução de demandas repetitivas. Revista de Processo, São Paulo, n.20, jul/2012.

SCHAUER, Frederick. *Precedent*; 39 *stanford Law Review* 571, 1987.

SELLERS, Mortiner N. S. *The doctrine of precedent in the United States of America*. In: *XVIIth. Congress International Academy of Comparative Law, Utrecht, 16-22 July 2007*. Bruxelas: Bruylant, 2007.

SÉROUSSI, Roland. Introdução ao Direito Inglês e Norte americano. São Paulo: Editora Landy, 2001.

SESMA, Victoria. *El Precedente em el common Law*. Madrid: Civitas, 1995.

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

SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: tutela coletiva ou padronização do processo? Revista SJRJ, Rio de Janeiro, v.18, nº 32, dez. 2011.

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

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do precedente judicial à súmula vinculante. Curitiba: Juruá, 2007.

TARUFFO, Michele. Icebergs do *Common Law* e *Civil Law*? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação. Revista de Processo, ano 35, nº 181, mar. 2010.

_____, *et al.* Precedente e giurisprudenza. Nápoles: Editoriale Scientifica, 2007.

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.

WRITTAKER, Simmon. *Precedent in the law: a view from the citadel*. In: *XVIIth. Congress International Academy of Comparative Law, Utrecht, 16-22 July 2007*. Bruxelas: Bruylant, 2007.

VIAFORE, Daniele. As semelhanças e as diferenças entre o procedimento-modelo alemão *Musterverfahren* e a proposta de um "Incidente de Resolução de Demandas repetitivas" no PL 8.046/2010. Revista de Processo, São Paulo, v.38, n.36, mar. 2013.

