

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Luciana Robles de Almeida

COISA JULGADA E PRECEDENTE:  
entre segurança jurídica, indeterminação do direito e irretroatividade das decisões

Porto Alegre  
2017

LUCIANA ROBLES DE ALMEIDA

**COISA JULGADA E PRECEDENTE:  
entre segurança jurídica, indeterminação do direito e irretroatividade das  
decisões**

Trabalho de conclusão de curso  
apresentado à Universidade Federal do Rio  
Grande do Sul como requisito parcial para  
obtenção do título de Bacharel em Ciências  
Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Mitidiero

Porto Alegre  
2017

LUCIANA ROBLES DE ALMEIDA

**COISA JULGADA E PRECEDENTE:  
entre segurança jurídica, indeterminação do direito e irretroatividade das  
decisões**

Trabalho de conclusão de curso  
apresentado à Universidade Federal do Rio  
Grande do Sul como requisito parcial para  
obtenção do título de Bacharel em Ciências  
Jurídicas e Sociais.

Aprovado em:      de julho de 2017.

BANCA EXAMINADORA:

---

Prof. Dr. Daniel Mitidiero

---

Prof. Dr. Klaus Cohen Koplin

---

Prof. Dr. Sérgio Luís Wetzel de Mattos

Aos meus pais,  
meus verdadeiros *precedentes*.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Professor Daniel Mitidiero, por toda a orientação, entusiasmo e incentivo demonstrados desde o ano de 2014, e, especialmente, durante a elaboração deste trabalho.

A todos os meus Professores, sem cuja contribuição este trabalho seria inviável.

*“Vivo sempre no presente. O futuro, não o conheço. O passado, já não o tenho.  
Pesa-me um como uma possibilidade de tudo, o outro como a realidade de nada.  
Não tenho esperanças nem saudades.”*

*(PESSOA, 1997, p. 129)*

## RESUMO

Este trabalho versa sobre a relação entre coisa julgada e precedente judicial. A partir de uma concepção argumentativa do direito e dinâmica da segurança jurídica, distinguem-se coisa julgada e precedente em duas perspectivas: sincrônica e diacrônica. Em uma perspectiva sincrônica, a decisão qualificada pela autoridade da coisa julgada deve se orientar conforme o precedente. Em uma perspectiva diacrônica, verifica-se um conflito, que, no entanto, é aparente, na medida em que se propõe a harmonização entre os dois institutos, por meio da não retroatividade do precedente.

**Palavras-chave:** Processo Civil. Coisa julgada. Precedente judicial. Segurança jurídica. Retroatividade.

## ABSTRACT

The present study analyzes the relation between *res iudicata* and judicial precedents. From an argumentative conception of Law as well as from a dynamic conception of legal certainty, it is possible to distinguish *res iudicata* and judicial precedentes in two perspectives: synchronic and diachronic. In a synchronic perspective, the *res iudicata* must follow the precedent. In a diachronic perspective, there is a conflict which is, nevertheless, merely apparent, as both legal institutes can be harmonized through the non retroactivity of judicial precedents.

**Key words:** Civil Procedure. *Res iudicata*. Judicial precedents. Legal certainty. Retroactivity.



## SUMÁRIO

Introdução.....	8
-----------------	---

### Parte I

#### A Jurisdição entre Declaração e Reconstrução e o seu Reflexo no Princípio da Segurança Jurídica

1. A Interpretação Jurídica entre a Declaração e a Reconstrução: do Texto à Norma.....	10
2. A Segurança Jurídica entre a Declaração e a Reconstrução.....	26

### Parte II

#### Precedente e Coisa Julgada como Expressões do Princípio da Segurança Jurídica

1. A Relação entre o Precedente, a Coisa Julgada e a Segurança Jurídica: uma Visão Harmônica.....	46
2. A Relação entre o Precedente, a Coisa Julgada e a Segurança Jurídica: uma Aparente Antinomia?.....	68
Considerações finais.....	84
Referências bibliográficas.....	85

## Introdução

Este trabalho versa sobre a relação entre precedentes judiciais e a regra constitucional da coisa julgada, delineada no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal. Inicialmente, tem-se que ambos os institutos consistem em expressões da segurança jurídica, no que concorrem, cada um à sua maneira, à promoção de fins do direito, quais sejam, a liberdade e a igualdade.

Entende-se que o respeito aos precedentes é imprescindível a um sistema jurídico realmente interessado na promoção da tutela adequada e efetiva dos direitos, porquanto constitui meio pelo qual a ordem jurídica ganha coerência, torna-se segura e capaz de promover o respeito à igualdade de todos perante o Direito. Em linhas gerais, respeitar precedentes significa, enquanto discurso voltado à tutela dos direitos em uma dimensão geral, outorgar ao sistema de distribuição de justiça maior certeza e segurança jurídica, além de cognoscibilidade normativa e possibilidade de confiança no passado.

Ocorre que não só por meio da aplicação dos precedentes é possível conferir certezas – afinal este é um fim relevante do Direito como um todo. No que tange à tutela dos direitos em dimensão particular, o instituto destinado a atingir esse objetivo é o da coisa julgada. Trata-se de técnica jurídica por meio da qual decisões de mérito proferidas pelo Poder Judiciário tornam-se indiscutíveis (e, portanto, estáveis). Se, ao longo do processo, busca-se o desfecho mais justo, depois de prolatada a sentença, privilegia-se o valor estabilidade. A coisa julgada é indiferente ao conteúdo de um julgado, por mais questionável que este possa ser. Premente é pôr fim às discussões judiciais de modo definitivo, com vistas à estabilidade social.

A Parte I deste trabalho versa sobre as premissas: a uma, a teoria da interpretação e, a duas, os reflexos desta no conceito de segurança jurídica. Nesta parte, pretende-se sublinhar que o direito é considerado uma atividade argumentativa, dependente do processo de interpretação. Essa concepção de direito repercute no conceito de segurança jurídica, que, nessa perspectiva, deve ser compreendida como segurança do procedimento lógico-argumentativo que conduz

ao significado normativo.

Como objetivo, este trabalho busca identificar uma conciliação entre a teoria dos precedentes judiciais e a teoria da coisa julgada, estudando-se em que medida a modificação de um precedente, no plano geral, pode afetar a norma jurídica que se tornou indiscutível, no plano particular. Sobre os objetivos, refere-se a Parte II, em que se procura demonstrar como a coisa julgada e o precedente são ambas expressões do princípio da segurança jurídica, aptos a promover a liberdade dos indivíduos. Perpassa por essa problemática a tentativa de se conjugar, de um lado, a necessidade de mudança no Direito (indissociável de seu processo de evolução) e, de outro, o respeito à estabilidade da decisão prolatada em observância ao Direito à sua época vigente.

A metodologia utilizada compreende revisão bibliográfica, e posterior estudo de um precedente prolatado pelo Supremo Tribunal Federal ao qual tentar-se-á aplicar o conteúdo aprendido. Foi selecionado, para tanto, o Recurso Extraordinário nº 590.809/Rio Grande do Sul, relatado pelo Ministro Marco Aurélio Mello e julgado em outubro de 2014.<sup>1</sup> Tendo como plano de fundo para o debate, precisamente, os princípios da segurança jurídica e da estabilidade das relações sociais, referida decisão trata do cabimento de ação rescisória que visa a desconstituir julgado com base na nova orientação do Tribunal.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 590.809/RS. Relator Min. Marco Aurélio Mello. Publicado em 24/11/2014.

## **Parte I. A Jurisdição entre Declaração e Reconstrução e o seu Reflexo no Princípio da Segurança Jurídica**

### **1. A Interpretação Jurídica entre a Declaração e a Reconstrução: do Texto à Norma**

A primeira premissa de que parte esse trabalho diz respeito ao conceito de interpretação jurídica. Isso se justifica diante da repercussão do tema no modo como o direito é produzido e efetivado e, em específico, na promoção da tutela dos direitos,<sup>2</sup> que é um dos fins do Processo Civil no Estado Constitucional.<sup>3</sup>

Desde já, adianta-se que nesse estudo adota-se uma perspectiva cética da interpretação jurídica, em sua versão lógico-argumentativa. A fim de justificar essa escolha, este capítulo é dedicado a uma análise sobre o significado de interpretação, partindo-se da evolução experimentada pelo conceito a partir do século XIX, para, após, optar-se pela posição referida.

O tema da interpretação é relevante precisamente porque a aplicação do Direito depende de processos discursivos e institucionais sem os quais ele não se torna realidade.<sup>4</sup> No âmbito da teoria da interpretação, pode-se afirmar que há pelo menos dois grandes modelos: o cognitivismo (ou formalismo) interpretativo e o ceticismo (ou antiformalismo) interpretativo. Essas teorias, não obstante contenham variantes, carregam consigo diferentes concepções acerca do próprio significado do Direito e, também em razão disso, aportam consequências diversas para o modo como este se aplica e se efetiva.<sup>5</sup>

O termo interpretação é um vocábulo multiuso, capaz de denotar objetos distintos e, inclusive, heterogêneos, bem como de assumir diferentes significados a

---

<sup>2</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P. 13 e 15

<sup>3</sup> Sobre o tema, v. MITIDIERO, Daniel. **A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado Constitucional**. Revista de Processo. v. 229 p. 51-74, mar. 2014.

<sup>4</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** (2003). 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. P. 44.

<sup>5</sup> No mesmo sentido, refere Michel Troper: “Quer descritivas, quer normativas, as teorias se opõem em muitos pontos, em particular sobre a natureza da significação atribuída à coisa, sobre a de seu objeto e de seus métodos ou ainda sobre as consequências que comportam para a compreensão do sistema jurídico”. (TROPER, Michel. **A filosofia do direito**. Tradução Ana Deiró. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 123)

dependem do tipo de objeto sobre o qual recai a atividade interpretativa.<sup>6</sup> Refere Guastini que interpretar textos significa “atribuir significado a algum fragmento de linguagem”, sejam vocábulos, sejam sintagmas, sejam enunciados.<sup>7</sup> Por sua vez, a interpretação jurídica se insere no gênero da interpretação textual e denota ou a atividade de constatar ou decidir o significado de algum documento ou texto jurídico, ou o resultado ou produto dessa atividade, isto é, o próprio significado.<sup>8</sup>

Assim, referir-se a “interpretação” pode dizer respeito tanto à interpretação como atividade, quanto à interpretação como resultado dessa mesma atividade. Enquanto atividade, a interpretação é um processo mental; enquanto resultado, um discurso.<sup>9</sup>

Em linhas gerais, esse é o conceito de interpretação que se adota neste trabalho, a partir de uma concepção argumentativa do direito. Antes de se abordar propriamente o que se entende por tal, é conveniente referir, ainda que de modo sucinto, como se desenvolveu, a partir do século XIX, o panorama teórico que culminou na teoria que aqui se assume.

Na ciência do direito do século XIX,<sup>10</sup> no contexto do Estado Liberal de Direito, preponderava uma concepção objetivista do Direito, marcada pelo quadro teórico do positivismo clássico.<sup>11</sup>

Amplamente, o termo positivismo é equívoco e designa tanto a doutrina de Auguste Comte quanto aquelas que a esta se assemelham ou se conectam.<sup>12</sup> Animado do propósito de dar à filosofia uma certeza igual àquela que as ciências exatas possuem ou pretendem possuir, Comte propõe que a Filosofia é algo inseparável do saber empírico e positivo.<sup>13</sup> Segundo ele, dever-se-ia reconhecer a

---

<sup>6</sup> GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Giuffrè: Milano, 2011. p. 3.

<sup>7</sup> GUASTINI, **Interpretare e argomentare**, p. 3.

<sup>8</sup> GUASTINI, **Interpretare e argomentare**, p. 7.

<sup>9</sup> GUASTINI, **Interpretare e argomentare**, p. 14.

<sup>10</sup> Notadamente, de 1830 a 1880, v. GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito** (1979). 7. ed. Tradução António Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2013. p. 516.

<sup>11</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário** (2011). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 158.

<sup>12</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A ciência do direito** (1977). 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 33

<sup>13</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do direito** (1953). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 12.

impossibilidade de atingir as causas imanentes e criadores dos fenômenos, aceitando os fatos e suas relações recíprocas como o único objeto possível da investigação científica.<sup>14</sup>

Consequentemente, predomina no positivismo a explicação causal, a preferência dada às ciências experimentais, a confiança (exclusiva) nos conhecimentos dos fatos, a crença no determinismo, o estreitamento na margem de mutabilidade da natureza humana e a negação da liberdade da vontade, uma vez que os fenômenos vitais humanos deveriam ser explicados a partir de suas “causas sociológicas”.<sup>15</sup>

O positivismo jurídico consiste em uma tentativa de adaptação do positivismo filosófico ao domínio do direito.<sup>16</sup> Pretendia-se, com essa teoria, criar uma ciência jurídica a partir dos métodos das ciências naturais, notadamente a objetividade da observação e da experimentação.<sup>17</sup> Assim, por exemplo, se físicos e químicos podem concluir pela verdade ou falsidade de uma proposição a partir de procedimentos lógicos, propôs-se que também os juristas poderiam sempre chegar a um resultado correto ou falso por meio da descrição do direito positivo. A aspiração, por assim dizer, dos positivistas do século XIX, era elevar a ciência jurídica ao nível das ciências da natureza.<sup>18</sup>

O positivismo jurídico, contudo, não foi apenas uma tendência científica: atrelava-se também à necessidade de segurança da sociedade burguesa,<sup>19</sup> preocupada em frear os desmandos do regime absolutista antecedente.<sup>20</sup>

---

<sup>14</sup> FERRAZ JR., **A ciência do direito**, p. 33.

<sup>15</sup> FERRAZ JR., **A ciência do direito**, p. 33.

<sup>16</sup> FERRAZ JR., **A ciência do direito**, p. 36.

<sup>17</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil** (2015). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 1. p. 34.

<sup>18</sup> FERRAZ JR., **A ciência do direito**, p. 38

<sup>19</sup> FERRAZ JR., **A ciência do direito**, p. 34. Nesse sentido, explica Canotilho: “A economia capitalista necessita de segurança jurídica e a segurança jurídica não estava garantida no Estado Absoluto, dadas as frequentes intervenções do príncipe na esfera jurídico-patrimonial dos súbditos e o direito discricionário do mesmo príncipe quanto à alteração e revogação das leis. Ora, toda construção constitucional liberal tem em vista a certeza do direito. O laço que liga às leis gerais as funções estaduais protege o sistema da liberdade codificada do direito privado burguês e a economia do mercado”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição** (1941). 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 109)

<sup>20</sup> MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, **Curso de Processo Civil**, v.1. p. 27.; WAMBIER, Teresa

O período anterior à Revolução Francesa caracteriza-se pelo enfraquecimento da justiça, mediante o arbítrio inconstante do poder da força, provocando a insegurança das decisões judiciais.<sup>21</sup> Os cargos de juiz, vale referir, não só eram hereditários, como também podiam ser comprados e vendidos.<sup>22</sup> Os magistrados eram comprometidos com o poder feudal a ponto de se recusarem a admitir quaisquer inovações legislativas que pudessem prejudicar o regime.<sup>23</sup>

Assim, havia um “bom motivo para não dar aos juizes o poder de interpretar as normas”,<sup>24</sup> e a Revolução Francesa pretendeu, justamente, proibi-los de interpretá-las.<sup>25</sup> É claro que se trata de uma utopia, como em toda revolução.<sup>26</sup> O que se pretende destacar, contudo, é que, como consequência da necessidade de

---

Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law.** Revista de Processo. v. 172. p. 121-174. jun. 2007. p. 4

<sup>21</sup> FERRAZ JR., **A ciência do direito**, p. 35. No ponto, Gilissen retoma esta interessante passagem de Laurent, o defensor mais aguerrido da Escola da Exegese: “o direito é uma ciência racional”; o juiz não pode ‘desobedecer à letra da lei sob o pretexto de penetrar no seu espírito’; ‘os códigos nada deixam ao arbítrio do intérprete; este já não tem por missão fazer o direito, pois o direito está feito. Acabou a incerteza: o direito está escrito nos textos autênticos’”. (GILISSEN, **Introdução histórica ao direito**, p. 517).

<sup>22</sup> “O que os fazia supor que o cargo de magistrado deveria ser usufruído como uma propriedade particular, capaz de render frutos pessoais”, aponta Marinoni. Nascido em uma família de magistrados, Montesquieu herdou o cargo ao qual renunciou e denunciou as relações espúrias dos juizes com o poder, idealizando a teoria da separação dos poderes. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios** (2010). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 51).

<sup>23</sup> MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, **Curso de Processo Civil**, v.1, p. 30; A propósito: FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito** (1988). 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 245.

<sup>24</sup> MARINONI, **Precedentes obrigatórios**, p. 58.

<sup>25</sup> Explica Marinoni: Sendo a legislação clara e completa, os juizes poderiam simplesmente aplicá-la, sem ter de estender ou limitar seu alcance. Caso houvesse um conflito, obscuridade ou falta de lei, o magistrado deveria se reportar ao Poder Legislativo, apresentando uma questão, para realizar “interpretação autorizada” (Marinoni, **Precedentes obrigatórios**, p. 59). Assim, prescrevia a Lei Revolucionária de 16 de agosto de 1790: “*Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture*” (Título II, art. 10); “*Ils ne pourront point faire de règlements, mais ils s'adresseront au corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle*” (Título II, art. 12); “*Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions*” (Título II, art. 13). Texto original da Lei Revolucionária de 16 de agosto de 1790 (publicada em 24 de agosto de 1790) disponível em: <<http://mhttp://mafr.fr/fr/article/lois-des-16-et-24-aout-1790-sur-lorganisation-judi/afr.fr/fr/article/lois-des-16-et-24-aout-1790-sur-lorganisation-judi/>>; <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000704777>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

<sup>26</sup> MARINONI, **Precedentes obrigatórios**, p. 58

segurança, impôs-se aos juristas a valorização do preceito legal,<sup>27</sup> erigindo-se como fundamento o princípio da legalidade.<sup>28</sup> Para se desenvolver um direito novo, tornou-se imprescindível limitar a atividade do Judiciário, subordinando-o de forma rígida ao Parlamento, cujos hábitos deveriam representar os anseios do povo.<sup>29</sup>

Com isso, a lei passou a constituir o critério de identificação do Direito,<sup>30</sup> na medida em que só seria direito, segundo a concepção da época, o direito positivo,<sup>31</sup> isto é, válido e vigente em algum tempo e lugar, limitado a um círculo de sujeitos e individualmente determinado.<sup>32</sup> A lei também passou a vincular a ação dos agentes públicos, já que, contra ela, a administração e os juízes não poderiam invocar direitos nem razão pública.<sup>33</sup>

Em linhas gerais, o positivismo jurídico apresenta características particularmente notáveis. Em primeiro lugar, no campo da interpretação do direito, a doutrina do cognitivismo; no campo da aplicação do direito, a doutrina do logicismo.<sup>34</sup>

---

<sup>27</sup> FERRAZ JR., **A ciência do direito**, p. 35.

<sup>28</sup> MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, **Curso de Processo Civil**, v.1, p. 27. A doutrina legalista considera que todo o direito está na lei. “Só o legislador, agindo em nome da nação soberana, tem o poder de elaborar o direito. Não pode, portanto, existir outra fonte de direito senão a lei. ‘Não conheço o direito civil; apenas ensino o *Code Napoléon*’, teria dito o professor Bugner.” (GILISSEN, **Introdução histórica ao direito**, p. 516).

<sup>29</sup> Grote Rainer, citado por Marinoni, **Precedentes obrigatórios**, p. 53. Como explica Teresa Wambier: “se as decisões judiciais fossem baseadas na lei, garantir-se-ia que a vontade do povo estaria sendo cumprida”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**, p. 4).

<sup>30</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**, v.1, p. 29.

<sup>31</sup> Ferraz Jr. aponta para a existência de um sentido filosófico e de um sentido sociológico de positividade. No sentido filosófico, positividade designa o ato de estabelecer direito por força de um ato de vontade, isto é, decisório, pela autoridade constituída. “Todas as valorações, regras e expectativas de comportamento na sociedade, nessa perspectiva, têm de ser filtradas através de processos decisórios antes de adquirir validade jurídica”. Assim, “direito positivo é não só aquele posto por decisão, mas, além disso, aquele cujas premissas da decisão que o põem também são postas por decisão”. No sentido sociológico, positividade é um fenômeno que “será representado pela crescente importância da lei votada pelos parlamentos como fonte do direito”. A redução do jurídico ao legal culminou, no século XIX, no chamado legalismo. (FERRAZ JR., **Introdução ao estudo do direito**, p.74).

<sup>32</sup> FERRAZ JR., **A ciência do direito**, p. 35.

<sup>33</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**, v.1, p. 27.

<sup>34</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**, v.1, p. 47.



Com relação à primeira: o positivismo jurídico propõe-se à mera observação e descrição da norma, por isso é considerado uma ciência cognoscitiva ou explicativa de um objeto, que, no caso, é o direito positivo.<sup>35</sup> Entendia-se que a função da atividade interpretativa era tão somente conhecer o significado intrínseco do texto legal, em ato de puro conhecimento, declarando-o para a solução do caso concreto.<sup>36</sup>

Nessa perspectiva, o texto continha a norma – caberia ao intérprete tão somente revelá-la. Toda a norma tem um significado intrínseco, implícito, objetivamente dado. Dúvidas acerca da interpretação ou da existência de mais de um significado atribuível ao mesmo enunciado normativo se resolvem por meio da individualização do verdadeiro significado e desconsideração dos demais, que, logo, são falsos.<sup>37</sup> O resultado dessa atividade cognitiva é único,<sup>38</sup> exato e necessariamente correto, atingido por meio de métodos interpretativos, como a vontade do legislador.<sup>39</sup> Em resumo, o direito envolve um problema semântico; e a interpretação, uma atividade objetivista.<sup>40</sup>

No Brasil, há setores da doutrina alinhados à perspectiva declaratória da interpretação.<sup>41</sup> Há também quem reconheça a interpretação como uma forma de

---

<sup>35</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**, v.1, p. 35.

<sup>36</sup> “O “poder de julgar” é exercido através uma atividade puramente intelectual e não produtiva de “direitos novos”. Essa atividade não é apenas limitada pela legislação, mas também pela atividade executiva, que, objetivando a segurança pública, abarca igualmente a atividade de execução material das decisões que constituem o “poder de julgar””. MARINONI, **Precedentes obrigatórios**, p. 54.

<sup>37</sup> Como é uma função de conhecimento, a operação pode ou não ser bem sucedida, e seu produto pode ser uma proposição verdadeira ou falsa. Todavia, para um dado enunciado, não há senão uma boa interpretação. V. TROPER, Michel. **La philosophie du droit** (2003), 3. ed. Paris: PUF, 2014, p. 53.

<sup>38</sup> Por força de uma relação necessária entre as palavras e seus significados. V. TROPER, **La philosophie du droit**, p. 53.

<sup>39</sup> Explica Troper: “a interpretação é frequentemente concebida como a intenção do autor do enunciado, mas ela também é frequentemente concebida como a função objetiva que deve preencher a norma no sistema jurídico ou no sistema social” (TROPER, **La philosophie du droit**, p. 53).

<sup>40</sup> ÁVILA, **Segurança Jurídica**, P. 158.

<sup>41</sup> V. DINAMARCO: “As sentenças judiciais limitam-se a revelar essas situações criadas pela vida e regidas pelo direito material, eliminando dúvidas e valendo como palavra final a respeito (coisa julgada). Elas não criam situações jurídicas novas. Direitos e obrigações preexistem ao processo. (...) o trabalho do juiz consiste apenas (a) na busca da verdade dos fatos através da prova, (b) no enquadramento desses fatos no modelo genérico definido em lei (fattispecie) e (c) na explicitação e efetivação da norma concreta emergente da ocorrência do fato concreto. Mesmo nos casos em que o

“revelação do direito”.<sup>42</sup> O juiz “declara” o que é “de direito” no caso concreto,<sup>43</sup> sendo as leis “susceptíveis de apreensão intelectual”.<sup>44</sup> A jurisprudência é tida como uma “fonte interpretativa da lei”,<sup>45</sup> não se enquadrando como “fonte de direito”, mas como um tipo de costume, “o costume jurisprudencial”.<sup>46</sup> Não obstante, admitiu-se que interpretar significa “selecionar possibilidades comunicativas da complexidade discursiva”<sup>47</sup> e que “a maioria dos símbolos [nomes ou predicadores] da língua natural é semanticamente vaga e ambígua”.<sup>48</sup> Ainda, sublinhou-se a importância não propriamente do texto, “o signo verbal da norma”, já que possui “elasticidade semântica”, mas sim da sua significação, isto é, do seu “conteúdo significativo”.<sup>49</sup>

---

juiz *constitui* alguma situação nova, postulada pela parte (...), o direito à modificação jurídica operada pelo juiz preexiste à sentença. (...) As normas processuais ditam critérios para a descoberta dos fatos relevantes e revelação da norma substancial concreta emergente deles (...). Do juiz espera-se a fiel e correta revelação das normas substanciais concretas, partindo do texto das leis e valendo-se de critérios racionais e realistas para a interpretação legítima e socialmente adequada. Seu raciocínio parte de normas gerais, assim pesquisadas, e chega à norma do caso concreto, que ele próprio não cria mas é derivação daquelas.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil** (2001). 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 1. p. 44-45); Ainda: “(...) não se deve inserir no *iter* de produção da norma concreta a atividade do intérprete – seja este o juiz ou os próprios interessados, o árbitro, ou quem quer que seja. Não se nega a inserção destes na experiência jurídica nem se discute a validade da interpretação do binômio *fato-norma* segundo os cânones éticos da sociedade atual. O ponto importante a se fixar é que o intérprete já encontra uma norma concreta e sua atividade é meramente receptiva (...) de modo que lhe cabe apenas *investigar* a verdade dos fatos *ocorridos*, (...) além de esclarecer qual o sentido *atual* da norma (...) a norma concreta *brotou* do encontro do fato com a norma. E ser fiel a essa realidade é um dever de todo intérprete (...) ocorre a concretização da norma, *i.e.*, a sua *aplicação* ao caso concreto, não só independentemente da inserção do intérprete mas também independentemente da opinião dos próprios sujeitos da relação jurídica e do seu comportamento (...)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno** (1986). 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 83-86).

<sup>42</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito** (1973). 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 127. Fala-se também em “função reveladora” exercida pela jurisprudência, à p. 128.

<sup>43</sup> REALE, **Lições preliminares de direito**, p. 128.

<sup>44</sup> A propósito, nem sempre as leis são susceptíveis de uma única apreensão intelectual. É interessante notar que se admite a “criação normativa” por parte do juiz em casos específicos: quando o juiz “conecta dispositivos até então considerados separadamente, ou, ao contrário, mediante a separação de preceitos por largo tempo unidos entre si”, ou quando o juiz decide por equidade. Em outra passagem: “a nosso ver, o juiz constitui norma para o caso concreto toda vez que houver lacuna na lei, assim como nos casos em que lhe couber julgar por equidade” (REALE, **Lições preliminares de direito**, p. 127-128)

<sup>45</sup> FERRAZ JR., **Introdução ao estudo do direito**, p. 246.

<sup>46</sup> FERRAZ JR., **Introdução ao estudo do direito**, p. 244.

<sup>47</sup> Ferraz Jr. refere ainda que “toda interpretação é contingente”, devendo ser “controlada”, do contrário “a fala não se realiza”. FERRAZ JR., **Introdução ao estudo do direito**, p. 260.

<sup>48</sup> FERRAZ JR., **Introdução ao estudo do direito**, p. 258.

<sup>49</sup> REALE, **Lições preliminares de direito**, p. 128.

Uma vez identificada e declarada a norma, por meio da atividade interpretativa, seguia-se à sua aplicação, que representava um meio de conexão entre o caso concreto e a norma jurídica. Essa aplicação tinha caráter lógico-dedutivo e operava por meio do silogismo. Assim, o raciocínio jurídico seria caracterizado por uma premissa maior, a diretiva legal genérica, que conteria uma premissa menor, o caso concreto, sendo a conclusão a manifestação do juízo.

Como o método interpretativo é lógico-dedutivo e exclui toda e qualquer valoração e escolha discricionária do intérprete, o juiz interpreta a norma para declarar seu significado pré-existente, sem, contudo, realizar escolhas valorativas, apenas aplicando a norma dedutivamente ao fato. Daí se afirmar que as sentenças judiciais não constituíam *decisões*: quem decidia era a lei, não o juiz. Tratava-se, em verdade, um modelo de supremacia do Direito de legislação sem jurisdição.<sup>50</sup>

É importante referir que, na concepção positivista, o sistema seria fechado – não haveria lacunas. Isso enfatiza o seu caráter lógico-normativo, na medida em que a totalidade tende a fechar-se em si mesma,<sup>51</sup> devendo as lacunas serem corrigidas não por criação de uma nova norma, mas pela redução do caso à lei superior na hierarquia lógica. Desse modo, todas as lacunas seriam, com efeito, aparentes, afinal as leis de amplitude genérica maior contêm logicamente as outras.<sup>52</sup> Por desdobramento de conceitos e normas abstratas, da generalidade para singularidade, ter-se-ia uma totalidade fechada e acabada.

Como apenas descreve a norma, o jurista positivista não produz o direito. Aliás, tampouco preocupava-se com o conteúdo da norma, pois a validade desta dependia apenas da observância do procedimento estabelecido para sua produção. O importante era relacionar o caso, sem a necessidade de sua compreensão, com a norma geral, cujo conteúdo era claro e indiscutível.<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, **Curso de Processo Civil**, v.1, p. 47 e 100.

<sup>51</sup> Sobre o ponto: “[Os juristas] Isolavam o *Code civil* – e também os outros códigos – do meio social no qual ele tinha nascido e no qual ele devia ser aplicado; consideravam-no em si, como um todo, do qual eles deviam deduzir por via de raciocínio todas as soluções teoricamente possíveis. Método, portanto, puramente dogmático, baseado na análise exegética dos textos legais.” GILISSEN, **Introdução histórica ao direito**. p. 516.

<sup>52</sup> FERRAZ JR., **A ciência do direito**, p. 36.

<sup>53</sup> MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, **Curso de Processo Civil**, v.1, p. 35 e 100.

O poder da jurisdição, nessa perspectiva, limitava-se à declaração da norma legal.<sup>54</sup> Não por outra razão, Montesquieu assinalou que o poder de julgar era “*en quelque façon, nulle*” (“de certa maneira, nenhum”).<sup>55</sup> Os juízes deveriam apenas afirmar o que já havia sido dito pelo Poder Legislativo, partindo da premissa de que o direito se resume à lei, e, por conseguinte, a tarefa de criação do Direito, cabe exclusivamente ao Poder Legislativo.<sup>56</sup>

No que tange à separação dos poderes, é certo que o Poder Legislativo encontrava-se em posição de preponderância em relação ao Judiciário, que, afinal, era visto com desconfiança. Ao primeiro, o poder político por excelência, era permitido criar o direito. Ao último, neutralizado politicamente,<sup>57</sup> era permitido apenas “dizer as palavras da lei”, por uma questão, também, de segurança jurídica.<sup>58</sup>

Nesse particular, é interessante sublinhar a íntima relação entre o princípio da legalidade, enquanto fundamento do sistema, e o princípio da liberdade, enquanto necessidade e objetivo do Estado Liberal de Direito. De um lado, a lei limitava e vinculava a atividade da Administração Pública, à qual era defeso interferir nas relações privadas sem determinação legal; de outro, qualquer intervenção do Estado, sem que a lei houvesse sido violada, seria considerada um atentado à liberdade individual.<sup>59</sup>

Mais do que isso, o desenvolvimento da sociedade em meio à liberdade, bem como a própria manutenção da liberdade, estavam condicionadas à existência de certeza do direito. E, no contexto do Estado Liberal, certeza do direito era entendida

---

<sup>54</sup> MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, **Curso de Processo Civil**, v.1, p. 100.

<sup>55</sup> “*Des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque façon nulle*” Citação a partir de TROPER, Michel. **La séparation des pouvoirs et l’histoire constitutionnelle française** (1973). Paris: LGDJ, 2015. p. 50.

<sup>56</sup> A propósito, nota-se que “o paralelismo entre legislar e interpretar constitui um problema recorrente do poder”. Imaginava-se que “a interpretação do direito colocava em perigo a soberania, na medida em que permitia a substituição da vontade do soberano pela vontade do intérprete”. GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito** (2002). 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 247.

<sup>57</sup> FERRAZ JR., **Introdução ao estudo do direito**, p. 73.

<sup>58</sup> Se os juízes pudessem produzir decisões destoantes da lei, os propósitos revolucionários estariam perdidos, ou seriam inalcançáveis. Por isso, manter o juiz preso à lei era sinônimo de segurança jurídica. V. MARINONI, **Precedentes obrigatórios**, p. 62.

<sup>59</sup> MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, **Curso de Processo Civil**, v.1, p. 36

como certeza de um significado prévio e determinado atribuído à norma.<sup>60</sup> Vale dizer, a certeza do direito estaria na própria lei e na conseqüente impossibilidade de o juiz interpretá-la.<sup>61</sup>

A certeza do direito, nessa perspectiva, dependia de que a lei geral e abstrata pudesse abranger toda e qualquer situação, eliminando a necessidade de que novas leis fossem editadas e, notadamente, de que o juiz, ao aplicar a lei, considerasse as especificidades próprias de cada situação.<sup>62</sup>

Ora, se ao juiz fosse permitido considerar as circunstâncias especiais dos casos concretos, de nada adiantaria uma lei geral e abstrata. Na lógica liberal, isso comprometeria a previsibilidade e a certeza do direito, indispensáveis, como referido, para a promoção e a manutenção da liberdade.<sup>63</sup> Nesse sentido, Montesquieu concluiu que “se os julgamentos fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos”.<sup>64-65</sup>

Do exposto, é certo que o positivismo resultou em uma simplificação excessiva das tarefas e das responsabilidades dos profissionais do direito, limitando-as a uma aplicação mecânica das normas jurídicas, seja na prática forense, seja nas universidades, seja na doutrina.<sup>66</sup> Ferraz Jr. assinala que o simples transporte de esquemas lógicos, como a dedução, a redução, a indução e a classificação, das ciências naturais para o campo do direito, pode falsear as nuances do pensamento

---

<sup>60</sup> ÁVILA, **Segurança jurídica**, p. 250 e seguintes; MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, **Curso de Processo Civil**, v.1, p. 32.

<sup>61</sup> Imaginou-se que a lei seria suficiente para garantir a igualdade dos cidadãos, que o juiz apenas atuaria a vontade da lei e que, em razão da certeza jurídica que daí decorreria, o cidadão teria previsibilidade no trato das relações sociais. Nos países de common law, não havia a mesma crença de que o juiz não poderia interpretar a lei. Por essa razão, buscou-se segurança e previsibilidade no *stare decisis* e nos precedentes judiciais. (MARINONI, **Precedentes obrigatórios**, p. 63).

<sup>62</sup> MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, **Curso de Processo Civil**, v.1, p. 32.

<sup>63</sup> MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, **Curso de Processo Civil**, v.1, p. 32.

<sup>64</sup> MONTESQUIEU, citado por MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, **Curso de Processo Civil**, v.1, p. 32. MARINONI observa que “A afirmação evidencia uma ideologia que sugere que a liberdade política, entendida como segurança jurídica psicológica do indivíduo, realiza-se através da certeza do direito”. (MARINONI, **Precedentes obrigatórios**, p. 63).

<sup>65</sup> Oportunamente, voltar-se-á ao ponto, visto que é a segurança jurídica como instrumento para promoção da liberdade é o tema do próximo capítulo.

<sup>66</sup> MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, **Curso de Processo Civil**, v.1, p. 35;

jurídico, constituindo grave prejuízo para a sua metodologia.<sup>67</sup>

Comprometida com os valores do Estado liberal – notadamente, de igualdade formal e de liberdade individual –, a jurisdição tornou-se meramente declaratória, tendo como função apenas a resolução de casos concretos. Dessa forma, as decisões judiciais eram consideradas irrelevantes em termos de acréscimo de dados normativos aos sistema jurídico; a jurisdição não tinha nenhuma função em relação à ordem jurídica.<sup>68</sup>

Em suma, o positivismo jurídico, originariamente concebido para manter a ideologia do Estado liberal, transformou-se, ele mesmo, em ideologia.<sup>69</sup> Serviu, com efeito, à defesa da situação consolidada pela lei e permitiu a ausência de tratamento adequado aos desiguais, a partir da crença de que “a essência da liberdade se esgota com as liberdades negativas diante da coerção do Estado”.<sup>70</sup>

A partir dos anos 1970<sup>71</sup> tomou corpo uma nova teoria da interpretação, baseada em uma concepção argumentativa do direito.<sup>72</sup> Essa nova teoria buscou demonstrar como o cognitivismo interpretativo e o logicismo aplicativo mostraram-se concepções equivocadas.

Em primeiro lugar, o cognitivismo interpretativo não se sustenta porque texto e norma não se confundem.<sup>73</sup> “Disposição” é qualquer enunciado que faça parte de um documento normativo; “norma” é todo enunciado que constitua o sentido ou significado atribuído, por qualquer um, a uma disposição (ou a um fragmento de disposição, ou a uma combinação de disposições, ou a uma combinação de

---

<sup>67</sup> FERRAZ JR., **A ciência do direito**, p. 39.

<sup>68</sup> Daí se afirmar que a sentença, no sistema da legalidade, tem sempre caráter declarativo, não criativo do direito (CALAMANDREI, citado por MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**, v.1, p. 44 e 48).

<sup>69</sup> MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, **Curso de Processo Civil**, v.1, p. 35.

<sup>70</sup> HÄBERLE, citado por MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**, v.1, p. 35.

<sup>71</sup> CHIASSONI, Pierluigi. **Tecnica dell'interpretazione giuridica**. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 13.

<sup>72</sup> ÁVILA, **Segurança jurídica**. p. 158.

<sup>73</sup> GUASTINI. **Interpretare e argomentare**. p. 8-9; GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 24-26; CHIASSONI. **Tecnica dell'interpretazione giuridica**, p. 50-61; TROPER, **A filosofia do direito**, p. 132; CANOTILHO, **Direito constitucional e teoria da Constituição**, p. 1200-1210.

fragmentos de disposições).<sup>74</sup> Assim, pode-se dizer também que disposição é (a parte de) um texto ainda por ser interpretado; a norma é (parte de) um texto interpretado.<sup>75</sup>

Guastini assinala que a disposição (o enunciado interpretado) é um enunciado do discurso das fontes, enquanto a norma (enunciado interpretante) é um enunciado do discurso do intérprete. A disposição, prossegue, é um enunciado que constitui o objeto da interpretação; a norma é o enunciado que constitui o produto, o resultado, da interpretação.<sup>76</sup>

Basicamente, texto e norma não se confundem porque o direito padece de uma dupla indeterminação, no sentido de que é objeto de dúvida quanto a que normas existem, quais normas pertencem ao ordenamento jurídico ou estão nele vigentes.<sup>77</sup> Em outras palavras, à indeterminação do ordenamento soma-se a indeterminação de cada norma.<sup>78</sup> Dessa forma, de um lado, os textos que constituem os dispositivos são equívocos; de outro, as normas são vagas.<sup>79</sup>

Quanto à equivocidade, quer-se dizer que cada texto normativo admite uma pluralidade de interpretações e está sujeito a possíveis controvérsias interpretativas.<sup>80</sup> Dentre as razões pelas quais um texto pode ser equívoco, destacam-se: (a) ambiguidade: o texto apresenta duas ou mais opções de significado; (b) complexidade: o texto pode exprimir mais de uma norma ao mesmo tempo; (c) implicabilidade: o texto pode dar lugar logicamente a outro<sup>81</sup>; (d) superabilidade, ou derrotabilidade:<sup>82</sup> o texto pode conter exceções implícitas.

Em consequência, a equivocidade dos textos normativos permite concluir que,

---

<sup>74</sup> GUASTINI, **Das fontes às normas**, p. 24.

<sup>75</sup> GUASTINI, **Das fontes às normas**, p. 26

<sup>76</sup> GUASTINI, **Das fontes às normas**, p. 26-28; GUASTINI, **Interpretare e argomentare**, p. 9.

<sup>77</sup> GUASTINI, **Interpretare e argomentare**, p. 39; CHIASSONI, **Tecnica dell'interpretazione giuridica**, p. 144.P; MARINONI, ARENHART, MITIDIÉRO, **Curso de Processo Civil**, v.1, p. 49.

<sup>78</sup> GUASTINI, **Interpretare e argomentare**, p. 52.

<sup>79</sup> MARINONI, ARENHART, MITIDIÉRO, **Curso de Processo Civil**, v.1, p. 47.

<sup>80</sup> CHIASSONI, **Tecnica dell'interpretazione giuridica**, p. 56.

<sup>81</sup> MITIDIÉRO, **Precedentes**, p. 66.

<sup>82</sup> "*Defeasibility*" é a qualidade daquilo que pode ser subsequentemente excepcionado. *Defeasible* é o que "está aberto, em princípio, à revisão, à objeção válida, ao desapossamento ou à anulação". Excepcionável. (v. MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito** (1995). Tradução Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Nota dos tradutores.

entre os enunciados normativos formulados nas fontes dos direitos (as disposições) e as normas (significados), não existe uma correspondência biunívoca.<sup>83</sup> Com efeito, (a) é possível que haja norma, mas não haja dispositivo;<sup>84</sup> (b) é possível que haja dispositivo, mas não haja norma;<sup>85</sup> (c) é possível que, a partir de um dispositivo, construa-se mais de uma norma;<sup>86</sup> (d) é possível que, a partir de mais de um dispositivo, construa-se uma norma.<sup>87</sup> Por assim dizer, em suma, onde houver um não necessariamente haverá o outro.<sup>88</sup>

Além da equivocidade dos textos, a indeterminação do direito se caracteriza pela vagueza das normas. As normas são vagas no sentido de que não é possível saber exatamente que casos entram em seu campo de aplicação.<sup>89</sup> A vagueza compromete o alcance das normas, dada sua textura aberta.<sup>90</sup> Diferentemente da

---

<sup>83</sup> GUASTINI, **Das fontes às normas**, p. 34; ÁVILA, **Teoria dos princípios**, p. 51.

<sup>84</sup> Como, por exemplo, a figura do cheque pré-datado (ou pós-datado), que, apesar de não ser previsto em lei, é prática usual no comércio e gera consequências jurídicas, na forma do artigo 113 do Código Civil. Nesse sentido, entende a jurisprudência: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70041807884. Relator: Des. Jorge Luiz Lopes do Canto. Quinta Câmara Cível. Julgado em 27/04/2011. Outrora também os direitos de personalidade prescindiam de previsão legal, por decorrerem de princípios básicos do ordenamento jurídico. Muito antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, eram reconhecidos e delimitados em suas características pelos precedentes judiciais. (CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 291-292).

<sup>85</sup> A exemplo do enunciado constitucional que prevê a proteção de Deus. ÁVILA, **Teoria dos princípios**, p. 50.

<sup>86</sup> Canotilho traz como exemplo o art. 18º/1 da Constituição portuguesa: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e veiculam as entidades públicas e privadas”. “Temos aqui, pelo menos, três normas: N1 – os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são *directamente aplicáveis*; N2 - Os preceitos constitucionais ..... *vinculam entidades públicas*; Os preceitos constitucionais ..... *vinculam entidades privadas*”. (CANOTILHO, **Direito Constitucional e teoria da constituição**, p. 1204)

<sup>87</sup> Por exemplo, a norma segundo a qual os cidadãos de dezoito anos são eleitores resulta da combinação de duas disposições, tratadas pelo intérprete como uma corrente: “A maioria é fixada ao completar-se 18 anos” e “São eleitores todos os cidadãos, homens e mulheres, que atingiram a maioria” (artigo 2º, do Código Civil italiano, e artigo 48, da Constituição italiana). O exemplo é de Guastini, em GUASTINI. **Das fontes às normas**, p. 39-40.

<sup>88</sup> ÁVILA, **Teoria dos princípios**, p. 51. Nesse sentido, Troper afirma que a relação entre enunciado e significação é contingente (TROPER, **A filosofia do direito**, p. 128).

<sup>89</sup> GUASTINI, **Interpretare e argomentare**, p. 52-53. Ou “quais fatos recaem em seu âmbito de incidência”, conforme MITIDIERO, **Precedentes**, p. 66).

<sup>90</sup> A expressão é de Hart (HART, Herbert. **The Concept of Law** (1961). 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 123). MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, **Curso de Processo Civil**, v.1, p. 50. Sobre “ambientes decisórios” e o uso de expressões com textura aberta: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “**A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente**” In: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel (coords.) **Precedentes**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 264-274.



equivocidade, a vagueza é uma propriedade objetiva e inexorável da linguagem, e não apenas da linguagem jurídica: Todos os predicados em sentido lógico compartilham, ao menos potencialmente, dessa propriedade. A vagueza não depende, portanto, das técnicas interpretativas ou da dogmática: não pode ser suprimida, ainda que possa ser reduzida, por meio de definições.<sup>91</sup> Também é possível proceder-se de modo analógico, comparando-se as semelhanças e diferenças, para que a “área de penumbra” seja reduzida.<sup>92</sup>

É precisamente essa dupla indeterminação do direito que o constitui uma empresa lógico-argumentativa, e não meramente descritiva de uma norma pré-existente. A desvinculação entre o texto e seu sentido conduz à conclusão de que a função da ciência do direito não pode ser considerada mera descrição de significado.<sup>93</sup> Da mesma forma, tampouco pode o ato de aplicação do direito ser reduzido à lógica dedutiva.

Por esse motivo, a partir de uma concepção argumentativa do direito, entende-se que interpretação significa adscrever,<sup>94</sup> outorgar, reconstruir,<sup>95</sup> constituir<sup>96</sup> significados a textos e a elementos não textuais da ordem jurídica.<sup>97</sup> Tendo como ponto de partida o dispositivo normativo,<sup>98</sup> o intérprete reconhece sentidos mínimos<sup>99</sup> com que as palavras são utilizadas; valora as razões favoráveis

---

<sup>91</sup> GUASTINI, **Interpretare e argomentare**, p. 56.

<sup>92</sup> GUASTINI, **Interpretare e argomentare**, p. 56-57.

<sup>93</sup> ÁVILA, **Teoria dos Princípios**, p. 51. A propósito, ensina Chiassoni que, inevitavelmente, a interpretação textual é uma atividade prática caracterizada por um ou mais momentos de valoração e de decisão. Assim, é tipicamente acompanhada de razões, apresentadas como boas razões, para justificar a correção dessas escolhas (CHIASSONI, **Tecnica dell'interpretazione giuridica**, p. 51-53). A afirmação ilustra o caráter argumentativo da interpretação.

<sup>94</sup> MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, **Curso de Processo Civil**, v.1, p. 50.

<sup>95</sup> ÁVILA, **Teoria dos Princípios**, p. 51. Reconstruir, “a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados núcleos de sentidos, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual”.

<sup>96</sup> ÁVILA, **Teoria dos Princípios**, p. 51.

<sup>97</sup> ÁVILA, Humberto. **Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo**. Revista Direito Tributário Atual. n. 29, p. 181-204. 2013. p. 187-188.

<sup>98</sup> ÁVILA, **Teoria dos Princípios**, p. 54.

<sup>99</sup> Ávila refere-se a “traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem”. ÁVILA, **Teoria dos Princípios**, p. 52. Há núcleos mínimos de sentido – não se pode conceber que a norma é inteiramente de criação do intérprete. Do contrário, haveria alunos chegando às 17h, ou às 4h, para uma aula cujo horário era às 8h.

e contrárias à adoção de determinados sentidos; e decide<sup>100</sup> entre os significados concorrentes.<sup>101</sup> O objeto dessa atividade é o texto, o dispositivo normativo; o resultado é a norma jurídica; a finalidade é reduzir a equivocidade do texto e concentrar seu significado,<sup>102</sup> com a ressalva de que, “no direito, não existe uma única solução correta, senão várias”.<sup>103</sup>

Ademais, resta evidente, nesse contexto, que o conceito de aplicação do direito não se restringe à lógica dedutiva. É preciso formar o convencimento judicial acerca dos fatos alegados em juízo, no que se utiliza a lógica indutiva e abdutiva; é preciso também comparar semelhanças e diferenças entre as normas, já que são vagas, e, para este propósito, utiliza-se a analogia.<sup>104</sup> Aplicar significa retirar consequências jurídicas da incidência de normas jurídicas em uma determinada situação jurídica. Isto é dizer, aplicar o direito significa retirar consequências práticas, no âmbito normativo, a partir de um caso concreto.<sup>105</sup>

---

<sup>100</sup> Todo enunciado é dotado não de um, mas de vários significados entre os quais se deve escolher. Troper assinala que essa escolha “não corresponde a uma realidade objetiva, mas traduz somente as preferências subjetivas daquele que as exprime. Assim, o produto da interpretação não pode ser nem verdadeiro, nem falso” (TROPER, **La philosophie du droit**, p. 54). A propósito, Guastini refere que fatores como interesses em conflito (das partes no processo, por exemplo), sentimentos distintos de justiça (preferências ético-políticas), multiplicidade de métodos interpretativos e construções dogmáticas contribuem para a equivocidade dos textos (GUASTINI, **Interpretare e argomentare**, p. 44). Em razão desses fatores, a equivocidade do direito não pode ser considerada um defeito objetivo do texto (MITIDIERO, **Precedentes**, p. 66).

<sup>101</sup> MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, **Curso de Processo Civil**, v.1, p. 48-49. Barbosa Moreira comenta o seguinte: “Ao juiz compete aplicar a norma ao fato e enunciar sua conclusão sobre o efeito pretendido pelo autor. O mecanismo, bem se sabe, é a rigor mais complexo do que sugere essa esquemática descrição: a aplicação da norma não tem o caráter automático que em idos tempos se lhe atribuíra, envolvendo, como envolve, operações valorativas e opções políticas (no sentido mais amplo da palavra) por parte do aplicador” (MOREIRA, Barbosa. **Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória**, em **Temas de Direito Processual**: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 205).

<sup>102</sup> MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, **Curso de Processo Civil**, v.1, p. 50.

<sup>103</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica (1990). 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 161.

<sup>104</sup> Leis não conseguem prever todas as hipóteses de aplicação, isto é, a subsunção é insuficiente para a aplicação do direito. V. THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Franco Melo; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 135.

<sup>105</sup> MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, **Curso de Processo Civil**, v.1, p. 49. A propósito, é interessante notar que “interpreta-se também o caso, necessariamente, além dos textos e da realidade – no momento histórico em que se processa a interpretação – em cujo contexto serão eles aplicados”. GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito** (2002). 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 32.

Em suma, e não por outra razão, o direito é considerado uma atividade argumentativa, dependente do processo de interpretação e aplicação.<sup>106</sup> A partir do trabalho do legislador, do juiz e da doutrina<sup>107</sup>, o intérprete reconstrói significados, de modo a construir a norma. Esse compartilhamento de tarefas<sup>108</sup> recai na justificação das decisões judiciais, cuja racionalidade e fidelidade ao direito depende de uma reconstrução racional dos significados normativos.<sup>109</sup>

Nessa perspectiva, portanto, a jurisdição se desdobra em um duplo discurso: outorgar tutela aos direitos em particular, decidindo de forma justa os casos submetidos à apreciação judicial,<sup>110</sup> e, em geral, outorgar unidade à ordem jurídica, por meio dos precedentes, dirimindo dúvidas interpretativas e desenvolvendo o direito de acordo com as necessidades sociais.<sup>111</sup>

---

<sup>106</sup> Por isso a célebre afirmação de Oliver Wendell Holmes Jr de que “*the life of law has not been logic; it has been experience*”. Vale dizer, “a vida do direito, concretizada na sua interpretação e aplicação, não depende apenas da lógica, mas é antes de tudo experiência”. Citado por MITIDIERO, **Precedentes**, p. 66.

<sup>107</sup> No mesmo sentido, Grau: “as normas resultam da interpretação, que se pode descrever como um processo intelectual através do qual, partindo de fórmulas linguísticas contidas nos textos, enunciados, preceitos, disposições, alcançamos a determinação de um conteúdo normativo.” (GRAU, **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**, p. 30).

<sup>108</sup> MITIDIERO, **Precedentes**, p. 63. ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 73.

<sup>109</sup> MITIDIERO, **Precedentes**, p. 64. Nesse sentido, observa Teresa Wambier que “Hoje se considera que o Direito não é um sistema impecável e irrepreensivelmente lógico. Fala-se muito mais em racionalidade do que em lógica” (WAMBIER, **A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente**, p. 264).

<sup>110</sup> “Concretizar o ordenamento jurídico diante do caso concreto” (ÁVILA, **Teoria dos princípios**, p. 54).

<sup>111</sup> MITIDIERO, Daniel. **Fundamentação e precedente**: dois discursos a partir da decisão judicial. Revista de Processo. v. 206. p. 61-78, abr. 2012; MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, **Curso de Processo Civil**, v.1, p. 51, 150-151; MITIDIERO, **Precedentes**, p. 64; MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 27-3.

## 2. A Segurança Jurídica entre a Declaração e a Reconstrução

Do que se acaba de dizer sobre interpretação e aplicação do direito, depreende-se que o modo como se dá a vinculação do exercício do poder à ordem jurídica é um tema central. O direito é avesso à arbitrariedade, por isso é relevante identificar o modo como o poder é concretamente exercido, bem como de que maneira é possível controlá-lo.<sup>112</sup> Em outras palavras, importa responder como se dá o raciocínio jurídico, como as decisões judiciais são formadas e com que conteúdo são prolatadas.<sup>113</sup>

Se o significado das normas depende invariável e inexoravelmente da interpretação, então é imprescindível atentar não apenas aos textos dotados de autoridade legislativa, mas também à atividade por meio da qual se outorga judicialmente sentido a esses textos.<sup>114</sup> Não por outra razão, afirma-se que a constituição é na verdade a interpretação da constituição; e a lei, a interpretação da lei.<sup>115</sup> Tem-se, portanto, que a fidelidade ao direito é um problema da metodologia jurídico-interpretativa descritiva.<sup>116</sup>

Como já referido, o direito é indeterminado; e a operação por meio da qual se reduz essa indeterminação é a interpretação. Considerando-se o caráter argumentativo da interpretação, é necessário que esta se realize de maneira racional, tanto do ponto de vista da atividade quanto do ponto de vista do resultado dessa atividade. Sem racionalidade, não é possível controlar intersubjetivamente os

---

<sup>112</sup> Como adverte Troper, a atividade de interpretação não tem lugar apenas quando o texto é obscuro, mas por ocasião de qualquer aplicação. Nesse sentido, a ideia de que um texto não deve ser interpretado é tão-só um meio de *dissimular um poder de interpretação*. “Acontece, por exemplo, de uma autoridade se ver constrangida a recusar o poder de interpretar certos casos e ter a obrigação, em casos de obscuridade, de pedir a outra autoridade uma interpretação oficial. Basta-lhe afirmar que o texto é claro que não deve, portanto, ser interpretado, para poder determinar ela própria a significação” (TROPER, **A filosofia do direito**, p. 126-127).

<sup>113</sup> MITIDIERO, **Precedentes**, p. 19-21. Sobre o poder do intérprete, v. TROPER, **A filosofia do direito**, p. 136-140. Sobre a necessidade de padrões decisórios, v. THEODORO JUNIOR, NUNES, BAHIA, PEDRON, **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**, p. 135

<sup>114</sup> MITIDIERO, **Precedentes**, p. 73.

<sup>115</sup> MITIDIERO, **Precedentes**, p. 63; GUASTINI, **Interpretare e argomentare**, p. 8; CHIASSONI, **Tecnica dell’interpretazione giuridica**, p. 142.

<sup>116</sup> MITIDIERO, **Precedentes**, p. 63; CHIASSONI, **Tecnica dell’interpretazione giuridica**, p. 142

processos semântico-argumentativos,<sup>117</sup> isto é, não se controlam as razões invocadas pelo intérprete para suportar as suas decisões diante de dúvidas interpretativas surgidas em face do direito aplicável.<sup>118</sup> Por todas essas razões, afirma-se que uma ordem jurídica preocupada com a promoção da igualdade, da liberdade, e, portanto, com a tutela efetiva dos direitos,<sup>119</sup> é inconcebível na ausência de segurança jurídica.<sup>120</sup>

A segurança jurídica consiste em um meio para permitir que os cidadãos vivam de forma autônoma, em circunstâncias de mútua confiança.<sup>121</sup> Somente pode ser realizada, como explica MacCormick, “na medida em que o Estado seja governado de acordo com regras pré-anunciadas que, de um lado, sejam claras e inteligíveis em si mesmas, e, de outro, façam parte de um sistema jurídico consistente entre suas várias regras e razoavelmente coerente no que tange aos princípios contidos no sistema como um todo”.<sup>122</sup>

Não à toa, diz-se que a segurança jurídica tem valor considerável em razão da qualidade de vida que proporciona aos cidadãos.<sup>123</sup> Afinal de contas, é preciso

---

<sup>117</sup> MITIDIERO, **Cortes Superiores e Cortes Supremas**, p. 20. MacCormick comenta que o próprio fato de o direito ser um foco de argumentação prática acarreta que tudo no direito pareça sempre aberto à argumentação prática diante dos tribunais e outros lugares. IX. “a retórica pode voltar-se contra si mesma” (MACCORMICK, **Rétorica e o Estado de Direito**, p. 19).

<sup>118</sup> MITIDIERO, **Precedentes**, p. 68.

<sup>119</sup> MITIDIERO, **Cortes Superiores e Cortes Supremas**, p. 12.

<sup>120</sup> A propósito, MacCormick refere que “onde o direito é estritamente observado, o Estado de Direito se estabelece; e as sociedades que vivem sob o Estado de Direito experimentam grandes benefícios em comparação àquelas que não vivem sob esse regime. O Estado de Direito é uma condição possível de ser atingida nos governos humanos. Entre os valores que este assegura, nenhum é mais importante que a certeza jurídica, exceto talvez pelos princípios que a acompanham, a saber, a segurança de expectativas jurídicas e a garantia do cidadão contra interferências arbitrárias por parte do governo e de seus agentes” (MACCORMICK, **Rétorica e o Estado de Direito**, p. 22).

<sup>121</sup> MACCORMICK, **Rétorica e o Estado de Direito**, p. 22 Em outras palavras, a segurança jurídica é um meio de viabilizar condições institucionais para autodeterminação da pessoa e para o desenvolvimento da vida social em circunstâncias de mútua confiança (MITIDIERO, **Precedentes**, p. 21).

<sup>122</sup> MACCORMICK, **Rétorica e o Estado de Direito**, p. 17.

<sup>123</sup> Também há aqui uma referência à “possibilidade de realização da dignidade dos seres humanos como participantes (...) em atividades públicas e privadas dentro da sociedade”. (MACCORMICK, **Rétorica e o Estado de Direito**, p. 23). Sobre o ponto, v. Raz: “*More important than both these considerations is the fact that observance of the rule of law is necessary if the law is to respect human dignity. Respecting human dignity entails treating humans as persons capable of planning and plotting their future. Thus, respecting people’s dignity includes respecting their autonomy, their right to control their future*” (RAZ, Joseph. **The authority of Law**. Oxford: Oxford University Press, 1979. p. 221). No mesmo sentido, Sarlet: “Considerando que também a segurança jurídica coincide com uma das mais

que as pessoas possam conhecer o conteúdo do direito vigente; possam confiar em que os atos praticados em sua observância serão respeitados; e, também, possam prever de forma segura as consequências de seus atos.<sup>124</sup>

Esse estado de coisas que engloba a segurança jurídica somente é atingido por meio de um ordenamento acessível, compreensível, confiável e previsível.<sup>125-126</sup> Em um ambiente incapaz de proporcionar segurança entre as pessoas, não se pode supor que elas são capazes de fazer escolhas juridicamente orientadas.<sup>127</sup> Tampouco pode-se supor, em tais circunstâncias, que o direito é aplicado a todos de maneira uniforme. De fato, sequer pode-se identificar o direito vigente. Por essas razões, identifica-se a segurança jurídica como uma condição para a própria existência do Direito.<sup>128</sup>

A Constituição Federal garante expressamente a tutela da segurança jurídica como direito fundamental inviolável,<sup>129</sup> considerado um meio para a promoção de

---

profundas aspirações do ser humano, viabilizando, mediante a garantia de uma certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica como tal, tanto a elaboração de projetos de vida, bem como a sua realização, desde logo é perceptível o quanto a idéia de segurança jurídica encontra-se umbilicalmente vinculada à própria noção de dignidade da pessoa humana. (...) a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranqüilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas". (SARLET, Ingo. **A Eficácia do direito fundamental à segurança jurídica**: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Revista de Direito Constitucional e Internacional, ano 15, n. 57, out-dez. 2006.p. 8)

<sup>124</sup> MACCORMICK, **Rétorica e o Estado de Direito**, p. 22; OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa julgada e precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 24.

<sup>125</sup> Wambier se refere à "previsibilidade": "Quando se pensa na previsibilidade como objetivo a ser perseguido pelo direito, não se quer dizer com isso que as partes tenham sempre condições de prever de forma precisa como será a decisão de um processo em que contendem. Mas a decisão não deve ser daquelas que jamais poderiam ser imaginadas." (WAMBIER, **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**, p. 11).

<sup>126</sup> WALDRON, citado por ÁVILA, **Segurança jurídica**, p. 213. Ainda: "Registre-se que a proteção à segurança jurídica está conectada com o princípio do Estado de Direito tanto em sua dimensão formal, que visa a reger e repartir o poder do Estado, quanto em sua dimensão material, que visa a limitar o exercício do poder, por meio da proteção dos direitos fundamentais" (ÁVILA, **Segurança jurídica**, p. 214-216, 249).

<sup>127</sup> MITIDIERO, **Precedentes**, p. 21.

<sup>128</sup> MITIDIERO, **Precedentes**, p. 21.

<sup>129</sup> Conforme Ávila, a segurança jurídica é princípio positivo inequívoco da Constituição Federal. (ÁVILA, **Segurança jurídica**, p. 247).

uma sociedade livre, justa e igualitária.<sup>130</sup> Note-se que, mesmo se a segurança jurídica não fosse expressamente prevista no ordenamento jurídico brasileiro, dele poderia ser deduzida, já que decorre do próprio princípio do Estado de Direito.<sup>131</sup> Esse princípio “não é apenas associado com a universalidade e com a não-arbitrariedade do direito, mas também com a exigência de que a atuação estatal seja governada por regras gerais, claras, conhecidas, relativamente constantes no tempo, prospectivas e não contraditórias”.<sup>132</sup>

Considerando que os direitos fundamentais, e portanto, a segurança jurídica,

---

<sup>130</sup> Como se observa nos seguintes dispositivos: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana; (...); “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; (...); “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: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (...)”. a respeito dos fins do estado constitucional.

<sup>131</sup> Como ensina Couto e Silva, “a segurança jurídica é um valor constitucional que se qualifica como subprincípio do princípio maior do Estado de Direito, ao lado e no mesmo nível hierárquico do outro subprincípio do Estado de Direito, que é o da legalidade. Segurança jurídica e legalidade são, sabidamente, os dois pilares de sustentação do Estado de Direito”. (SILVA, Almiro do Couto e. **O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 237, p. 271-316, jan. 2015. p. 280). Sarlet refere: “Certo é que havendo, ou não, menção expressa a um direito à segurança jurídica, de há muito, pelo menos no âmbito do pensamento constitucional contemporâneo, se enraizou a ideia de que um autêntico Estado de Direito é sempre também – pelo menos em princípio e *num certo sentido* - um Estado da segurança jurídica, já que, do contrário, também o “governo das leis” (até pelo fato de serem expressão da vontade política de um grupo) poderá resultar em despotismo e toda a sorte de iniquidade. (...) A segurança jurídica passou a ter o *status* de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito”. (SARLET, **A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica**, p. 5). Explica Canotilho: “O homem necessita de *segurança* para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito” (CANOTILHO. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**, p. 257). No mesmo sentido: ÁVILA, **Segurança jurídica**, p. 212-217; MACCORMICK, **Rétorica e Estado de direito**, p. 22, ainda que tomando a segurança jurídica como um “valor”; MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada institucional** (2008). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 63-67. Aponta-se, ainda, que a coisa julgada “é atributo do Estado Democrático de Direito e à efetividade do direito fundamental ao acesso ao Poder Judiciário. (...) mais do que se garantir ao cidadão o acesso à justiça, deve ser-lhe assegurada uma solução definitiva para o problema que foi levado ao Judiciário (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 572). V. CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis** (2013). 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 305-307.

<sup>132</sup> OLIVEIRA, **Coisa julgada e precedente**, p. 23. v. CANOTILHO. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**, p. 257.

contêm uma dupla dimensão, objetiva e subjetiva, duas consequências merecem ser assinaladas. No que tange à dimensão subjetiva, ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado),<sup>133</sup> que pode ser tanto o Estado (eficácia vertical) quanto os particulares (eficácia horizontal). Assim, a proteção ao direito fundamental se dá sob a forma de um direito subjetivo,<sup>134</sup> e, por conseguinte, gera certo poder de exigir comportamentos ou de produzir efeitos jurídicos autonomamente.<sup>135</sup> No âmbito da segurança jurídica, isso significa dizer que a dimensão subjetiva confere ao cidadão o direito de se insurgir contra qualquer ato que, sem justificativa razoável, viole a confiança em situações já consolidadas e incorporadas à sua esfera jurídica – uma proteção contra surpresas, diante de expectativas depositadas em determinada situação jurídica.<sup>136</sup>

No texto constitucional, a proteção da segurança jurídica transcende a dimensão subjetiva, e, em decorrência da dimensão objetiva, projeta-se em todo ordenamento jurídico.<sup>137</sup> São diversos os conteúdos normativos dessa “eficácia irradiante dos direitos fundamentais”: fornece diretrizes para a interpretação e aplicação do direito infraconstitucional; implica deveres de proteção do Estado, cujos órgãos devem proteger os direitos fundamentais dos cidadãos, inclusive de modo preventivo;<sup>138</sup> e pauta a conduta dos particulares, que igualmente, em sua relações

---

<sup>133</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional** (2012). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 345.

<sup>134</sup> SARLET, MARINONI, MITIDIERO, **Curso de Direito Constitucional**, p. 346.

<sup>135</sup> Explica Canotilho: “os direitos fundamentais são em primeira linha direitos individuais. Encontrando-se constitucionalmente protegidos como direitos individuais, essa proteção dar-se-á sob a forma de direito subjetivo.” (CANOTILHO. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**, p. 275). A propósito, observa Couto e Silva: “O Estado Social ou o Estado-providência foi o ambiente ideal para o desenvolvimento e o surgimento, respectivamente, dos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança, em razão da situação de dependência em que, diferentemente do que ocorria no Estado Liberal Burguês, ficaram as pessoas relativamente ao Poder Público, especialmente no tocante aos serviços e prestações por este realizados, direta ou indiretamente, conforme bem conhecida observação de Forsthoff.” (SILVA, **O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro**, p. 275).

<sup>136</sup> OLIVEIRA, **Coisa julgada e precedente**, p. 28.

<sup>137</sup> SARLET, MARINONI, MITIDIERO, **Curso de Direito Constitucional**, p. 348; OLIVEIRA, **Coisa julgada e precedente**, p. 28.

<sup>138</sup> Isso significa vedação de omissões e de proteção manifestamente insuficiente, sujeitas a controle por parte do Poder Judiciário. V. SARLET, MARINONI, MITIDIERO, **Curso de Direito**



privadas, devem observar os comandos constitucionais.<sup>139</sup>

Analiticamente, a segurança jurídica pode ser reconduzida aos seguintes conceitos: cognoscibilidade, estabilidade, confiabilidade e efetividade da ordem jurídica.<sup>140</sup> Cognoscibilidade significa a capacidade de se ter acesso material e intelectual ao conceito normativo, ainda que se saiba que esse conceito, embora possua um núcleo de significação, pode apresentar, em maior ou menor medida, margens de indeterminação.<sup>141</sup> Sem cognoscibilidade, não existe segurança acerca daquilo que nos é exigido diante de uma determinada situação concreta.<sup>142</sup> Estabilidade, isto é, continuidade, permanência e durabilidade, enseja condições mínimas para que as pessoas possam organizar e planejar suas vidas. A modificação contínua e/ou abrupta impede o planejamento e, por conseguinte, impede que o Direito possa funcionar como guia de conduta.<sup>143</sup> Em última análise, a estabilidade é condição para a garantia da liberdade.<sup>144</sup> Confiabilidade diz respeito a um estado ideal em que o cidadão pode tem condições de saber quais mudanças podem e quais mudanças não podem ser realizadas, evitando que seus direitos sejam frustrados. Uma ordem jurídica confiável é capaz de proteger a expectativa dos indivíduos naquilo que é conhecido e naquilo que se planejou, reagindo, inclusive, contra surpresas injustas.<sup>145</sup> Por fim, a efetividade da ordem jurídica atine à “segurança de realização”, vale dizer, à expectativa geral de que o direito será regularmente eficaz e de que as condições jurídicas previstas em um ordenamento jurídico podem presumir uma eficácia regular do Direito.<sup>146</sup>

---

**Constitucional**, p. 349.

<sup>139</sup> OLIVEIRA, **Coisa julgada e precedente**, p. 28.

<sup>140</sup> ÁVILA, **Segurança jurídica**, p. 255-262.

<sup>141</sup> Por exemplo, serviço significa obrigação de fazer (é um núcleo de significação). A margem de indeterminação está, por exemplo, em saber se uma operação de *leasing* envolve ou não um serviço (v. ÁVILA, **Segurança jurídica**, p. 338).

<sup>142</sup> MITIDIERO, **Precedentes**, p. 21.

<sup>143</sup> ÁVILA, **Segurança jurídica**, p. 349-350.

<sup>144</sup> ÁVILA, **Segurança jurídica**, p. 351.

<sup>145</sup> MITIDIERO, **Precedentes**, p. 23.

<sup>146</sup> Essas condições jurídicas se referem a garantias principiológicas processuais e institucionais enumeradas na Constituição. Assim, por exemplo, “a existência de um Poder Judiciário acessível por instrumentos processuais previamente definidos e composto de julgadores dotados de determinadas prerrogativas também abstratamente estabelecidas, que permitem presumir uma eficácia regular do Direito” (ÁVILA, **Segurança jurídica**, p.587-589)

Nessa perspectiva, este trabalho adota o conceito de segurança jurídica de Ávila:<sup>147</sup>

Pode-se considerar a segurança jurídica como sendo uma norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídicas, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor de respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsabilmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro.

Resta nítida, nesse contexto, a aproximação entre segurança jurídica, liberdade e igualdade: a primeira é um instrumento para a promoção das últimas. De um lado, a liberdade, vista como possibilidade de autodeterminação, só se torna possível na medida em que há prévia cognoscibilidade normativa. Sem se conhecer o direito, não se podem fazer escolhas juridicamente orientadas – não se podem escolher atos, nem efeitos jurídicos a eles atrelados, porque carentes de cognoscibilidade. De outro lado, a igualdade, enquanto tratamento isonômico, depende do prévio reconhecimento de qual é o direito aplicável.<sup>148</sup> Sem esse

---

<sup>147</sup> ÁVILA, **Segurança jurídica**, p. 690. Sobre segurança jurídica e proteção da confiança, v. Almiro do Couto e Silva: “A segurança jurídica é entendida como sendo um conceito ou um princípio jurídico que se ramifica em duas partes: uma de natureza *objetiva* e outra de natureza *subjetiva*. A primeira, de natureza *objetiva*, é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. (...) outra, de natureza *subjetiva*, concerne à *proteção à confiança* das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação. Modernamente, no direito comparado, a doutrina prefere admitir a existência de dois princípios distintos, apesar das estreitas correlações existentes entre eles. Falam os autores, assim, em *princípio da segurança jurídica* quando designam o que prestigia o aspecto *objetivo* da estabilidade das relações jurídicas, e em *princípio da proteção à confiança*, quando aludem ao que atenta para o aspecto *subjetivo*.” (SILVA, **O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro**, p. 273-274). De todo modo, Sarlet ressalta que “ambas as categorias (proteção da confiança e segurança jurídica) andam abraçadas e não podem ser compreendidas isoladamente” (SARLET, **A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica**, p. 9).

<sup>148</sup> MITIDIERO, **Precedentes**, p. 23. Sobre a igualdade enquanto direito fundamental processual: “O processo justo visa à tutela dos direitos mediante decisão justa e precedentes. E não há justiça se não há igualdade – unidade – na aplicação do Direito pelo processo. O processo tem de se estruturar com técnicas capazes de promover a igualdade de todos perante a ordem jurídica. Embora esse não seja um problema ligado propriamente à igualdade no processo, certamente constitui assunto de direito processual a necessidade de promoção da igualdade pelo processo. Daí que a igualdade pelo processo – que é a igualdade diante dos resultados produzidos pelo processo – tem estreita ligação

reconhecimento, inviabilizada a aplicação uniforme do Direito.

Contudo, se até aqui foi dito que o Direito deve ser seguro – e, portanto, cognoscível, estável, confiável e efetivo –, nada se disse acerca do quê, para esse fim, deve ser considerado Direito. Essa questão é relevante na medida em que a segurança jurídica possui caráter essencialmente referencial, isto é, depende da eleição de um determinado elemento a partir do qual possa ser construída.<sup>149</sup>

É claro que a resposta para essa pergunta necessariamente se filia à concepção de direito adotada. Por esse motivo, a exemplo do conceito de interpretação jurídica, também o conceito tradicional de segurança jurídica foi sensivelmente reformulado a partir da concepção argumentativa do direito; essa reformulação se explica a partir de uma breve recapitulação histórica.

Nos tempos modernos, as tradições ocidentais ofereceram duas soluções para o tema: a tradição de *civil law* tentou promover a segurança jurídica pelo legislador; ao passo que a tradição de *common law* tentou promover a segurança jurídica pelo juiz.<sup>150</sup> Em ambos os sistemas, pressupunha-se que a interpretação judicial era meramente declaratória de uma norma existente (consubstanciada ora no *common law*, ora na lei positiva) e que a aplicação da norma resolvia-se em um juízo lógico-dedutivo.<sup>151</sup> Oportuno notar, a propósito, como esta mesma concepção serviu para fundamentar simultaneamente a outorga e a negativa de força vinculante às decisões judiciais.<sup>152</sup>

Na Inglaterra, o direito se forma a partir do caso,<sup>153</sup> de modo indutivo.<sup>154</sup> Ao

---

com a adoção do sistema de precedentes obrigatórios pelo novo Código (arts. 926 e 927 do CPC), sem o que, paradoxalmente, focamos na igualdade no meio, mas não na igualdade no fim, atitude cuja correção lógica pode ser sem dúvida seriamente questionada. Só há sentido em preocupar-se com a igualdade no processo se nos preocuparmos igualmente com a igualdade pelo processo – o meio serve ao fim e ambos devem ser pensados na perspectiva da igualdade” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil** (2015). 2. ed. em e-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Parte II, 5. As normas fundamentais do processo civil. p. 10-11).

<sup>149</sup> MITIDIERO, **Precedentes**, p. 24.

<sup>150</sup> Cada qual ancorada em seus próprios mitos, conforme MITIDIERO, **Precedentes**, p. 24.

<sup>151</sup> MITIDIERO, **Precedentes**, p. 25.

<sup>152</sup> MITIDIERO, **Precedentes**, p. 25; MARINONI, **Precedentes obrigatórios**, p. 52 e seguintes.

<sup>153</sup> “(...) when people refer to case-by-case lawmaking, they are referring largely to the central method of the common law, one in which law is created incrementally in the process of adjudicating particular disputes and in which there may never have been a crisp and canonical formulation of a specific legal

longo do seu desenvolvimento, desde as origens medievais até a época contemporânea,<sup>155</sup> os precedentes experimentaram significativa alteração semântica que pode ser sintetizada nestes termos: ilustração, persuasão e vinculação.<sup>156</sup>

Na origem, supôs-se que o direito inglês era formado por costumes imemoriais e evidenciado a partir do caso concreto, cujo resultado é um precedente que apenas declara o *common law* preexistente.<sup>157</sup> A partir da chamada teoria declaratória da jurisdição (“*declaratory theory of judicial decision*”),<sup>158</sup> sustentava-se que os juízes de *common law* não “criavam” direito; mas que o “encontravam”, valendo-se de casos para descobrir um direito preexistente cuja preexistência estava na razão humana, em um direito de origem divina (“*God-given natural law*”) ou em outra coisa igualmente misteriosa.<sup>159</sup> Em resumo, essa doutrina defende que o *common law* consiste nos usos e nas regras costumeiras pelas quais o povo inglês (“*Englishmen*”) havia sido governado desde os tempos imemoriais.<sup>160</sup> Valendo-se da

---

*rule. To speak of a rule of the common law, therefore, is to refer to a rule that is extracted from a collection of judicial opinions*” (SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2012. p. 104).

<sup>154</sup> Schauer, citando O. W. Holmes: “*it is the merit of the common law that it decides the case first and determines the principle afterwards*” (SCHAUER, **Thinking like a lawyer**, p. 104).

<sup>155</sup> Van Caenegem destaca o caráter contínuo do desenvolvimento do direito inglês, que, ao contrário do francês, não experimentou grandes rupturas como as da Revolução (“*a historic continuum*”). O autor ressalva que essa circunstância não implica a ausência de períodos de mudança, como, por exemplo, o dos Tudors. O que se verifica é que a nenhuma dessas mudanças legislativas separou o passado do futuro, nem tinha tal intenção, de modo que o respeito pelas instituições prevaleceu mesmo diante de considerações lógicas. Um dos exemplos dessa “*veneration for the past*” é o da regra do precedente. (CAENEGEM, R. C. Van. **Judges, legislators and professors: chapters in european legal history** (1987). Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 6-10).

<sup>156</sup> MITIDIERO, **Precedentes**, p. 27.

<sup>157</sup> MITIDIERO, **Precedentes**, p. 31; MARINONI, **Precedentes obrigatórios**, p. 24-25.

<sup>158</sup> Cross e Harris, sobre a teoria declaratória: “*the decisions never make law, they merely constitute evidence of what the law is*” (p. 25). Ensinam que essa teoria foi assentada por Sir Matthew Hale, no século XVII. Citam-no: “*the decisions of courts cannot ‘make a law properly so called, for that only the King and the Parliament can do; yet they have a great weight and authority in expounding, declaring and publishing what the law of the Kingdom is, especially when such decisions hold a consonancy and congruity with resolutions and decisions of former times, and though such decisions are less than law, yet they are a greater evidence thereof than the opinion of any private persons, as such whatsoever*”. (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law** (1961). 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 28)

<sup>159</sup> No original: “*Common-law judges did not make law, so it was often said; rather, they ‘found’ it, and they used concrete cases to find a preexisting law whose preexistence was in human reason, God-given natural law, or something else equally mysterious.*” Schauer salienta que se trata de uma “*caricatura*” do antigo *common law*. (SCHAUER, **Thinking like a lawyer**, p. 106-109).

<sup>160</sup> No original: “*The doctrine of Hale and Blackstone appears to have been that the common law*

célebre expressão cunhada por Blackstone, os juízes eram considerados “*oracles of law*”.<sup>161</sup>

Neste período, que se estende do século XII ao século XV,<sup>162</sup> os precedentes desempenham função ilustrativa, isto é, de explicação do direito aplicado nas decisões judiciais. A referência ao *common law* como uma “onipresença ameaçadora no céu” (“*brooding omnipresence in the sky*”) diz respeito precisamente à ideia de que os juízes localizavam um direito que ali sempre esteve.<sup>163</sup> Daí dizer que, na origem do *common law*, o precedente consistia em um recurso demonstrativo do Direito, sem, contudo, nenhuma força vinculativa.<sup>164</sup> Em outras palavras, o precedente não continha normas, apenas elementos oriundos da experiência judicial capazes de refletir o *common law*.<sup>165</sup>

A partir dos séculos XVI e XVII, os precedentes adquirem novo papel na tomada de decisões:<sup>166</sup> como ensina Duxbury, os precedentes eram levados em

---

*consists of the usages and customary rules by which Englishmen have been governed since time immemorial supplemented by general principles of private justice and public convenience, and liable to be varied by Act of Parliament*” (CROSS, HARRIS, **Precedent in English Law**, p. 28).

<sup>161</sup> No original: “*But here a very natural, and very material, question arises: how are these customs or maxims to be known, and by whom is their validity to be determined? The answer is, by the judges in the several courts of justice. They are the depositaries of the laws, the living oracles, who must decide in all cases of doubt, and who are bound by an oath to decide according to the law of the land.*” (BLACKSTONE, William. **Commentaries on the laws of England**. Portland: Thomas B. Wait & Co., 1807. p. 68).

<sup>162</sup> GILISSEN, **Introdução histórica ao direito**, p. 209-213.

<sup>163</sup> “*When Holmes mockingly referred to the common law as some “brooding omnipresence in the sky,” the target of his scorn was the traditional common-law conceit that judges used particular disputes not to make law but to locate a fixed law that was there all along.*” Schauer, citando *Southern Pacific Co. v. Jensen*, 244 U.S. 205, 222 (1917) (Holmes, J., dissenting) (SCHAUER, **Thinking like a lawyer**, p. 109-110).

<sup>164</sup> Como ensina Duxbury: “*While courts would occasionally follow and even distinguish precedents, nobody yet believed that a court could be bound by a previous decision.*”; “*(...) Indeed although, in the medieval courts, precedents were sometimes treated as evidence of what the law was commonly held to be, the occasional judge or serjeant would pointedly remark that precedents must not be mistaken for law.*” (DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 32-33).

<sup>165</sup> MITIDIERO, **Precedentes**, p. 30.

<sup>166</sup> A propósito: “*The status of judicial precedents began to change in the early Tudor period. During the second half of the sixteenth century the idea of common learning was still evident in the case-law. However the revival of the special verdict, and an increasing inclination on the part of judges to determine the law by decisions on demurrer and motions after trial, meant that courts were more likely to treat earlier decisions as supportive (though not determinative) of a particular result, at least where those decisions were accompanied by reasons. The sixteenth-century lawyer’s tendency to rely ever more on abridgements, and the emergence during this period of compilations of cases illustrating*

consideração e poderiam ser significativos (“*precedents were valued and could be significant*”),<sup>167</sup> desde que não fossem contrários ao “Direito”.<sup>168</sup> Trata-se da teoria clássica do precedente no direito inglês, cujo desenho final se verifica não antes do século XVIII.<sup>169</sup>

Nessa fase, melhor retratada por Blackstone,<sup>170</sup> o precedente é visto como a “prova” (“*evidence*”) da existência do *common law*.<sup>171</sup> Refere o autor que “*precedents and rules must be followed, unless flatly absurd or unjust*”.<sup>172</sup> Assim, os juízes deveriam se convencer de que o precedente não era absurdo, nem injusto, para então aplicá-lo. Sendo absurdo ou injusto, poderiam descartá-lo. Em outras palavras, o precedente, por suas razões, deveria convencer o juízo acerca da bondade da sua solução para o caso – trata-se do precedente com função persuasiva.<sup>173</sup>

---

*points of law settled by the central courts, probably also contributed to the increased emphasis on case-law as a source of authority. This subtle shift in emphasis was certainly evident to Coke in his Commentary upon Littleton: ‘our book cases are the best proofs what the Law is’, he wrote, and ‘are principally to be cited for the deciding of cases in question, and not any private opinion’, for an argument drawn from authority is the strongest in law (‘Argumentum ab autoritate est fortissimum in Lege’). But although, by the seventeenth century, the courts were paying more attention to precedents than they ever had before, it would be a mistake to think that judges now considered individual decisions to be binding’.* (DUXBURY, **The nature and authority of precedent**, p. 33-34).

<sup>167</sup> DUXBURY, **The nature and authority of precedent**, p. 34.

<sup>168</sup> Postema, citando Vaughn CJ: “(...) if a Court give judgment judicially, another court is not bound to give like judgment, unless it think that judgment first given was according to law.” (POSTEMA, Gerald J. **Classic Common Law Jurisprudence** (Part II). In: Oxford University Commonwealth Law Journal, 2003, nº 3. p.12)

<sup>169</sup> “Not until the eighteenth century does the modern doctrine of stare decisis begin to take shape” (DUXBURY, **The nature and authority of precedent**, p. 35); Postema: “Stare decisis was not a doctrine of common law before the 18th century”, (POSTEMA, Gerald J. **Classic Common Law Jurisprudence** (Part II), p. 12).

<sup>170</sup> A teoria declaratória da jurisdição prevaleceu do século XII ao século XIX, portanto abrangendo o tanto o período do precedente com valor ilustrativo quanto o período do precedente com valor persuasivo. A distinção é de Mitidiero, em **Precedentes**.

<sup>171</sup> No original: “*But here a very natural, and very material, question arises: how are these customs or maxims to be known, and by whom is their validity to be determined? The answer is, by the judges in the several courts of justice. They are the depositaries of the laws, the living oracles, who must decide in all cases of doubt, and who are bound by an oath to decide according to the law of the land. Their knowledge of that law is derived from experience and study; from the ‘viginti annorum lucubratione’, which Fortescue mentions; and from being long personally accustomed to the judicial decisions of their predecessors. And indeed these judicial decisions are the principal and most authoritative evidence, that can be given, of the existence of such a custom as shall form a part of the common law*” (BLACKSTONE, **Commentaries on the laws of England**, p. 68).

<sup>172</sup> BLACKSTONE, **Commentaries on the laws of England**, p. 70.

<sup>173</sup> MITIDIERO, **Precedentes**, p. 34.

Em se constatando que uma solução já adotada fora manifestamente injusta ou absurda, o juízo subsequente não deveria declarar que o precedente era “*bad law*”; deveria declarar que o precedente “[*was*] *not law*”.<sup>174</sup> Considera-se que o juízo anterior, nessa hipótese, havia incorrido em um erro sobre o direito.<sup>175</sup> A solução anterior não era direito, era apenas uma solução equivocada, e, com o novo direito, encontra-se a verdadeira e correta solução, que sempre existiu, só não havia sido revelada.<sup>176</sup>

Nesse particular, importa perceber o emprego da teoria cognitivista da interpretação e da teoria logicista da aplicação, as quais tornaram possível a concepção de juízes como “*oracles of law*” capazes de declarar soluções já “ameaçadoramente onipresentes no céu” do *common law*.<sup>177</sup> Com efeito, partia-se da premissa de que a interpretação judicial era compreendida como atividade meramente cognitiva, sem envolver valoração, nem decisão entre possíveis significados concorrentes, ao passo que a aplicação lógico-dedutiva do direito conduziria a uma resposta única e necessariamente correta.

A segurança jurídica proporcionada por essa concepção de direito era tão somente ilusória, restrita ao “*law in books*”, porém distante do “*law in action*”.<sup>178</sup> Isso se explica pelo fato de que o precedente persuasivo não constituía uma norma – poderia ser descartado da solução do caso, mesmo amoldando-se a ele, se os juízes posteriores optassem por negar a sua aplicação.<sup>179</sup>

---

<sup>174</sup> No original: “(...) *But even in such cases the subsequent judges do not pretend to make a new law, but to vindicate the old one from misrepresentation. For it to be found that the former decision is manifestly absurd or unjust, it is declared not that such sentence was bad law, but that it was not law; that is, that is not the established custom of the realm, as has been erroneously determined.*” (BLACKSTONE, **Commentaries on the laws of England**, p. 69).

<sup>175</sup> No original: “(...) *no subsequent judges would scruple to declare that such prior determination was unjust, was unreasonable, and therefore was not law. So that the law, and the opinion of the judge, are not always convertible terms, or one and the same thing; since it sometimes may happen that the judge may mistake the law. Upon the whole, however, we may take it as a general rule, that the decisions of courts of justice are the evidence of what is common law: in the same manner as, in the civil law, what the emperor had once determined was to serve for a guide for the future.*” (BLACKSTONE, **Commentaries on the laws of England**, p. 70).

<sup>176</sup> MITIDIERO, **Precedentes**, p. 34.

<sup>177</sup> MITIDIERO, **Precedentes**, p. 34.

<sup>178</sup> Citando Arthur Bentley, MITIDIERO, **Precedentes**, p. 36

<sup>179</sup> A teoria de Coke, Hale e Blackstone de que casos não formam o direito, mas são a melhor evidência do que é o direito permite afirmar que uma regra que levasse a resultados inconvenientes

Ocorre que, ou precedente é norma jurídica, e, portanto, vinculante, independentemente de suas boas razões; ou então é mero exemplo, que obriga as partes nos limites em que a experiência anterior persuade o destinatário. Essa circunstância levou a doutrina a criticar severamente a teoria do precedente, que ensejaria amplo juízo de conveniência ao juiz e,<sup>180</sup> ainda, teria caráter eminentemente retroativo – não permitiria a autodeterminação pessoal por inexistência de segurança jurídica.

No ponto, é particularmente célebre o comentário de Bentham sobre o que ele chamou de “*judge-made law*”:

*It is the judges who make the common law (...) do you know how they make it? Just as a man makes law for his dog. When your dog does anything you want to break him off, you wait till he does it and then you beat him. This is the way you make laws for your dog, and this is the way judges make law for you and me.*<sup>181</sup>

Esse método foi qualificado por Bentham como “*dog law*”; ao passo que Austin acusou-o de ficção infantil:

*(...) what hindered him [Blackstone] from seeing this was the childish fiction employed by our judges that judiciary or common law is not made by them, but is a miraculous something made by nobody, existing, I suppose, from eternity, and merely declared from time to time by judges.*<sup>182</sup>

---

provavelmente não era direito. Assim: “*The fundamental principle upon which all these reservations ultimately rest is the principle stated by Coke, Hale, and Blackstone, that these cases do not make law, but are only the best evidence of what the law is.*” It was because of this theory that Coke was able to say, as Professor Holdsworth so well points out, that a rule which led to inconvenient results was probably not law” (GOODHART, Arthur L. **Case Law in England and America**. Cornell Law Review. v. XV. n. 2. fev. 1930. p. 197)

<sup>180</sup> MITIDIERO, **Precedentes**, p. 37.

<sup>181</sup> CROSS, HARRIS, **Precedent in English Law**, p. 31. A propósito, v. Schauer, “As was typical of his style, Bentham was being somewhat hyperbolic. His basic point was simply that the characteristic approach of the common law was one in which there were few known rules in advance, thus compelling the common law to apply punishment (and liability) only after the fact, and then to people who may not have known in advance what they were expected to do or not to do. But as we have seen, the common law does have rules, and thus it seems more than a bit extreme to understand it as being the entirely rule-free and essentially arbitrary enterprise that Bentham caricatured.”; “Whether Bentham was right, however, depends on whether the existing rule, true to the very idea of a rule, is entrenched firmly enough to resist or tolerate at least some suboptimal results”, (SCHAUER, **Thinking like a lawyer**, p.117-119).

<sup>182</sup> Citação a partir de MARINONI, **Precedentes obrigatórios**, p. 26. A propósito, MacCormick refere que a teoria declaratória dá margem a uma “questão vital”, do ponto de vista do Estado de Direito, segundo a qual “o direito produzido por juízes é retrospectivo na sua aplicação, e aberto a todas as objeções relativas à incerteza e à iniquidade de qualquer forma de retroatividade”. Uma resposta, afirma, é sugerir a introdução da “revogação prospectiva”, quando uma corte decide rejeitar um precedente ou linha de precedentes já estabelecidos (MACCORMICK, **Retórica e Estado de Direito**,



Tais críticas foram absolutamente decisivas para mais uma mudança na função do precedente no direito inglês, tendo culminado na reforma dos *Law Reports*,<sup>183</sup> em 1865, e no advento dos *Judicature Acts*, em 1873-1875, que introduziram um sistema hierárquico de cortes.<sup>184</sup>

O relato dos casos (*law reports*) se tornou mais preciso, replicando literalmente a decisão.<sup>185</sup> Com a reforma, busca-se maior acessibilidade, cognoscibilidade e confiabilidade dos precedentes;<sup>186</sup> enquanto que, com a delimitação da competência das cortes em um sistema hierárquico-piramidal identificam-se quais os precedentes que deveriam ser reportados, o que torna possível dimensionar a autoridade das razões invocadas para a solução dos casos.

Em 1898, a *House of Lords* tornou-se vinculada às próprias decisões, quando do julgamento de *London Street Tramways Co., Ltd. v. London County Council*.<sup>187</sup> A partir de então, o precedente adquire força vinculante, constituindo norma jurídica e, portanto, valendo independentemente da adesão do julgador à bondade das razões apresentadas para a solução do caso anterior.<sup>188</sup> Isso significa reconhecer o

---

p. 212). A revogação prospectiva do precedente consiste no tema da Parte II.2 deste trabalho,

<sup>183</sup> A história desses repositórios transpassa e acompanha todo o desenvolvimento da teoria dos precedentes, e a razão para diz respeito à identificação do direito. Não sendo possível saber quais são os casos mais relevantes em determinada matéria, onde e como podem ser encontrados, dificilmente se pode aplicá-los (MITIDIERO, **Precedentes**, p. 39-41). Cruz e Tucci observa que, “até o século XVII, os *Law Reports* eram coletâneas particulares e, portanto, assegurava-se aos juízes ampla discricionariedade em acolher ou não determinado precedente judicial” (CRUZ E TUCCI, **“Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial”** in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.), *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 101).

<sup>184</sup> DUXBURY, **The nature and authority of precedent**, p. 56-57.

<sup>185</sup> DUXBURY, **The nature and authority of precedent**, p. 56.

<sup>186</sup> Só é possível exigir fidelidade ao precedente se o direito é cognoscível e confiável. V. MITIDIERO, **Precedentes**, p. 41.

<sup>187</sup> “It was not until 1898 that the rule that the House of Lords is absolutely bound by its own judgments was finally established. The justification of this rule was stated by Lord Halsbury L.C. in these words: ‘What. is that occasional interference with what is perhaps abstract justice as compared with the inconvenience-the disastrous inconvenience – of having each question subject to being reargued and the dealings of mankind rendered doubtful by reason of different decisions, so that in truth and in fact there would be no real final Court of Appeal?’ (GOODHART, Arthur L. **Case Law in England and America**, p. 349). V. também CROSS, HARRIS, **Precedent in English Law**, p. 102. Sobre casos anteriores em que se menciona o tema, sem contudo “dizê-lo com todas as letras”, v. CRUZ E TUCCI, **Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial**, p.102-103.

<sup>188</sup> MITIDIERO, **Precedentes**, p. 43. Ocorre que, a fim de não se perpetrarem situações de injustiça e de se permitir a acolhida da evolução social, casos haveria em que à Corte se permite superar os

precedente não enquanto prova da existência do *common law*, mas como expressão do significado do direito, adotando-se, em detrimento da teoria declaratória da jurisdição, a doutrina constitutiva (ou positivista) da jurisdição.<sup>189</sup>

A teoria constitutiva percebe o direito como fruto de uma prática interpretativa a partir de fontes dotadas de autoridade, sendo que o juiz não atua como oráculo do direito que declara a norma preexistente, mas formula a norma a partir de processos interpretativos e aplicativos dinâmicos. Daí a necessidade de se fazer frente aos novos desafios da crise de segurança jurídica evidenciada pela complexidade do Direito – tarefa da qual se ocupará a teoria jurídica dos anos 1900.<sup>190</sup>

Se, no caso do *common law*, buscou-se segurança jurídica no juiz, transitando-se do precedente com valor ilustrativo ao precedente com valor vinculante, e, com isso, das teoria cognitivista da interpretação e logicista da aplicação às teorias argumentativas; a experiência francesa buscou segurança jurídica no legislador, valendo-se da figura do “*juge inanimé*” e de institutos como o “*référé législatif*”.

A afirmação da supremacia da lei e do papel secundário assumido pela jurisprudência no direito francês<sup>191</sup> – a ponto os juízes serem proibidos de interpretar a lei – pretendeu superar o particularismo jurídico, eliminar a interpretação como atividade inerente ao poder do juiz e promover a segurança jurídica apenas pelo

---

próprios precedentes. Essa mudança se deu pelo Practice Statement de 1966, em que a House of Lords declarou: “(...) *Their Lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose, therefore, to modify their present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so.*”, citação a partir de DUXBURY, **The nature and authority of precedent**, p. 126-127. No mesmo sentido: CRUZ E TUCCI, **Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial**, p. 102.

<sup>189</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, “**Precedentes e evolução do direito**” in: Direito Jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 60.

<sup>190</sup> MITIDIERO, **Precedentes**, p. 59.

<sup>191</sup> “(...) existe uma tradição herdada do século do Iluminismo segundo a qual a única fonte de direito aceitável seria a lei. Com efeito, em um sistema representativo, a lei é considerada feita pelo próprio povo, de maneira que, ao se submeter à lei, ele está submetido à própria vontade. Por outro lado, quaisquer que sejam a origem e o conteúdo da lei, ela é conhecida com antecedência, de modo que os ordenamentos que dela são deduzidos são previsíveis e cada um conhece seus direitos e deveres. Os tribunais, portanto, não podem jamais produzir regras, mas apenas julgamentos deduzidos da lei, por meio de silogismos. Essa é a razão pela qual Montesquieu poderia escrever que o poder de julgar é, “de certa maneira, nenhum”. (TROPER, **A filosofia do direito**, p. 115).

legislador. Essa pretensão, importa notar, funda-se na concepção técnico-cognitivista da interpretação, que veio a ser atenuada apenas nos anos 1800.<sup>192</sup>

Há três marcos: o *Code Louis* (1667); a Revolução (1789); e o *Code Napoléon* (1804). Em todos, ou supôs-se ou reagiu-se ao caráter cognitivista da interpretação judicial da lei e à sua aplicação ao caso mediante um raciocínio lógico-dedutivo.<sup>193</sup> Em outras palavras, esses marcos perpassam pela teoria do “*jugement-syllogisme*”,<sup>194</sup> segundo a qual o juiz se limita a formular um silogismo: uma vez determinado que um fato entra no campo de aplicação da lei, não lhe resta que aplicar essa lei.<sup>195</sup>

Anteriormente à promulgação do *Code Louis*, havia o que se pode denominar de particularismo jurídico. Ao Norte, vigia como *ius commune* um direito consuetudinário de origem germânica, enquanto ao Sul vigia como *ius commune* o direito romano. O soberano intervia (legalmente) para “particularizar determinadas pessoas, assinalar certas jurisdições e privilegiar algumas posições sociais em detrimento de outras”.<sup>196</sup> Essa complexidade de fontes propiciava fragmentação do direito e insegurança jurídica, de modo que os juízes – muitas vezes em proveito próprio – efetivamente decidiam a respeito do significado do direito.<sup>197</sup> Essa interpretação era dotada de valor normativo e, não raras vezes, citavam-se

---

<sup>192</sup> MITIDIÉRO, **Precedentes**, p. 45.

<sup>193</sup> MITIDIÉRO, **Precedentes**, p. 45.

<sup>194</sup> TROPER, **La séparation des pouvoirs et l’histoire constitutionnelle française**, p. 50.

<sup>195</sup> Porque, segundo essa concepção, a função jurisdicional não é criadora do direito. Dizia-se: “*le pouvoir judiciaire, ce que l’on apele improprement le pouvoir judiciaire, est la application de la loi ou volonté générale à un fait particulier, ce n’est donc en dernière analyse que l’exécution de la loi*”. A frase é de Clermont-Tonnerre, citada por Troper, em **La séparation des pouvoirs et l’histoire constitutionnelle française** p. 50. V. também TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. “**Precedent in France**”, in MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (coords.) **Interpreting Precedents: a comparative study**. Dartmouth: Ashgate, 1997. p. 103.

<sup>196</sup> MITIDIÉRO, **Precedentes**, p. 46.

<sup>197</sup> Marinoni: “No período monárquico existia uma grande pluralidade de fontes, procedentes de instituições não só diversas, mas também concorrentes, como o império, a igreja, etc. Os juízes eram odiados não apenas pelo soberano, mas também pelo povo, que lhes acusava de manipular a lei, sob o disfarce de interpretá-la, apenas para favorecer seus protegidos e obter vantagens escusas. Portanto, era preciso destruir o direito antigo, dar unidade ao direito mediante a lei e com igual intensidade evitar a sua distorção” (MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 30).

precedentes judiciais para a sustentação de casos em juízo.<sup>198</sup>

Nesse contexto, Louis XIV, com o propósito de reivindicar o direito para si, promulga a *Ordonnance Civile* de 1667 (o *Code Louis*), que se vale da teoria cognitivista da interpretação e logicista da aplicação do direito para subordinar os juízes à intenção do Rei.<sup>199</sup> O *Code*, dentre outras medidas, expressamente proíbe o juiz de interpretar a lei, e, em caso de dúvida, obriga-o a consultar o monarca;<sup>200</sup> além de considerar nulas as decisões contrárias às *Ordonnances*, e prever, nesta hipótese, a possibilidade de o juiz ser responsabilizado por perdas e danos.<sup>201</sup>

Quanto à doutrina, com o propósito de permitir a pronta identificação do direito e de viabilizar a sua aplicação lógico-dedutiva e apoiando-se em um padrão de correção para a interpretação próprio das ciências naturais, isto é, em termos de verdadeiro ou falso, sistematizou o direito vigente, de princípios gerais a regras específicas.

A Revolução de 1789 aproveitou-se e desenvolveu o legado de Louis XIV. Em consequência, de um lado, a lei não poderia ser identificada com um comando do soberano, nem com uma relação necessária derivada da natureza das coisas, o que poderia consolidar desigualdades – deveria, na verdade, ser compreendida como norma geral e abstrata oriunda da vontade geral do povo. De outro lado, os juízes também eram proibidos de interpretar a lei, de qualquer forma, devendo, contudo, reportar-se ao Tribunal de Cassação, em caso de dúvida – não mais ao legislador – trata-se do “*référé législatif*”, instituído pela *Loi du 27 novembre 1790*.<sup>202</sup>

No cerne dessa proibição de interpretar está a teoria de Montesquieu, para quem segurança jurídica está diretamente vinculada a liberdade e igualdade, no

---

<sup>198</sup> MARINONI, **O STJ enquanto corte de precedentes**, p.30.

<sup>199</sup> Daí a célebre referência do Antigo Regime: “*tout justice émane du roi*” (MITIDIERO, **Precedentes**, p. 49).

<sup>200</sup> “*tam conditor quam interpretes legum solus imperator*”, v. MITIDIERO, **Precedentes**, p. 48.

<sup>201</sup> MITIDIERO, **Precedentes**, p. 48.

<sup>202</sup> TROPER, **La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française**, p. 50-60 e 170. Aduz Marinoni que a função do Tribunal de Cassação era tutelar a autoridade da lei e não permitir a interferência do Poder Judiciário na esfera do Legislativo. “os revolucionários pretenderam impedir o juiz de interpretar a lei e, na mesma dimensão, conceberam o Tribunal de Cassação, destinado a cassar qualquer pronúncia judicial que não se limitasse a descrever o texto exato da lei” (MARINONI, **O STJ enquanto corte de precedentes**, p. 27-30).

sentido de que, se a lei é clara, estável e irretroativa, e, portanto, segura; então, ela é capaz, por si só, de assegurar liberdade e igualdade para todas as pessoas.<sup>203</sup> Por essa razão, as decisões judiciais devem ser simples declarações da lei aplicadas de maneira silogística ao caso concreto.<sup>204</sup> Nessa perspectiva, o juiz é “*inanimé*”, e a jurisprudência dos tribunais não é outra coisa senão a lei, devendo mesmo o termo jurisprudência ser “*effacé de notre langue*”.<sup>205</sup>

Nessa perspectiva, a certeza do direito estaria justamente na impossibilidade de o juiz interpretar o direito, ou, melhor dizendo, na própria lei.<sup>206</sup> Imaginou-se, em resumo, que o juiz atuaria em nome da lei e que, em virtude da segurança jurídica que daí decorreria, o cidadão teria previsibilidade e segurança no trato social.<sup>207</sup>

O *Code Civil, ou Code Napoléon*, promulgado em 1804, adotou teoria que, ao menos em parte, voltava-se ao arrefecimento do mito de juiz inanimado, por influência de Portalis, que compunha a comissão de juristas responsável pela elaboração do *Code*. Portalis foi responsável por uma reabilitação da doutrina e da jurisprudência, na medida em que se afastava do cognitivismo interpretativo e do logicismo aplicativo em voga durante o período revolucionário e, também, durante o período posterior à vigência do *Code*, sob a égide da Escola da Exegese.<sup>208</sup>

A teoria de Portalis promoveu a distinção entre interpretação *in abstracto*, ou “autêntica”, que competia ao legislador, e interpretação *in concreto*, realizada pelo juiz. Admitindo a interpretação *in concreto*, Portalis aboliu o instituto do “*référé*”

---

<sup>203</sup> MITIDIERO, **Precedentes**, p. 51.

<sup>204</sup> Os legisladores acabaram por assimilar a interpretação da lei à jurisprudência, afirmando claramente que dever-se-ia suprimir toda “*jurisprudence*”. Cf. TROPER, **La séparation des pouvoirs et l’histoire constitutionnelle française**, p. 59-60. V. também MITIDIERO, **Precedentes**, p. 51-54.

<sup>205</sup> A expressão é de Robespierre, citado em TROPER, **La séparation des pouvoirs et l’histoire constitutionnelle française**, p. 60: “essa palavra jurisprudência, na acepção que tinha sob o Antigo Regime, não significa nada de novo: deve, portanto, ser apagada de nossa língua”.

<sup>206</sup> Explica Troper, acerca do conceito clássico de interpretação autêntica, que “o poder de determinar a significação do ato permite refazê-lo, de sorte que autorizar a outrem que não o legislador de interpretar a lei equivaleira a transferir-lhe o poder legislativo” (TROPER, **A filosofia do direito**, p. 125).

<sup>207</sup> No *common law*, enxergou-se na força vinculante dos precedentes, mais precisamente no *stare decisis*, o instrumento capaz de garantir a segurança e a previsibilidade de que a sociedade precisa para se desenvolver (MARINONI, **Precedentes obrigatórios**, p. 63).

<sup>208</sup> MITIDIERO, **Precedentes**, p. 55.

*legislatif*”,<sup>209</sup> impondo ao juiz o dever de interpretar a lei, mesmo na ausência de solução expressa no ordenamento jurídico.<sup>210</sup>

Naturalmente, a Escola da Exegese contrapôs-se a essa proposição, defendendo o retorno ao cognitivismo interpretativo e ao logicismo aplicativo, sob o argumento de ausência de critérios interpretativos capazes de controlar eventuais arbitrariedades perpetradas pelos juízes no uso dos poderes conferidos pelo *Code Civil*. Negou, da mesma forma, valores gerais assimiláveis ao precedente judicial e à jurisprudência.<sup>211</sup>

A consideração ao papel da lei na história do direito francês, assim como ao do precedente na história do direito inglês, denota tentativas diferentes voltadas ao mesmo objetivo, qual seja, a promoção de uma ordem jurídica segura, em que todos possam ser livres e tratados de forma isonômica, tendo como principal referência, conforme o caso, ora a legislação, ora a jurisdição.

À vista disso, conclui-se que a interpretação e a aplicação do direito são problemas transordenamentais,<sup>212</sup> e que, por conseguinte, a efetivação da segurança jurídica depende da cooperação de juristas de ambas as tradições. Ainda, como se percebe a partir dos exemplos do passado, não se pode fundar a segurança jurídica exclusivamente na legislação, ou na jurisdição; deve-se, com efeito, perceber a relação entre ambas como uma relação dinâmica e cooperativa, capaz, mediante instrumentos adequados,<sup>213</sup> de promover a unidade do direito em um equilíbrio entre estabilidade e abertura do sistema.<sup>214</sup> Novamente, o âmago dessa questão reside em reconhecer que o direito é complexo e de que a

---

<sup>209</sup> Troper conclui que o sistema do *référé* permitia ao órgão Legislativo imiscuir-se na função jurisdicional, fazendo dele o superior dos tribunais. V. TROPER, **La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française**, p. 68.

<sup>210</sup> MITIDIERO, **Precedentes**, p. 56.

<sup>211</sup> Apenas com a *“livre recherche du Droit”* e com o *“méthode dogmatique”* esse movimento encontrou termo, como refere MITIDIERO, **Precedentes**, p. 57.

<sup>212</sup> A propósito: v. Kelsen, p. 1: “A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação.” (KELSEN, H. L. A. **A teoria pura do direito**. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 1)

<sup>213</sup> Trata-se do objeto da Parte II deste trabalho.

<sup>214</sup> MITIDIERO, **Precedentes**, p. 44, 77-80.

interpretação jurídica é atividade adscritiva de um sentido possível, outorgado por uma jurisdição reconstrutiva da ordem jurídica.

A consequência dessa nova formulação é que a segurança jurídica deixa de ser identificada como suposta segurança do significado prévio do texto normativo, cujo pressuposto estava na prévia determinação do direito, para, com base da dupla indeterminação do direito, afirmar-se que a segurança jurídica se resolve na segurança do procedimento lógico-argumentativo que leva ao significado normativo.<sup>215</sup>

Em outras palavras, a partir da compreensão do direito não como um objeto dado, mas como uma atividade argumentativa reconstrutiva de sentidos normativos baseadas em postulados hermenêuticos e aplicativos,<sup>216</sup> o problema da segurança jurídica passa a significar um problema de “segurança da argumentação” – dinâmica, racional e argumentativa –, não mais uma “segurança do objeto”.<sup>217</sup>

---

<sup>215</sup> MITIDIERO, **Precedentes**, p. 68; MITIDIERO, **Cortes Superiores e Cortes Supremas**, p. 11; ÁVILA, **Segurança jurídica**, p. 250-256. A propósito, observa Kelsen que “A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que a norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação “correta”. Isso é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica.” (KELSEN. **A teoria pura do direito**, p. 396)

<sup>216</sup> ÁVILA, **Segurança jurídica**, p. 95.

<sup>217</sup> MACCORMICK, **Retórica e o Estado de Direito**, p. 42. Sobre a adoção de “um enfoque da segurança jurídica que seja adequado à mutabilidade das relações e ao parâmetro prospectivo de atuação do Estado”, baseado no “conceito de continuidade jurídica, um conteúdo que modernamente é incorporado à cláusula do Estado de Direito” V. CABRAL, **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis** (2013). 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 309-325.

## **Parte II. Precedente e Coisa Julgada como Expressões do Princípio da Segurança Jurídica no Brasil**

### **1. A Relação entre o Precedente, a Coisa Julgada e a Segurança Jurídica: uma Visão Harmônica**

Na Parte I deste trabalho, pretendeu-se, em resumo, sublinhar duas premissas: a uma, que o direito é considerado uma atividade argumentativa, dependente do processo de interpretação e aplicação; a duas, que essa compreensão do direito repercute no significado segurança jurídica, que, nessa perspectiva, deve ser compreendida como segurança do procedimento lógico-argumentativo que conduz ao significado normativo.

Nesta Parte II, procura-se demonstrar como a coisa julgada e o precedente são expressões do princípio da segurança jurídica, aptos, por conseguinte, a promover o ideal de unidade do direito.

Sobretudo em razão de uma nova concepção acerca do significado da interpretação jurídica, em que a norma não é objeto, mas resultado da interpretação, percebeu-se que o discurso do legislador não é suficiente para guiar o comportamento humano, porque indeterminado. Admitindo-se, ainda, que a interpretação é atividade adscritiva de sentido, é preciso conceber o direito como o produto de uma relação dinâmica e cooperativa entre legislação, doutrina e jurisdição. Por essa razão, a orientação de comportamentos que o direito tem o dever de oferecer tem sua tônica deslocada – da legislação para a jurisdição. Nesse contexto é que as decisões judiciais deixam de ser vistas como meios de solução para determinados casos concretos, e adquirem, também, a função de promover a unidade do direito.<sup>218</sup>

Por essa razão, aponta-se que as decisões judiciais se prestam a um duplo discurso:<sup>219</sup> de um lado, voltado para a tutela dos direitos em dimensão particular,

---

<sup>218</sup> MITIDIERO, Daniel. **Fundamentação e precedente** – dois discursos a partir da decisão judicial. Revista de Processo. v. 206. n. 2708. p. 61-78, abr. 2012; MITIDIERO, **Precedentes**, p. 86.

<sup>219</sup> “Sendo a tônica na jurisdição, naturalmente que a densificação da segurança jurídica e a promoção da liberdade e da igualdade passam a ter como referencial a interpretação que é dada



por meio da coisa julgada; de outro, voltado para a tutela dos direitos em dimensão geral, por meio dos precedentes. Um dos traços que une ambos os discursos, isto é, coisa julgada e precedente, é a vocação à segurança jurídica, motivo pelo qual são tratados aqui como expressões deste princípio.

Feitas essas considerações iniciais, trata-se, em primeiro lugar, sobre o discurso voltado à tutela dos direitos em dimensão particular, mediante a coisa julgada.

Inserida no âmbito de proteção da segurança jurídica,<sup>220</sup> a coisa julgada constitui “autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso” (artigo 502, do Código de Processo Civil).<sup>221</sup> Trata-se de um “instituto de finalidade essencialmente prática: destina-se a conferir estabilidade à tutela jurisdicional dispensada. Para exercer de modo eficaz tal função, ela deve fazer imune a futuras contestações o resultado final do processo”.<sup>222</sup>

A Constituição Federal refere expressamente que a lei não prejudicará a coisa julgada (artigo 5º, XXXVI).<sup>223</sup> Isso significa que ao legislador infraconstitucional é

---

pela jurisdição à Constituição e à legislação.” (MITIDIERO, **Precedentes**, p. 86).

<sup>220</sup> SARLET, MARINONI, MITIDIERO, **Curso de Direito Constitucional**, p. 792. No mesmo sentido, identificando a segurança jurídica e coisa julgada: CANOTILHO, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 257; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v.2, p.620; OLIVEIRA, **Coisa julgada e precedente**, p. 29; ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 123.

<sup>221</sup> Neste trabalho, emprega-se a expressão “coisa julgada”, sem referência ao qualificativo “material”, por entender-se que este causaria uma tautologia: *res iudicata* indica que a coisa, isto é, o mérito foi julgado. Considera-se, também, mais apropriada a distinção entre coisa julgada e preclusão, em lugar daquela entre coisa julgada material e formal (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, **Novo curso de processo civil**, v. 2., p. 620). Sobre coisa julgada e preclusão, ver, por todos, CABRAL, **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. Quanto à “Autoridade”, a doutrina afirma que é uma situação jurídica: a força que qualifica uma decisão como obrigatória e definitiva. Como situação jurídica, a coisa julgada é um efeito jurídico – efeito que decorre de determinado fato jurídico, após a incidência da norma jurídica. Na segunda parte, o art. 502 do CPC preceitua os corolários dessa autoridade: a decisão torna-se indiscutível e imutável” (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2, p. p. 527).

<sup>222</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Coisa Julgada e Declaração** in: Temas de direito processual, primeira série. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 83.

<sup>223</sup> Em Portugal, por exemplo, embora a Constituição não preveja expressamente o “princípio da intangibilidade do caso julgado”, este decorre “de vários preceitos do texto constitucional (CRP, arts. 29º/4, 282º/3) e é considerado como subprincípio inerente ao princípio do Estado de direito na sua dimensão de princípio garantidor de certeza jurídica” (CANOTILHO, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 265).

vedado atuar de modo a enfraquecer ou abolir a coisa julgada;<sup>224</sup> significa também uma nítida escolha da Constituição a favor da estabilidade das situações jurídicas em detrimento da possibilidade de infundáveis discussões e rediscussões dos problemas em busca de uma decisão supostamente mais justa do litígio.<sup>225</sup>

Diz-se que a coisa julgada é um discurso prático porque comprometido com uma solução, isto é, porque põe fim às discussões judiciais de modo definitivo. Contudo, é importante ter em mente que referida opção constitucional decorreu de uma ponderação entre a ampla impugnabilidade das decisões, a fim de evitar a perpetuação de injustiças, e a necessidade de proporcionar estabilidade jurídica, pondo fim às discussões judiciais.<sup>226</sup>

De fato, o constituinte não só privilegiou a estabilidade jurídica, como o fez por meio de uma *regra* de proteção à coisa julgada.<sup>227</sup> A opção de se concretizar o princípio da segurança jurídica por meio de uma regra de proteção à coisa julgada se deu a partir de uma função desempenhada por essa espécie normativa.<sup>228</sup>

Sendo regra, e não um princípio, a coisa julgada não pode ser afastada mediante a aplicação do postulado da proporcionalidade.<sup>229</sup> O constituinte já ponderou entre a segurança jurídica – advinda da coisa julgada – e o risco de eventuais injustiças, decidindo por prestigiar a estabilidade das decisões.<sup>230</sup> Regras

---

<sup>224</sup> SARLET, MARINONI, MITIDIERO, **Curso de Direito Constitucional**, p. 792-793.

<sup>225</sup> MARINONI, ARENHART, MITIDIERO. **Novo curso de processo civil**. v. 2, p. 620.

<sup>226</sup> “É a garantia da coisa julgada que ampara, relativamente às decisões judiciais, a segurança das partes (que não querem ver excluídos seus direitos já confirmados), da sociedade (que não tolera a falta de contínua de coordenação entre os cidadãos) e do próprio Poder Judiciário (que não pode infinitamente voltar a decidir a respeito de questões sobre as quais já tenha se pronunciado). ÁVILA, **Teoria da igualdade tributária**, p. 123.

<sup>227</sup> Sobre a caracterização da coisa julgada como regra: ÁVILA, **Teoria da igualdade tributária**, p. 123-124; SARLET, MARINONI, MITIDIERO, **Curso de Direito Constitucional**, p. 793; MARINONI, ARENHART, MITIDIERO. **Novo curso de processo civil**. v.1, p. 518-519.

<sup>228</sup> ÁVILA, **Teoria dos princípios**, p. 102, 128-161.

<sup>229</sup> O postulado da proporcionalidade se subdivide em três subpostulados: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Registre-se que a aplicabilidade desse postulado está condicionada à existência de elementos específicos, meio e fim. (ÁVILA, **Teoria dos princípios**, p.185 e 227). Ressalva-se que esta vedação se dirige ao juiz, e não ao legislador. Este último pode, à luz da proporcionalidade em sentido estrito, mitigar a regra da coisa julgada, como ocorre, por exemplo, no art. 966, do Código de Processo Civil.

<sup>230</sup> Os casos exemplares que animam a conclusão de que o juiz pode invocar a regra da proporcionalidade em sentido estrito para desconsiderar a coisa julgada (quando essa nega direito que, diante da aplicação da regra, sobre ela deve prevalecer), são os de ação de investigação de

são vocacionadas a eliminar ou reduzir os problemas decorrentes da incerteza que seria gerada caso tal ponderação fosse realizada caso a caso, resolvendo um conflito de valores, em verdade, já conhecido e recorrente.

Por ser regra constitucional, não pode o juiz desconsiderar a coisa julgada,<sup>231</sup> nem a pretexto de estabelecer sua ponderação com outro direito fundamental.<sup>232</sup> A ponderação não é um método de interpretação. Explica Canotilho que a atividade interpretativa começa por reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflitantes, procurando, em seguida, atribuir um sentido aos textos normativos e aplicar, enquanto a ponderação visa a elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens.<sup>233</sup> Ponderar significa, em suma, sopesar para definir o bem que deve prevalecer.<sup>234</sup> Somente bens jurídicos (situações essenciais à promoção de princípios jurídicos); interesses (próprios bens jurídicos na vinculação com o sujeito que os pretende obter); e valores (aspecto axiológico da norma, indicam que algo é digno de ser buscado ou preservado) podem ser objeto de ponderação.<sup>235</sup>

Ademais, o postulado da proporcionalidade em sentido estrito só pode ser usado em casos excepcionais, de colisão de direitos de igual hierarquia, cuja

---

paternidade julgada improcedente quando não era conhecido o exame de DNA e de ação de desapropriação que condena a Fazenda Pública a pagar indenização em valor muito superior ao que estaria de acordo com a “justa indenização”. Esse fenômeno é designado de “relativização da coisa julgada”. (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. XV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Ed. em e-book. Capítulo VII Da Ação Rescisória PARTE B, artigo 966, ponto 9.5, p. 33). Ocorre que não há garantia de que a segunda decisão será justa. V. DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, **Curso de Direito processual civil**. v. 2. p. 572-573. Defendendo que “não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas” e que, em prol da tutela jurisdicional justa, a força dos precedentes judiciais transcende o dogma da coisa julgada material, v. CRUZ E TUCCI, **Precedente judicial como fonte de direito**, p. 284-287.

<sup>231</sup> Tampouco podem o legislador e o administrador furtarem-se à observância da coisa julgada, por força do artigo 5º, XXXVI, da Constituição, conforme SARLET, MARINONI, MITIDIERO, **Curso de Direito Constitucional**, p. 793

<sup>232</sup> MARINONI, ARENHART, MITIDIERO. **Novo curso de processo civil**. v.2, p. 655. De acordo com Ávila, ponderação é espécie de postulado normativo. Consiste em um método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento. Sem uma estrutura e critérios materiais, adverte Ávila que esse instrumento é pouco útil para a aplicação do Direito. (ÁVILA, **Teoria dos princípios**, p. 185).

<sup>233</sup> CANOTILHO, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 1237.

<sup>234</sup> MARINONI, MITIDIERO. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. XV. Ed. em e-book. Capítulo VII Da Ação Rescisória PARTE B, artigo 966, p. 33.

<sup>235</sup> ÁVILA, **Teoria dos princípios**, p. 285-186.

solução não pode se dar senão por meio da ponderação no caso no caso concreto. Trata-se de situações extremas, em que não exista outra alternativa a não ser a ponderação dos direitos.<sup>236</sup> Nesse sentido, Ávila sustenta que a proteção da coisa julgada, mais do que amparar um ideal de segurança jurídica sem predefinir o seu modo de realização, é uma forma de regramento do conflito entre a segurança e a igualdade particular, não podendo ser afastada mediante um mero procedimento de ponderação por meio do qual se atribua um peso maior ou menor a ela, só podendo ser relativizada em situações absolutamente extraordinárias de excessividade e de irrazoabilidade.<sup>237</sup>

Da mesma forma, a coisa julgada não comporta juízo de razoabilidade.<sup>238</sup> Ordinariamente, esse postulado normativo estrutura a aplicação de outras normas, notadamente das regras.<sup>239</sup> Todavia, em consideração a uma particularidade da coisa julgada, a essa regra não se aplica. A coisa julgada torna possível o discurso jurídico: um discurso revisável não é um discurso jurídico, mas um discurso prático-geral.<sup>240</sup> É imprescindível ao direito que os problemas sejam definitivamente resolvidos em determinado momento no tempo.

Assim, a coisa julgada não é uma regra do discurso, mas uma regra sobre o discurso, daí seu valor superlativo,<sup>241</sup> a ponto de impossibilitar a suposição de que a coisa julgada situa-se no mesmo plano que direitos definidos pela jurisdição,<sup>242</sup> a

---

<sup>236</sup> “A ponderação não só é um método complementar, mas talvez o menos recomendável e o mais criticado de todos os que existem.” Enrique Alonso García, citado em MARINONI, MITIDIERO. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. XV. Ed. em e-book. Capítulo VII Da Ação Rescisória PARTE B, artigo 966, p. 33.

<sup>237</sup> ÁVILA, **Teoria da igualdade tributária**, p. 123-124.

<sup>238</sup> Em linhas gerais, o postulado da razoabilidade aplica-se como diretriz, que exige (i) a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto; (ii) uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual fazem referência; (iii) a relação de equivalência entre duas grandezas. V. ÁVILA, **Teoria dos princípios**, p. 227.

<sup>239</sup> ÁVILA, **Teoria dos princípios**, p. 194.

<sup>240</sup> MARINONI, MITIDIERO. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. XV. Ed. em e-book. Capítulo VII Da Ação Rescisória PARTE B, artigo 966, p. 33-34.

<sup>241</sup> MARINONI, ARENHART, MITIDIERO. **Novo curso de processo civil**. v.2. p. 519.

<sup>242</sup> A propósito: “a coisa julgada não pode ser colocada no mesmo plano do direito que constitui o objeto da decisão à qual adere. Ela é elemento integrante do conceito de decisão jurisdicional, ao passo que o direito é apenas o seu objeto. Não há dúvida de que os direitos podem, conforme o caso, ser contrapesados para fazer surgir a decisão jurisdicional adequada, mas a própria decisão não pode ser oposta a um direito, como se ao juiz pudesse ser conferido o poder de destruir a própria

exemplo dos direitos ao pagamento da justa indenização e à descoberta do pai.<sup>243</sup> Não por outra razão, aliás, a ação rescisória, que se destina a desconstituir a coisa julgada, constitui ação cujo cabimento é excepcional na ordem jurídica (artigo 966, do Código de Processo Civil).<sup>244</sup>

Em linhas gerais, portanto, em razão de a coisa julgada ser regra, e não princípio, incidem as duas primeiras vedações: a coisa julgada não pode ser afastada por juízo de proporcionalidade, nem pode ser objeto de ponderação com outro direito fundamental. A terceira, relativa à razoabilidade, justifica-se diante da particularidade de a regra da coisa julgada ser uma regra da natureza do discurso jurídico.

Uma vez estabelecido que a Constituição Federal optou por densificar o princípio constitucional da segurança jurídica mediante a instituição de uma regra de proteção à coisa julgada, evidencia-se que a coisa julgada consiste em uma expressão da segurança jurídica.<sup>245</sup> Por conseguinte, não se pode conceber coisa julgada senão a partir da segurança jurídica, notadamente a partir da necessidade de proteção contra a retroatividade da interpretação judicial do direito e da tutela da confiança legítima.<sup>246</sup>

---

estabilidade do seu poder, a qual, antes de tudo, é uma garantia do cidadão.” ; “A coisa julgada, por não fazer parte do conteúdo material do discurso jurídico, não pode ser objeto de balanceamento. Ela é regra formal do discurso jurídico ou regra imprescindível para a existência desse discurso ou do próprio processo.”, MARINONI, MITIDIERO. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. XV. Ed. em e-book. Capítulo VII Da Ação Rescisória PARTE B, artigo 966, p. 33-35.

<sup>243</sup> MARINONI, MITIDIERO. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. XV. Ed. em e-book. Capítulo VII Da Ação Rescisória PARTE B, artigo 966, p. 33-34.

<sup>244</sup> MARINONI, ARENHART, MITIDIERO. **Novo curso de processo civil**. v.1, p. 519; Explica Paulo de Oliveira: “o próprio constituinte entendeu que, em certos casos, o ordenamento jurídico deve prover um mecanismo apto a flexibilizar a garantia constitucional, diante de vícios da decisão proferida. Em atenção à supracitada ponderação entre segurança jurídica e perpetuação de injustiças, os tribunais poderão apreciar ações rescisórias e revisões criminais, a fim de rever decisões judiciais qualificadas pela coisa julgada em determinadas circunstâncias previstas pelo legislador ordinário. (...) Trata-se de uma manifestação do princípio constitucional da proporcionalidade” (OLIVEIRA, **Precedente e coisa julgada**, p. 31).

<sup>245</sup> Em outras palavras, a coisa julgada integra o núcleo do direito fundamental à segurança jurídica no processo, v. SARLET, MARINONI, MITIDIERO, **Curso de Direito Constitucional**, p. 791.

<sup>246</sup> No mesmo sentido: “A coisa julgada material constitui projeção do princípio da segurança jurídica e, nessa linha, a tutela à coisa julgada deve ser compreendida como uma decorrência do próprio princípio do Estado de Direito – *Rechtsstaatsprinzip*. A ofensa à coisa julgada significa, em outras palavras, violação à segurança jurídica e à cláusula do Estado de Direito, representando negação da permanência, da previsibilidade e do império do Direito”, MARINONI, MITIDIERO. **Comentários ao**

A tutela dos direitos em dimensão particular dá-se por meio da prolatação de decisões de mérito justas, as quais tornar-se-ão, com o trânsito em julgado, indiscutíveis e, portanto, estáveis.<sup>247</sup> O problema da decisão justa<sup>248</sup> remete à fundamentação das decisões, que compõe o núcleo do direito ao processo justo, consoante os artigos 5º, LIV, e 93, IX, da Constituição Federal, constituindo, pois, um dos fins do Estado Constitucional.<sup>249</sup>

Fundamentar significa dar razões que visam a evidenciar a racionalidade das opções interpretativas constantes da sentença, a viabilizar o seu controle intersubjetivo e a oferecer o material necessário para a formação de precedentes. A fundamentação deve ser concreta, estruturada e completa, isto é, deve dizer respeito ao caso concreto, estrutura-se a partir de critérios claros e pertinentes e conter uma análise completa dos argumentos relevantes sustentados pelas partes em suas manifestações.<sup>250</sup>

---

**Código de Processo Civil.** v. XV. Ed. em e-book. Capítulo VII Da Ação Rescisória PARTE B, artigo 966, p. 23-23.

<sup>247</sup> MITIDIERO, Cortes Superiores e Cortes Supremas, p. 21-29.

<sup>248</sup> A formação de uma decisão justa para as partes depende da conjugação de critérios ligados à individualização, interpretação e argumentação referente às normas jurídicas que devem reger o caso concreto levado à juízo, à adequada verificação das alegações de fato formuladas pelas partes e à justiça da estruturação do processo. Vale dizer, envolve reconhecer que (i) o discurso deve ser intersubjetivamente controlável a partir da invocação de razões relevantes que conduzam ao maior grau possível de aceitação racional; (ii) a verdade deve ser objetivo da prova; (iii) devem ser observados os direitos de ação, de defesa, do direito ao contraditório e do dever de fundamentação das decisões judiciais. (MITIDIERO, **Cortes Superiores e Cortes Supremas**, p. 25-28). V. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 159. THEODORO JÚNIOR, NUNES, BAHIA, PEDRON, **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**, p. 301 e seguintes.

<sup>249</sup> “O Estado Constitucional existe para promover os fins da pessoa humana – e isso quer dizer que o processo civil no Estado Constitucional existe para dar tutela aos direitos” (MITIDIERO, **Cortes Superiores e Cortes Supremas**, p. 25). Sobre os fins do Estado Constitucional: MITIDIERO, Daniel. **A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado Constitucional**. Revista de Processo. v. 229. p. 51-74. mar. 2014.

<sup>250</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado** (2015). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 491. Ademais, apontam-se os seguintes elementos como conteúdo mínimo da motivação da decisão: articulação mínima: (i) a enunciação das escolhas desenvolvidas pelo órgão judicial para, (i.i) individualização das normas aplicáveis; (i.ii) acertamento das alegações de fato; (i.iii) qualificação jurídica do suporte fático; (i.iv) consequências jurídicas decorrentes da qualificação jurídica do fato; (ii) o contexto dos nexos de implicação e coerência entre tais enunciados e (iii) a justificação dos enunciados com base em critérios que evidenciam ter a escolha do juiz sido racionalmente correta. (OLIVEIRA, Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil** (2009). 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 1, p. 47; MITIDIERO, **Fundamentação e precedente**, p. 3; TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença**

A extensão do dever de fundamentação deve ser compreendida à luz do direito ao contraditório: se este significa direito de influir, a contrapartida há de ser o dever de debate. Por esse motivo, a decisão deve enfrentar expressamente os fundamentos arguidos pelas partes em suas manifestações processuais – como dispõe o artigo 489, § 1º, IV, do Código de Processo Civil.<sup>251</sup> Quanto aos termos vagos comumente empregados pelo legislador,<sup>252</sup> cabe ao juiz conferi-lhes contornos mais nítidos, vale dizer, toda vez que invocados em juízo, é preciso mostrar com que significado são empregados, por que razão servem à disciplina do caso concreto e quais efeitos devem ser deles extraídos, conforme previsão do artigo 489, §1º, III, do Código de Processo Civil.<sup>253</sup>

Pode-se identificar que a tutela dos direitos em âmbito particular, mediante a coisa julgada visa, primordialmente, a proporcionar coerência ao sistema, viabilizar o discurso jurídico, conferir cognoscibilidade ao direito e possibilitar calculabilidade das relações jurídicas e imprimir o sentimento de confiança nos cidadãos.<sup>254</sup> Nesse sentido, a coisa julgada concorre para instrumentalizar, por meio da segurança

---

**civil.** Tradução Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 202-266.

<sup>251</sup> Ressalta-se que fundamento não se confunde com argumento. “Fundamentos constituem os pontos levantados pelas partes dos quais decorrem, por si só, a procedência ou a improcedência do pedido formulado. Os argumentos, de seu turno, são simples reforços que as partes realizam em torno dos fundamentos.” Se o juiz é obrigado a responder aos fundamentos, o mesmo não se aplica com relação aos argumentos: “o juiz não está obrigado a responder todos os argumentos das partes na fundamentação da sentença. O mesmo vale para os acórdãos dos tribunais”. Nesse sentido: “Não viola os artigos 165, 458 e 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta”, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 681.638/PR. Rel. Ministro Teori Albino Zavascki. Primeira Turma. Julgado em 26/09/2006, DJ 09/10/2006, p. 262.

<sup>252</sup> No Estado Constitucional, o legislador adota as técnicas casuística e aberta. A primeira (casuística) diz respeito a prever exatamente os casos que se quer disciplinar, particularizando ao máximo os termos, as condutas e as consequências legais. A segunda (aberta), ao emprego de termos indeterminados, com ou sem previsão de consequências jurídicas na própria proposição. No âmbito da técnica aberta, conceitos jurídicos indeterminados são espécies normativas em cujo suporte fático há previsão de termo indeterminado, com consequências jurídicas legalmente previstas; cláusulas são espécies normativas em cujo suporte fático há previsão de termo indeterminado e não há previsão de consequências jurídicas na própria proposição legal (MITIDIERO, Daniel. **Fundamentação e precedente**, p. 3). Sobre o tema, ver, por todos, MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Livraria dos Tribunais, 2000.

<sup>253</sup> MARINONI, ARENHART, MITIDIERO. **Novo código de processo civil comentado**. p. 493.

<sup>254</sup> OLIVEIRA, **Coisa julgada e precedente**, p. 33.

jurídica, a promoção de um fim do direito, que é possibilitar a autodeterminação dos indivíduos, isto é, a liberdade.

Atentando-se ao fato de que o direito existe em função da sociedade, e não a sociedade em função do direito,<sup>255</sup> passa-se à análise do outro discurso possível a partir da decisão judicial: a tutela dos direitos em âmbito geral, mediante os precedentes. Esse discurso é de ordem institucional,<sup>256</sup> destina-se à sociedade como um todo e estrutura-se com vistas à promoção de unidade do direito,<sup>257</sup> liberdade e igualdade e coerência normativa.

A partir da premissa de que as normas só existem a partir da interpretação, a ponto de se dizer que o respeito ao princípio da legalidade significa na verdade respeito à interpretação conferida pelos tribunais competentes para tanto,<sup>258</sup> os precedentes judiciais consistem em um instrumento voltado à densificação do comando normativo. Isso porque é tarefa do precedente reduzir o âmbito de equivocidade inerente ao direito, viabilizando a sua maior cognoscibilidade.<sup>259</sup>

Respeitar precedentes implica outorgar ao sistema de distribuição de justiça maior segurança jurídica, por meio de cognoscibilidade normativa, capacidade de antecipação das consequências jurídicas dos atos (calculabilidade) e possibilidade de confiança no passado. A ordem jurídica, em vista disso, ganha coerência, torna-se segura e capaz de promover o respeito à igualdade e à liberdade de todos perante o Direito.

Antes de se tratar dos fins do sistema de precedentes (igualdade e liberdade),

---

<sup>255</sup> Von IHERING, citado por GRAU, **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**, p. 129.

<sup>256</sup> A obrigação do Poder Judiciário de seguir precedentes é oriunda da natureza interpretativa do direito e da própria Constituição, sendo que o Código de Processo Civil apenas explicita a existência do dever de seguir precedentes (artigos 926, 927, 1.039 e 1.040). SARLET, MARINONI, MITIDIERO, **Curso de Direito Constitucional**, p. 794.

<sup>257</sup> Quando se refere à unidade do direito, refere-se implicitamente à hierarquia, à coerência à igualdade (MITIDIERO, **Precedentes**, p. 92, nota nº 23).

<sup>258</sup> MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, **Novo curso de processo civil**, v. 2, p. 606. O texto da lei se torna instrumento insuficiente para resolver todos os problemas levados ao Poder Judiciário. Assinala Teresa Wambier que “a pauta de conduta dos jurisdicionados, como se viu, não está exclusivamente na letra da lei. Está na lei, enquanto “compreendida” pela doutrina e pelos tribunais” (WAMBIER, **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**, p. 12).

<sup>259</sup> MITIDIERO, **A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado Constitucional**. p. 8.



é importante ter claro que nem toda decisão judicial é um precedente, e nem todo material exposto na justificação tem força vinculante. Assim, a aplicação do precedente envolve a interpretação do significado do caso e das razões empregadas para sua solução.<sup>260</sup>

A parte que vincula em um precedente é a sua *ratio decidendi*, isto é, a proposição jurídica, explícita ou implícita, considerada necessária e suficientes para a decisão, também denominada *holding* de um caso.<sup>261</sup> Anota-se que *ratio decidendi* não é sinônimo de fundamentação, nem de raciocínio judiciário.<sup>262</sup> A *ratio decidendi* diz respeito à unidade do direito; a fundamentação – e o raciocínio jurídico que nela tem lugar – referem-se ao caso particular. Nada obstante, tanto a *ratio decidendi* quanto a fundamentação formam-se a partir da justificação.<sup>263</sup>

Com efeito, a proposição essencial e determinante para solução da questão consubstancia a *rule of precedent*<sup>264</sup> (cerne ou núcleo do precedente) e, portanto,

---

<sup>260</sup> MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, **Novo curso de processo civil**, v. 2, p. 613. Precedentes não operam sem referência a fatos; dependem da unidade fático-jurídica do caso. Nesse sentido, Cross e Harris: “*judgements must be read in the light of the facts of the cases in which they are delivered*” (CROSS, HARRIS, **Precedent in English Law**, p. 43). Schauer aponta que “*This relationship among facts, facts as found by the court, decision of the court, and announced reasoning of the court is at the heart of the English debate about ratio decidendi.*” (SCHAUER, Frederick. **Precedent**. Stanford Law Review. v. 39. n. 571. 1987. p. 4, nota nº 5).

<sup>261</sup> V. WAMBIER, **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**, p. 6. A propósito, no *common law*, a *ratio decidendi* é identificada para solução de casos, mas a doutrina defende que também servem para decidir questões constantes dos casos (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, **Novo curso de processo civil**, v. 2, p. 606). São notórios dois métodos para identificação da *ratio decidendi* na tradição do *common law*: o teste de Wambaugh e o método de Goodhart. Sobre o tema, v. CROSS, HARRIS. **Precedent in English Law**. p. 51-71.

<sup>262</sup> DUXBURY, **The nature and authority of precedent**, p. 67. No original: “*Judicial reasoning may be integral to the ratio, but the ratio itself is more than the reasoning, and within many cases there will be judicial reasoning that constitutes not part of the ratio, but obiter dicta.*”

<sup>263</sup> MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, **Novo curso de processo civil**, v. 2, p. 614.

<sup>264</sup> V. WAMBIER, **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**, p. 6. Cruz e Tucci observa que é a tese jurídica suficiente a decidir o caso concreto (*rule of law*), e não a parte dispositiva da decisão, que produz eficácia vinculante e que deve nortear a interpretação judicial em momento posterior (CRUZ E TUCCI, **Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial**, p. 100-101). A propósito, v. Schauer: “*Although people may describe this form of reasoning as “precedent,” it is significantly different from a narrower, more central notion of precedent as a norm limiting the decisionmaker’s flexibility. When the choice whether to rely on a prior decisionmaker is entirely in the hands and the present decisionmaker, the prior decision does not constrain the present decision, and the present decisionmaker violates no norm by disregarding it. I want to view precedent as a rule of precedent, and not as a nonrule-governed choice by a decisionmaker in an individual case to rely on the prior decisions of others*”, (SCHAUER, **Precedent**, p. 575-576).

deve necessariamente ser seguida. As questões que não integram a *ratio* constituem *obiter dicta* ou *gratis dicta* (literalmente, aquilo que é dito para morrer, ou dito de graça, inutilmente), e possuem caráter meramente persuasivo.<sup>265</sup>

Assim, identificar e aplicar o precedente depende (i) da interpretação do material constante da decisão<sup>266</sup> (nesse sentido, diz-se que o precedente é “formado” pelos seus destinatários),<sup>267</sup> (ii) da individualização de razões e (iii) da conexão destas às hipóteses fático-jurídicas que nelas recaem.<sup>268</sup> Assim, como refere o artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil, juízes e tribunais, ao aplicarem precedentes, devem observar o direito ao contraditório e o dever de fundamentação analítica. Há, portanto, dever de debate prévio à aplicação do precedente, bem como há dever de identificação precisa da identidade ou semelhança entre os aspectos fático-jurídicos dos casos capazes de justificar a aplicação do precedente.<sup>269</sup>

A regra pela qual a segurança jurídica é promovida em um sistema de precedentes denomina-se *stare decisis*, cuja origem se encontra no brocardo *stare decisis et non quieta movere* (“mantenha-se o que foi decidido e não se perturbe a paz”).<sup>270</sup> Em sua dimensão horizontal, o *stare decisis* exige que as Cortes Supremas outorguem unidade à ordem jurídica e mantenham-na estável, estando os seus juízes obrigados a seguir os próprios precedentes;<sup>271</sup> em sua dimensão vertical, o

---

<sup>265</sup> WAMBIER, **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**, p. 6; Aliás, “*It is a truism upon which there is no need to enlarge that dicta are of varying degrees of persuasiveness*” (CROSS, HARRIS, **Precedent in English Law**, p. 77). MacCormick ressalva que “a falta de de força estritamente vinculante em tais dicta é irrelevante para seu valor mais amplo como elemento do discurso jurídico” (MACCORMICK, **Retórica e o Estado de Direito**, p. 211).

<sup>266</sup> Os precedentes são vertidos em textos que dizem respeito a determinados casos. Como qualquer texto, dependem de interpretação a respeito do significado da linguagem empregada e do respectivo âmbito de aplicação. (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, **Novo código de processo civil comentado**, p. 579).

<sup>267</sup> TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Revista de processo. v. 199. set. 2011. p. 2.

<sup>268</sup> MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, **Novo código de processo civil comentado**, p. 579.

<sup>269</sup> MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, **Novo curso de processo civil**, v.2, p. 614. Naturalmente, nenhum caso é absolutamente idêntico a outro, por isso exige-se identidade essencial (não absoluta) e semelhanças relevantes entre os eles. A observação é de Wambier (WAMBIER, **Precedentes e evolução do direito**, p. 57-64; WAMBIER, **A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente**, p. 263-274).

<sup>270</sup> MITIDIERO, **Precedentes**, p. 94.

<sup>271</sup> A propósito, refere Schauer: “*From the perspective of the constrained court, stare decisis brings*

*stare decisis* obriga todas as Cortes de Justiça e todos os juízes de primeiro grau a aplicar os precedentes oriundos das Cortes Supremas, respeitando uma “cadeia de comando”.<sup>272</sup>

Dessa forma, pode-se afirmar que a regra do *stare decisis* densifica a segurança jurídica e altera o seu referencial: este deixa de ser a declaração estática da lei ou dos precedentes e passa a ser a reconstrução dinâmica da relação entre a lei, a doutrina e os precedentes, a partir de parâmetros racionais de justificação.<sup>273</sup> Como já mencionado, essa conclusão decorre da compreensão do papel adscritivo da interpretação e, a duas, da necessidade daí oriunda de se densificar a segurança jurídica a partir da conjugação de esforços do legislador, da doutrina e do juiz.<sup>274</sup>

Em essência, a regra do *stare decisis*, assim como o *treat like cases alike*, visa a promover um estado de coisas seguro e capaz, portanto, de viabilizar a autodeterminação pessoal e o tratamento isonômico.<sup>275</sup> Dito de outra forma, o *stare decisis*, à medida em que densifica a segurança jurídica, promove a liberdade e a igualdade dos cidadãos, em uma ordem jurídica que se serve de uma perspectiva lógico-argumentativa da interpretação.<sup>276</sup>

A observação do *stare decisis* em suas perspectivas vertical e horizontal permite, ainda, que a unidade do direito a ser promovida pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça por meio de precedentes mova-se tanto retrospectiva como prospectivamente.<sup>277</sup> Com a determinação do significado do

---

*the advantages of cognitive and decisional efficiency.*” (SCHAUER, **Thinking like a lawyer**, p. 43).

<sup>272</sup> SCHAUER, **Thinking like a lawyer**, p. 41-42.

<sup>273</sup> MITIDIERO, **Precedentes**, p. 95.

<sup>274</sup> WAMBIER, **A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente**, p. 265.

<sup>275</sup> A propósito, ensina Schauer: “*Stare decisis, far from being a silly appendage to a decision-making system whose principal aim is to make the right decision now, in fact reflects something deep and enduring about a decision-making system that often serves the values of stability, consistency, settlement, and respect for the past just as other branches of government and other decision-making systems remain more flexible, less stable, less predictable, and more focused on the future*” (SCHAUER, **Thinking like a lawyer**, p. 44). O que é justo em dadas circunstâncias é sempre justo em todas as circunstâncias idênticas, v. MACCORMICK, Neil. **La philosophie du droit aujourd’hui**. In: *Archives de philosophie du droit*. v. 33. Paris: Sirey, 1998.

<sup>276</sup> MITIDIERO, **Precedentes**, p. 95.

<sup>277</sup> A unidade do Direito deve ser promovida retrospectiva e prospectivamente. Retrospectivamente, a Corte Suprema deve resolver uma questão jurídica de interpretação controvertida nos tribunais; prospectivamente, para desenvolver o Direito diante das novas necessidades sociais, outorgando

Direito a partir de determinado caso no precedente,<sup>278</sup> não só se contribui para a identificação do direito: visa-se a proporcionar a sua cognoscibilidade. Dessa forma, a estabilidade da ordem jurídica é assegurada pela necessidade de respeito àquilo que foi decidido anteriormente, o que gera a confiança na sua manutenção por um determinado período de tempo e na sua aplicação aos casos futuros idênticos e semelhantes.<sup>279</sup>

Há repercussões no que se acaba de referir: um sujeito que pretende abrir uma empresa deve conhecer quais tributos serão devidos ao Estado; se pretende contratar funcionários, deve conhecer os encargos trabalhistas devidos; se pretende divorciar-se, deve conhecer quais bens entram na partilha. Não conhecendo o direito vigente, resta, em suma, incapaz de se autodeterminar e de conformar o seu futuro.

Nessa perspectiva, é ínsito ao papel das Cortes Supremas o dever de conferir unidade ao direito a partir de casos que sirvam como precedentes para guiar a interpretação futura do direito e evitar a dispersão do sistema jurídico. O caso consiste em um meio para se chegar ao fim interpretação do direito;<sup>280</sup> e o precedente formado dirige-se não apenas às partes, mas à sociedade como um

---

adequada solução para questões jurídicas novas (MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas** (2013). 2. ed. em e-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Parte III, p. 7).

<sup>278</sup> Note-se que é tarefa do precedente reduzir o âmbito de equivocidade inerente ao Direito, viabilizando a sua maior cognoscibilidade. (MITIDIERO, **A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado Constitucional**, p. 8).

<sup>279</sup> MITIDIERO, **A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado Constitucional**, p. 8-9. Sobre *stare decisis* e estabilidade, v. Schauer: “*Stare decisis, far from being a silly appendage to a decision-making system whose principal aim is to make the right decision now, in fact reflects something deep and enduring about a decision-making system that often serves the values of stability, consistency, settlement, and respect for the past just as other branches of government and other decision-making systems remain more flexible, less stable, less predictable, and more focused on the future.*” (SCHAUER, **Thinking like a lawyer**, p. 43-44).

<sup>280</sup> As Cortes de precedentes tomam a decisão recorrida como ponto de partida para o desenvolvimento da sua função de outorga de unidade ao Direito, isto é, de tutela do direito em uma dimensão geral, diferentemente do que ocorre no âmbito das Cortes de Justiça, em que a interpretação do direito é um meio para se chegar ao fim controle da justiça do caso. Mitidiero observa que essa caracterização não implica renúncia do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça ao escopo de controle de juridicidade das decisões recorridas: “devem atuar um controle de juridicidade das decisões recorridas tanto no campo lógico como no campo argumentativo, velando concomitantemente pela observância da interpretação-atividade e da interpretação-produto empreendidas pelas Cortes de Justiça. Na verdade, o que é imprescindível é apenas uma mudança no peso que deve se reconhecer às diferentes funções que podem ser exercidas por essas cortes.” (MITIDIERO, **Cortes Superiores e Cortes Supremas**. 2. ed. em e-book. Parte IV, p. 9).

todo.<sup>281</sup>

Perceba-se que a combinação do *stare decisis* horizontal e vertical assegura a unidade do Direito retrospectiva e prospectivamente. Em uma perspectiva *retrospectiva*, garante que uma questão cuja solução era variável na atividade dos tribunais seja resolvida uniformemente em um determinado período de tempo, por força do precedente. No que tange à perspectiva prospectiva, a unidade do Direito promovida pelas Cortes Supremas deve ser suficientemente aberta para permitir o tratamento de novas questões sociais e a contínua evolução do Direito – a regra do *stare decisis* horizontal pode ser justificadamente deixada de lado pela corte responsável pelo precedente.<sup>282</sup>

Feitas essas considerações, volta-se agora à justificativa do porquê precedentes serem vocacionados à promoção de igualdade e liberdade.

É um princípio básico da administração da justiça que “*like cases should be decided alike*”.<sup>283</sup> A tomada de consciência acerca do significado da interpretação jurídica (o texto não se confunde com a norma; e a norma não é objeto, mas resultado da interpretação), exige que a interpretação outorgada ao direito pelo Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e pelo Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional, tenha caráter vinculante.<sup>284</sup> Isso porque, ou essa interpretação é norma e vincula toda a hierarquia de cortes; ou não é norma – é mero exemplo<sup>285</sup> – e os juízes podem decidir de acordo com as suas próprias

---

<sup>281</sup> Sobre eficácia para o futuro, v. MITIDIERO, **Cortes Superiores e Cortes Supremas**, p. 71-78.

<sup>282</sup> Trata-se do objeto do próximo capítulo.

<sup>283</sup> CROSS, HARRIS, **Precedent in English Law**, p. 3. A ponto de a doutrina sustentar que as ideias formuladas nesse extremo grau ou nível de abstração não suscitam discordâncias, já que praticamente nada significam (WAMBIER, **Precedentes e evolução do direito**, p. 57). Nesse sentido: “*The statement is so broad as to be almost meaningless. The hard question is what we mean by “alike.”*” (SCHAUER, **Precedent**, p. 596).

<sup>284</sup> “Vale dizer: constitui “um requisito elementar de justiça” tratar “casos iguais de modo igual e não de modo arbitrariamente diferente. Compreendida na perspectiva do Estado constitucional, essa lição remete-nos automaticamente ao reconhecimento da vigência da regra do *stare decisis* entre nós e ao problema da construção de uma teoria do precedente judicial constitucionalmente adequada ao direito brasileiro.” (MITIDIERO, **A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado Constitucional**, p.8). V. MACCORMICK, **Retórica e o Estado de Direito**, p 191.

<sup>285</sup> SCHAUER, **Thinking like a lawyer**, p. 38. Sobre o precedente judicial com valor persuasivo, v. CRUZ E TUCCI, **precedente judicial como fonte do direito**, p. 295-312.

opiniões a respeito do sentido da lei.<sup>286</sup>

O desrespeito aos precedentes acaba por equivaler a que haja várias pautas de conduta diferentes (e incompatíveis) para os jurisdicionados; as coisas passam a ocorrer como se houvesse várias leis regendo a mesma conduta: um clima de integral instabilidade e ausência absoluta de previsibilidade.<sup>287</sup> Importa referir que, na Inglaterra, é comum que o juiz, mesmo não concordando com a regra constante do precedente, decida de acordo com ele, por apego à necessidade de preservar a igualdade.<sup>288</sup> Em suma, como observa Schauer, as cortes de justiça, em princípio, têm o dever de seguir o precedente não apenas quando imaginam estar correto,

---

<sup>286</sup> WAMBIER, **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**, p. 9. No ponto, é oportuno fazer referência a uma errônea objeção que se costuma dirigir ao sistema de precedentes. Afirma-se que a obrigação de aplicar o precedente fere o livre convencimento do juiz, tornando-o “escravo” daquele. Ocorre que o juiz é livre quanto à apreciação das provas disponíveis nos autos – não é livre, contudo, para decidir de forma contrária ao direito. E precedente é direito, afinal consiste em norma vinculante proveniente da Corte dotada de competência para dar a última palavra acerca da interpretação do direito, por previsão da Constituição (artigos 102, III, e 105, III). Essa sorte de objeção, na verdade, quer sustentar que o juiz apenas é independente quando tem poder para decidir de forma diferente das Cortes Supremas, ainda que, com isso, o Judiciário termine por dar tratamento desigual a casos iguais, “como se fosse imprescindível ao juiz, para ser independente, poder atribuir significado à lei, pouco importando se a Corte encarregada de lhe estabelecer o significado já tenha fixado o seu sentido”. V., sobre o tema, MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 149. Sobre “anarquia interpretativa”, “pseudocolegialidade” e o desafio de perquirir se os julgador respeita suas próprias decisões, v. THEODORO JÚNIOR, NUNES, BAHIA, PEDRON, **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**, p. 127-137.

<sup>287</sup> WAMBIER, **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**, p. 13.

<sup>288</sup> WAMBIER, **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**, p. 6. Em contraste, “o individualismo do juiz do *civil law*”, apontado por Marinoni: “(...) o juiz ou o tribunal não decidem para si, mas para o jurisdicionado. Por isso, pouco deve importar, para o sistema, se o juiz tem uma posição pessoal acerca de uma questão de direito. O que realmente deve ter significado é a contradição de o juiz decidir questões iguais de forma distinta da do tribunal que lhe é superior.” (MARINONI, **Precedentes obrigatórios**, p. 65). Na 4. ed., acrescenta que o juiz tem a liberdade de julgar e de apreciar a prova, mas também tem o dever de manter a coerência do ordenamento e de zelar pela respeitabilidade e pela credibilidade do Poder Judiciário. O juiz, deve ser visto como peça no sistema de distribuição de justiça, que, como é sabido, serve não a ele, mas ao povo – mesmo porque a jurisdição é uma (MARINONI, **Precedentes obrigatórios**, 4. ed., p. 149). Observa Wambier: “A liberdade não é DO JUIZ: é do *Judiciário*. Aí entra a importância da jurisprudência *uniforme*: o Judiciário interpreta a lei e esta interpretação há de valer *para todos*. Porque *o direito há de ser o mesmo para todos*”; “Portanto, uma vez decidida a questão pelas Cortes Superiores (com liberdade) devem os demais órgãos do Judiciário – e, é evidente TAMBÉM AS PRÓPRIAS CORTES SUPERIORES! – respeitar a opção feita naqueles precedentes (*sem liberdade*)” (WAMBIER, **A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente**, p. 264 e 274).

mas, ainda, quando entendem que o precedente se mostra incorreto.<sup>289</sup>

A propósito, convém sublinhar que apenas pode se afastar legitimamente do precedente a Corte responsável por formá-lo. Uma Corte de Justiça que se afasta de um precedente que deve aplicar formulado por uma Corte Suprema não diverge: desobedece à aplicação da lei formulada pela Corte Suprema.<sup>290</sup> Divergência pressupõe cortes de mesma hierarquia. Ademais, supor que a regra do *stare decisis* pode ser violada pelo desacordo entre os juízes (obrigados a seguir o precedente) acerca da solução nele contida ignora a diferença entre aprender com o passado e seguir o passado, isto é, entre experiência e precedente. Se o juiz está persuadido da correção de determinada solução, ele não está raciocinando à base do precedente – está se valendo do aprendizado obtido em experiência anterior. Todavia, estando obrigado pelo precedente, é obrigado a aplicá-lo não só quando o considera correto, mas também quando o considera incorreto. É, portanto, a autoridade do precedente, não o acerto da experiência, o que justifica o dever de seguir precedentes.<sup>291</sup>

Um sistema de precedentes requer uma organização judiciária que distinga entre cortes voltadas à justiça do caso concreto (as Cortes de Justiça: Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça) e cortes voltadas à unidade do direito

---

<sup>289</sup> No original: “*Having seen that following precedent obliges judges to make decisions other than the ones they, in their best judgment, would have made absent the precedent, we can appreciate that constraint by precedent is in many respects counterintuitive, at least from the perspective of the constrained judges. From their perspective, the obligation to follow precedent—whether vertical or horizontal—often instructs them to reach what they think is the wrong decision.*” P. 41. No mesmo sentido, CRUZ E TUCCI, **Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial**, p.108.

<sup>290</sup> Isso não significa que os juízes de primeiro grau, os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais não possam manifestar nenhuma discordância com determinado precedente. Podem, mesmo porque é livre a manifestação de pensamento (artigos. 1º, caput, e 5º, IV, da Constituição Federal). O que não podem é usar suas razões dissidentes para julgar o caso concreto. Ao invés disso, pode-se adotar o *dissent* na redação das decisões. Assim, viabiliza-se a crítica judicial ao precedente e se permite um parâmetro para aferição do grau de aprovação do precedente e eventualmente como elemento capaz de indicar o desgaste e necessidade de sua superação (MITIDIERO, **Cortes Superiores e Cortes Supremas**. 2. ed. em e-book, 2017. Parte IV, p. 9; **Precedentes**, p. 124).

<sup>291</sup> Conforme Schauer: “*When courts are constrained by precedent, they are obliged to follow a precedent not only when they think it correct, but even when they think it incorrect. It is the precedent’s source or status that gives it force, not the soundness of its reasoning nor the belief of the instant court that its outcome was correct.*” (SCHAUER, **Thinking like a lawyer**, p. 41). No mesmo sentido: MITIDIERO, **Cortes Superiores e Cortes Supremas**, p. 108; MITIDIERO, **Precedente**, p. 122.

(Cortes Supremas: Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça). Preponderantemente, a função das Cortes de Justiça é controlar a interpretação dos fatos da causa e do direito aplicável ao caso concreto e explorar os possíveis significados dos textos jurídicos, enquanto que às Cortes Supremas compete interpretar o direito a partir do caso concreto, dando a última palavra acerca de como devem ser entendidos o direito constitucional e o direito federal no país, conferindo unidade ao direito mediante a formação dos precedentes.<sup>292</sup>

Nesse particular, importa considerar que a aplicação do precedente na perspectiva da igualdade e da segurança jurídica pode ser problematizada em dois momentos: o da formação e o da alteração do precedente. Em ambos os casos, há uma crise de estabilidade do significado dos enunciados legislativos que se encontram à base do precedente.<sup>293</sup>

No momento da formação de um precedente, a instabilidade da ordem jurídica em termos gerais se explica diante da ausência de precedente que delimite com maior precisão o significado dos enunciados legislativos e o contexto fático-jurídico em que aplicável. Nessas circunstâncias, pode haver *sincronicamente* múltiplas interpretações judiciais nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais sobre o significado de determinado enunciado legal. Aliás, pode haver interpretações judiciais diferentes no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, em não havendo apreciação adequada do tema pelos órgãos responsáveis pela uniformização da interpretação *dentro* de cada uma dessas cortes (o Plenário do Supremo Tribunal Federal ou a Corte Especial ou as Seções do

---

<sup>292</sup> Afinal, “Quanto mais flexíveis são os parâmetros que orientam as decisões do juiz, maior é a relevância de que se respeitem as decisões dos Tribunais Superiores” (WAMBIER, **A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente**, p. 263). Sobre a organização das cortes judiciárias, v. também MARINONI, **O STJ enquanto corte de precedentes**. Sobre o método de julgamento para prolatação de precedentes, v. MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Sobre a possibilidade de turmas ou sessões prolatarem precedentes vinculantes, v. PEIXOTO, Ravi. **“Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro”** In: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel (coords.) **Precedentes**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 539-540.

<sup>293</sup> V. MITIDIERO, **Cortes Superiores e Cortes Supremas**, Parte IV.



Superior Tribunal de Justiça).<sup>294</sup> Qualquer uma dessas interpretações pode transitar em julgado, adquirindo cada qual a proteção inerente à *coisa julgada* (artigo 5º, XXXVI, da Constituição).

Naturalmente, é desejável que os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais tenham jurisprudência estável e segura. Todavia, enquanto não houver precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça estabelecendo determinada interpretação do direito, o desacordo interpretativo é, em grande medida inevitável, por força do caráter indeterminado do direito e da equivocidade inerente à própria linguagem na qual vertidos os textos legislativos.<sup>295</sup>

Por conseguinte, no momento de formação do precedente, uma solução orientada por uma perspectiva lógico-argumentativa prestigia a segurança jurídica mediante a *consolidação das situações individuais*. Isto é, protegem-se as interpretações jurisdicionais possíveis e, portanto, igualmente legítimas consolidadas no momento anterior à formação do precedente. Não se pode pressupor, com efeito, que a norma sempre existiu e que, dessa forma, a consolidação da interpretação judicial vencedora no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça deve ser imposta a todos os casos indistintamente.<sup>296</sup>

O precedente deve ser aplicado para o futuro, e todas as decisões posteriores à formação do precedente que o violam devem ser reformadas ou rescindidas pelas vias adequadas, em consonância com o enunciado da súmula 343, do Supremo Tribunal Federal.<sup>297</sup> O que não se admite, contudo, é a aplicação retroativa do

---

<sup>294</sup> MITIDIERO, **Cortes Superiores e Cortes Supremas**, p. 113; MITIDIERO, **Precedentes**, p. 126.

<sup>295</sup> Vale referir que esse desacordo deve inclusive ser incentivado, na medida em que fornecerá ampla base para a Corte Suprema formar orientação acerca de determinado tema. Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais e juízes de primeiro grau, em outras palavras, são responsáveis por fomentar o debate a respeito de quais são as melhores opções interpretativas para os desacordos inerentes à indeterminação do direito. Afirmou-se que esse debate deve ser incentivado porque ele contribui para a obtenção da melhor solução, amadurecida pelo diálogo e pela experiência judiciária, v. MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, **Novo curso de processo civil**, v.2, p. 608.

<sup>296</sup> MITIDIERO, **Cortes Superiores e Cortes Supremas**, p. 113-114.

<sup>297</sup> Súmula 343: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 343. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=343.NUME.%20NAO%20S.FLS.V.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 29 jun. 2017). Sobre a súmula, v. ZAVASCKI, Teori Albino.

precedente, porque essa aplicação pressupõe equivocadamente a existência de um sentido intrínseco e unívoco da legislação e provoca, por certo, violação à segurança jurídica.<sup>298</sup> Mais do que isso, não é possível seguir um precedente que não existe: seria o equivalente a dizer “observe!” sem apontar para o objeto merecedor de atenção.<sup>299</sup>

Um exemplo de desacordo interpretativo verificável quando da formação de precedente diz respeito à determinação, pelo Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN), do uso de simulador de direção veicular na formação de condutores. Há decisões que consideram essa exigência devida, porque inserida no âmbito de competência regulamentar conferido ao CONTRAN pelo artigo 12, do Código de Trânsito Brasileiro.<sup>300</sup> Em contraste, há decisões que consideram a exigência indevida, porque extrapola o âmbito de competência regulamentar conferido ao CONTRAN pelo mesmo artigo do Código de Trânsito.<sup>301</sup> Veja-se que esta é uma das situações em que, na ausência de precedente, ao mesmo texto (artigo 12, do CTB), foram outorgados diferentes sentidos.<sup>302</sup> Em outras palavras, a partir de um mesmo

---

**Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional** (2012). 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 157-159; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Sobre a súmula 343**. Revista de Processo. v. 86. abr.-jun. 1997. p. 148-157; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **O cabimento de ação rescisória e a súmula 343**. Revista de Processo. v. 2. out. 2012. p. 281-386; MITIDIERO, **Precedentes**, p. 128-139; MITIDIERO, **Cortes Superiores e Cortes Supremas**, p. 114-123.

<sup>298</sup> MITIDIERO, **Cortes Superiores e Cortes Supremas**, p. 114.

<sup>299</sup> ÁVILA, **Segurança jurídica**, p. 322.

<sup>300</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de instrumento n. 5020614-30.2016.404.0000. Terceira Turma. Relatora Marga Inge Barth Tessler. Publicado em 15/09/2016; BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de instrumento n. 5018673-45.2016.404.0000. Terceira Turma. Relator Fernando Quadros da Silva. Publicado em 06/09/2016; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de instrumento n. 5018447-40.2016.404.0000. Terceira Turma. Relator Ricardo Teixeira do Valle Pereira. Publicado em 29/07/2016.

<sup>301</sup> Nesse sentido: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível n. 00213076820164013400. Sexta Turma. Relator Kassio Nunes Marques. Publicado em 13/06/2017; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo de instrumento n. 00224821520164010000. Relator Carlos Moreira Alves. Publicado em 12/05/2017; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Agravo de instrumento n. 00123150920164020000. Sétima Turma especializada. Relator Sérgio Schwaitzer, Sétima Turma especializada; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Agravo de instrumento n. 00091193120164020000. Sexta Turma especializada. Relatora Salete Maccalóz. Publicado em 11/01/2017.

<sup>302</sup> A propósito, em 21 de junho de 2017, o Superior Tribunal de Justiça decidiu suspender a tramitação de todos os processos individuais ou coletivos sobre a legalidade da Resolução n. 543/2015 do CONTRAN quanto à obrigatoriedade do simulador de direção veicular, por identificar “excepcional interesse público” na questão (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Suspensão em

dispositivo, construíram-se duas normas – contraditórias, no caso, entre si. Contudo, não se pode afirmar que os julgadores efetivamente cometeram erro sobre o Direito, pois não há, como refere MacCormick, nenhuma verdade anterior sobre a questão.<sup>303</sup>

Quando da formação do precedente, devem ser considerados, de um lado, o caráter polissêmico da linguagem jurídica e a conseqüente autonomia da jurisdição na sua interpretação e aplicação.<sup>304</sup> De outro lado, deve-se proteger a segurança jurídica em termos individuais, cuja proteção é garantida pela coisa julgada. Isso porque, em realidade, a aplicação retroativa do precedente nega força à coisa julgada, tornando a sua proteção dependente de um evento futuro e incerto, qual seja, a confirmação do seu conteúdo por um precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça.<sup>305</sup>

A igualdade, nesse momento, realiza-se pelo tratamento isonômico dispensado a todos que se encontram na mesma situação. Assim, aqueles que contam com a proteção da coisa julgada, têm suas esferas jurídicas protegidas contra o precedente superveniente; aqueles que não contam com a proteção da coisa julgada, ficam sujeitos à força do precedente – a decisão do caso tem efeito *extunc*; o precedente tem apenas efeito *ex nunc*.<sup>306</sup>

Uma vez prolatado o precedente sobre o caso que devem julgar, o Tribunal de Justiça e o Tribunal Regional Federal têm o dever de aplicarem-no, por uma questão de igualdade e, também, em consideração à hierarquia de Cortes.<sup>307</sup> O que

---

incidente de resolução de demandas repetitivas n. 7/PR. Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 21/06/2017).

<sup>303</sup> MACCORMICK, **Retórica e o Estado de Direito**, p. 344.

<sup>304</sup> Por essa razão, afirma-se que a existência de interpretações divergentes no momento anterior à formação do precedente é uma condição inerente ao Direito, compreendido como prática lógico-argumentativa. MITIDIERO, **Precedentes**, p. 137.

<sup>305</sup> Essa proteção é objetiva: depende tão somente da formação da coisa julgada. MITIDIERO, **Cortes Superiores e Cortes Supremas**, p. 114.

<sup>306</sup> MITIDIERO, **Precedentes**, p. 126

<sup>307</sup> Sobre o precedente enquanto conceito qualitativo, material e funcional, v. MITIDIERO, **Precedentes**, p. 104-106 ou **Cortes Superiores e Cortes Supremas**, 2. ed. em e-book, parte IV. Em defesa de um conceito formal de precedentes, v. ZANETI JR., Hermes. “**Precedentes normativos e formalmente vinculantes**” in: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel (coords.) **Precedentes**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 409.

não se admite, importa frisar, é o afastamento do precedente em hipótese que recaia no seu âmbito de aplicação, porque isto equivale, como referido, à existência de várias leis aptas a regular a mesma matéria<sup>308</sup> e configura, pois, grave infidelidade ao direito. Portanto, existindo precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, qualquer decisão posterior contrária transitada em julgado pode e deve ser rescindida mediante ação rescisória (artigo 966, V, do Código de Processo Civil) ou declarada inexecutável mediante impugnação (artigos 525, III, §§ 12 a 14; e 535, III, §§ 5º a 7º, do Código de Processo Civil).<sup>309</sup>

Um exemplo de situação em que casos semelhantes foram decididos de maneira diferente, apesar da existência de precedente aplicável, é o da Lei nº 12.249/2010, que altera o Decreto-Lei nº 9.252/1946, sobre o exercício da profissão contábil. O Superior Tribunal de Justiça decidiu que o exame de suficiência criado pela Lei nº 12.249/2010 será exigido daqueles que não haviam completado curso técnico ou superior em Contabilidade sob a égide da legislação pretérita.<sup>310</sup> No Tribunal Regional Federal da 4ª Região, há decisões de acordo com essa orientação.<sup>311</sup> Há, contudo, decisões que eximem os técnicos da prestação do

---

<sup>308</sup> V. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**, p. 13. Cross e Harris sublinham a gravidade institucional e moral implicada na recusa à adoção de um precedente: “*if a judge persistently and vociferously declined to follow cases by which he was bound according to countless statements of other judges, it is possible that steps would be taken to remove him from his office, but it would be a mistake to think in terms of such drastic sanctions for the judge’s obligation to act according to the rules of precedent. Those rules are rules of practice, and, if it is thought to be desirable to speak of a sanction for the obligation to comply with them, it is sufficient to say that noncompliance might excite adverse comments from other judges*” (CROSS, HARRIS, **Precedent in english law**, p. 99).

<sup>309</sup> É preciso referir que a mesma solução não se aplica aos casos em que *inexiste precedente* do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça e a *coisa julgada* forma-se no *sentido contrário* àquele que *posteriormente* será acolhido pelo precedente constitucional ou federal. Ademais, para resguardar coisas julgadas que datam do período em que o precedente estava sendo formado, aplica-se a Súmula 343, do STF, conforme abordado no próximo capítulo. Nessa linha, é preciso ter desde logo presente que os artigos 525, III, § 15, e 535, III, § 8º, CPC, são flagrantemente inconstitucionais por ofenderem o núcleo duro do direito fundamental à segurança jurídica e à igualdade. (MITIDIERO, **Cortes Superiores e Cortes Supremas**. 2. ed. em e-book. p. 27-28).

<sup>310</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.452.996/RS. Relator Min. Sérgio Kukina. Primeira Turma. Publicado em 10/06/2014.

<sup>311</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de instrumento n. 5024240-91.2015.404.0000. Quarta Turma. Relator Candido Alfredo Silva Leal Junior. Publicado em 18/09/2015; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível n. 5018818-44.2016.404.7100. Quarta Turma. Relatora Vivian Josete Pantaleão Caminha. Publicado em: 22/05/2017; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível n. 5026183-

exame, contrariamente ao estabelecido pelo precedente.<sup>312</sup>

O exposto até aqui permite concluir, em primeiro lugar, que tanto o precedente quanto à coisa julgada são expressões da segurança jurídica e, por meio desta, concorrem à promoção de um dos fins do direito, qual seja, a liberdade, entendida como possibilidade de autodeterminação dos indivíduos. Em segundo lugar, entre os institutos não há contradição, porquanto se destinam à tutela do direito em âmbitos diferentes: a coisa julgada tutela os direitos em dimensão particular; o precedente, em dimensão geral.

Ademais, é possível distinguir a relação entre coisa julgada e precedente em uma perspectiva sincrônica e em uma perspectiva diacrônica.<sup>313</sup> Com relação à perspectiva sincrônica, referida neste capítulo, precedente deve estar à base da coisa julgada, sob pena, inclusive, de ser cabível ação rescisória por violação ao precedente. Havendo precedente, a coisa julgada deve aplicá-lo.

Em uma perspectiva diacrônica, precedente e coisa julgada podem entrar em rota de colisão, e o próximo capítulo pretende demonstrar como essa colisão é tão somente aparente, vindo, assim, a confirmar a harmonia que se procura identificar entre os dois institutos.

---

95.2015.404.7000. Quarta Turma. Relator Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle, publicado em 06/10/2016.

<sup>312</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível n. 5015868-62.2016.404.7100. Terceira Turma. Relator Fernando Quadros da Silva. Publicação em 09/02/2017; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível n. 5005465-40.2016.404.7001, Terceira Turma, Relatora Marga Inge Barth Tessler, publicada em 28/04/2017; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível n. 5042719-41.2016.404.7100. Terceira Turma. Relatora Maria Isabel Pezzi Klein. Publicação em 25/01/2017.

<sup>313</sup> V. MITIDIERO, **Cortes Superiores e Cortes Supremas**. Parte IV. v. ÁVILA, **Segurança jurídica**, p. 320.

## 2. A Relação entre o Precedente, a Coisa Julgada e a Segurança Jurídica: uma aparente antinomia?

Como adiantado, além do momento da formação do precedente, também no momento de sua *alteração* existe uma crise de estabilidade no que tange ao significado dos enunciados legislativos que se encontram à base do precedente. Essa crise se verifica na medida em que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça podem alterar diacronicamente o seu precedente. Nesses casos, a questão é saber se, à luz da segurança jurídica, da igualdade e da liberdade, essa mudança deve atingir todos os processos em curso sobre a mesma questão ou se, do contrário, deve ter eficácia tão somente prospectiva, isto é, para o futuro.

Enquanto meio de tutela dos direitos em âmbito geral, o precedente dirige-se à sociedade. A existência do precedente assegura a cognoscibilidade normativa, uma vez que consiste em norma conformada a partir da atividade interpretativa realizada pelas Cortes que detêm competência institucional para tanto – o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça.<sup>314</sup>

Contudo, não se pode perder de vista que é natural ao sistema jurídico a sua alteração, pela percepção de que um mesmo entendimento está equivocado ou que a modificação da própria sociedade revela sua obsolência.<sup>315</sup> A alteração do

---

<sup>314</sup> Troper explica que as normas produzidas pelas jurisdições supremas são gerais, isto é, “têm em vista regradar o comportamento de um número indeterminado de indivíduos. Estes últimos não podem com elas se conformar, a menos que pensem que a regra que lhes será aplicada será a mesma que foi produzida pela interpretação dada pela jurisdição suprema. Se esta agisse segundo caprichos, ninguém poderia conhecer a norma aplicável. A partir do momento em que a jurisdição suprema entende exercer um poder real, e comandar por intermédio de regras categorias de comportamentos, está, por conseguinte, obrigada à coerência e à constância. Não existe nisso nenhuma obrigação jurídica, mas unicamente o produto da situação em que ela se encontra e que a constrange a fazer a escolha racional da coerência. Ela é juridicamente livre, mas socialmente determinada” (TROPER, **A filosofia do direito**, p. 139-140).

<sup>315</sup> A propósito: “A possibilidade de mudança do entendimento é inerente ao sistema de precedentes judiciais. O dever de estabilidade da jurisprudência não impede a alteração do entendimento; ele impede a alteração injustificada desse entendimento. A modificação do entendimento pode revelar-se um imperativo de justiça”. A partir de EISENBERG, aponta-se que o *overruling* deve ocorrer quando “(...) as normas jurídicas que sustentam a estabilidade, tais como a isonomia e a segurança jurídica, mais fundamentam a sua revogação do que a sua preservação (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2, p. 509-510).

precedente se justifica diante da necessidade de evolução do direito.<sup>316</sup> A mudança é inevitável e conatural ao Direito, que vive na cultura e na historicidade.<sup>317</sup> Por isso, é preciso que o sistema proveja técnicas para a superação dos precedentes, seja total (*overruling*), seja parcialmente (*overturning*), mediante, no que tange à superação parcial, transformação (*transformation*) ou reescrita (*overriding*).<sup>318</sup>

Sendo assim, o problema da alteração do precedente diz respeito à necessidade de se conjugar a mudança no Direito e a proteção ao planejamento jurídico realizado com base no conhecimento de determinado precedente; ao equilíbrio entre as exigências de segurança jurídica e a proteção das posições individuais estáveis.<sup>319</sup> Pode parecer, nessa perspectiva, que precedente e coisa julgada entram em rota de conflito. Todavia, este conflito não é senão aparente: este trabalho propõe a harmonização entre os dois institutos, por meio da irretroatividade do precedente.

Havendo atuação da parte em conformidade com o precedente,<sup>320</sup> a alteração deste não pode atingir aquela retroativamente, obrigando-a a observar uma norma contrária à existente no momento da sua atuação. É preciso reconhecer o precedente como elemento de cognoscibilidade e proteger a confiança nele

---

<sup>316</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **A técnica de julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada**. Revista de Processo. v. 221. p. 13-48. jul. 2013, p.3. A propósito: “Ao contrário do que possa parecer, essa técnica [superação de precedentes] desde que utilizada com os devidos cuidados, promove o *stare decisis*, em vez de enfraquecê-lo, ao demonstrar que a existência de precedentes obrigatórios não significa impossibilidade de evolução do direito” (PEIXOTO, **Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro**, p. 541).

<sup>317</sup> Nesse sentido, observa Cruz e Tucci: “A inexorável evolução do direito determinada pela dinâmica social dos países que se orientam pela *doctrine of binding precedent* permite que, em certas circunstâncias, venha oposta exceção à referida regra.” (CRUZ E TUCCI, **Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial**, p. 108).

<sup>318</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado** (2015). 3. ed. em e-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Artigo 927, ponto 7, p. 3.

<sup>319</sup> ÁVILA, **Segurança jurídica**, p. 481; CABRAL, **A técnica de julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada**, p. 3. Inclusive, “a manutenção dos precedentes vigentes, de forma a gerar previsibilidade e a garantir a isonomia na aplicação do direito, exige um maior esforço argumentativo tanto à parte que litiga em face de precedente em sentido contrário, como ao órgão julgador que atue nessa revogação, estando tal ônus relacionado com o princípio da inércia argumentativa, já examinado” (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2, 2016. p. 510).

<sup>320</sup> A parte age com consideração ao precedente desde o momento da publicação do acórdão, não sendo necessário, para esse fim, aguardar o trânsito em julgado, como observado adiante.

depositada, tutelando-se especialmente os atos de disposição praticados em função do exercício do direito de liberdade com base na confiança no precedente revogado.<sup>321</sup>

Nesse caso, a alteração do precedente não pode ter eficácia retroativa: deve ter eficácia *prospectiva*.<sup>322</sup> Do contrário, ofende-se a igualdade e a segurança jurídica (notadamente, como cognoscibilidade e como confiabilidade),<sup>323</sup> porquanto pessoas que atuaram sincronicamente sob a mesma base normativa obteriam respostas interpretativas diferentes, em razão de uma mudança diacrônica do precedente.<sup>324</sup> Em síntese, a possibilidade de superação do precedente coloca em evidência a necessidade de proteção da *confiança* daqueles que o tinham em consideração para fazer as suas escolhas socioeconômicas; e de preservação da *igualdade* de todos perante a ordem jurídica.<sup>325</sup>

No Código de Processo Civil, a possibilidade de superação dos precedentes está prevista no artigo 927, §§ 3º e 4º, que se presta à densificação do princípio da segurança jurídica e da igualdade. Por isso, referir o “interesse social” como requisito para a “modulação dos efeitos” é impertinente; o que é determinante para a superação para a frente do precedente é a proteção da confiança legítima e da igualdade de todos perante o direito.<sup>326</sup>

A mudança do precedente não pode causar surpresa injusta, nem tratar de

---

<sup>321</sup> Nessa linha, refere Paulo Mendes que “os precedentes das cortes de vértice efetivamente informam ao Poder Judiciário e à sociedade qual o conteúdo do Direito vigente, sendo legítimos os atos praticados em sua confiança” (OLIVEIRA, **Coisa julgada e precedente**, p. 201).

<sup>322</sup> V. MACCORMICK, **Retórica e o Estado de Direito**, p. 212, 343. V. também CRUZ E TUCCI, José Rogério. “**O regime do precedente judicial no novo CPC**” in: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel (coords.) **Precedentes**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 452-453.

<sup>323</sup> Como visto na parte I, no Capítulo 2, cognoscibilidade e confiabilidade são elementos que participam do núcleo conceitual do princípio da segurança jurídica. Sobre o tema ÁVILA, **Segurança jurídica**.

<sup>324</sup> MITIDIERO, **Cortes Superiores e Cortes Supremas**, 2. ed. em e-book, parte IV, p.29.

<sup>325</sup> O problema da superação do precedente envolve basicamente a consideração da segurança jurídica como cognoscibilidade e confiabilidade da ordem jurídica e a preservação da igualdade de todos que agiram em determinado momento contando com a existência de um determinado contexto normativo. V. MITIDIERO, **Cortes Superiores e Cortes Supremas**. 2. ed. em e-book. Parte IV, p. 30.

<sup>326</sup> MITIDIERO, **Cortes Superiores e Cortes Supremas**. 2. ed. em e-book. Parte IV, p. 29-30.



maneira não isonômica pessoas que se encontram em situações idênticas.<sup>327</sup> Nada obstante seja possibilitado às Cortes Supremas manifestar publicamente sua preocupação com determinado precedente, indicando a possibilidade de alterá-lo,<sup>328</sup> não se pode perder de vista que, mesmo sinalizada, a superação do precedente (*overruling*) pode afetar a confiança legítima e a igualdade dos cidadãos. Isso se explica pelo fato de que, segundo a regra tradicional, a superação possui efeitos *ex tunc*.<sup>329</sup>

Todavia, em consideração à necessidade de se proteger a segurança jurídica e de se preservar a igualdade dos jurisdicionados, é possível que a alteração do precedente tenha eficácia apenas prospectiva (*prospective overruling*), isto é, *ex nunc*.<sup>330</sup> No ordenamento jurídico brasileiro, o fundamento dessa autorização decorre do artigo 927, § 3º, do Código de Processo Civil, que deve ser interpretado, como referido, a partir dos princípios da liberdade, da igualdade e da segurança jurídica (artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal), notadamente, no que tange à necessidade de cognoscibilidade e de confiabilidade na ordem jurídica.<sup>331</sup>

A proteção da confiança legítima diante da superação do precedente (logo,

---

<sup>327</sup> Assim, “violar-se-iam as expectativas legítimas de quem confiou que aquele entendimento estabilizado se mantivesse constante”, conforme CABRAL, **A técnica de julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada**, p. 3, ainda que em referência à “jurisprudência”, não aos precedentes vinculantes.

<sup>328</sup> Trata-se da técnica do *signaling*. Pela sinalização, a Corte não distingue o caso nem revoga o precedente no todo ou em parte, mas manifesta sua preocupação com a justiça da decisão nele expressa. Sobre a sinalização e o julgamento-alerta, v. CABRAL, **A técnica de julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada**, p. 3; MARINONI, ARENHART, MITIDIERO. **Novo código de processo civil comentado**. p. 993-994; DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2, p. 514-520. MARINONI, **Precedentes obrigatórios**, 4. ed., p. 236-243.

<sup>329</sup> CROSS, HARRIS, **Precedent in English Law**, p. 159; Schauer: “*That common-law rules are sometimes changed as they are applied presents a range of curious implications. One is the problem of retroactivity. That is, not only is the rule changed in a particular case, but the changed rule is applied to the parties in that very case, even if they had planned their activities on the basis of the old rule.*”, p. 114; “(...) it is a noteworthy feature of the common law that courts will sometimes perceive in the context of a particular case that the preexisting rule is in need of large-scale change or small-scale modification. And when a common-law court so believes that a change is necessary, the change it then makes is applied not only in the future but in that very case.” (SCHAUER, **Thinking like a lawyer**, p. 115). V. também DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2, p. 513.

<sup>330</sup> Com efeito, “*the major justification for prospective overruling is the protection of justifiable reliance*”, EISENBERG, citado por MARINONI, **Julgamento nas cortes supremas**, p. 145.

<sup>331</sup> MITIDIERO, **Cortes Superiores e Cortes Supremas**. 2. ed. em e-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Parte IV, p. 31.

sua alteração apenas com eficácia prospectiva) demanda a ocorrência de alteração retroativa e surpreendente do precedente.<sup>332</sup> Vale dizer: a superação do precedente com eficácia prospectiva requer (i) a existência de precedente; (ii) sua alteração, com vocação retroativa; e (iii) a existência de confiança legítima no conteúdo do precedente.

Em primeiro lugar, a alteração do precedente pressupõe a existência de duas soluções diacronicamente distintas para o mesmo caso. Essas soluções devem ter o mesmo objeto e ser contrárias entre si. O precedente é capaz de inspirar confiança desde a publicação da decisão a partir do qual ele pode ser retirado. Desde a publicação, portanto, a decisão é eficaz.<sup>333</sup>

Em segundo lugar, a alteração do precedente deve ter vocação retroativa, isto é, o novo precedente deve ter a pretensão de regular casos para os quais se aplicava o precedente anterior. Isso se justifica a fim de evitar o “brutal absurdo de mandar alguém hoje fazer alguma coisa ontem”,<sup>334</sup> já que o propósito da superação prospectiva do precedente é evitar a aplicação de uma norma inexistente, logo desconhecida no momento da conduta.<sup>335</sup>

---

<sup>332</sup> ÁVILA, **Segurança jurídica**, p. 465-490.

<sup>333</sup> Submeter a eficácia do precedente à formação da coisa julgada é um equívoco, por duas razões: (i) precedente é instituto voltado à tutela dos direitos em uma dimensão *geral*; enquanto coisa julgada é instituto voltado à tutela do direito em uma dimensão *particular*; (ii) a eficácia da decisão (incluída a eficácia oriunda da simples publicação das suas razões), não se confunde com a qualidade da coisa julgada (MITIDIERO, **Cortes Superiores e Cortes Supremas**, p. 126).

<sup>334</sup> A expressão é de Fuller. No original: “*It is the retroactive criminal statute that calls most directly to mind the brutal absurdity of commanding a man today to do something yesterday*” (FULLER, **Lon. The Morality of Law**. Revised Edition. New Haven: Yale University Press, p.59). A propósito, Ávila explica: “a retroatividade envolve um problema de liberdade: quem é atingido por uma lei retroativa não pode fazer nada porque a sua ação já foi praticada; e “o problema da retroatividade envolve, por definição, a inexistência e o desconhecimento da norma no momento da ação. Justamente porque a norma não existia no momento da ação, o indivíduo não tinha como se orientar por aquela, e, portanto, não tinha como determinar sua linha de ação levando em consideração o seu conteúdo. A liberdade é exercida sem a eficácia da norma modificadora, porém é valorada, posteriormente, por ela. A eficácia retroativa envolve também, por definição, a incapacidade de reação: como o indivíduo age com base em uma norma, mas é regulado por outra inexistente no momento da sua ação, não pode medir as consequências jurídicas atribuídas pelo Direito ao seu comportamento e, com base nessa previsão, livremente optar por um ou por outro comportamento; ele fica, assim, totalmente impedido de recuar relativamente à prática de ato cuja consequência jurídica não quer suportar” (ÁVILA, **Segurança jurídica**, p. 486-487).

<sup>335</sup> “*Retroactive application of an overruling decision may upset similarly tial reliance on the overruled precedent and will treat parties situated quite differently. At a minimum, the ‘victim’ of the overruling decision decision will be treated differently from those who come after and who thus benefit from the*

Em terceiro lugar, a alteração do precedente tem de ser surpreendente, o que pressupõe a existência de confiança nele legitimamente depositada e, por conseguinte, passível de frustração. Essa confiança legítima no precedente deve ser protegida diante da sua superação quando há (i) base de confiança, (ii) exercício da confiança e (iii) sua frustração.<sup>336</sup>

A base de confiança concerne à existência efetiva de uma decisão da qual se possa retirar um precedente constitucional ou um precedente federal. Quanto à aptidão do precedente para gerar efeitos, deve-se levar em consideração a maior ou menor densidade das normas aplicadas para a resolução do caso ou da questão jurídica e a maior ou menor abertura semântica dos textos empregados pelo legislador. Quanto menor a densidade normativa (por exemplo, princípio), maior a confiança na sua concretização judicial. Quanto maior a abertura semântica (por exemplo, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados), maior a confiança na sua concretização judicial. Não é necessário, para a configuração de base de confiança, prova do conhecimento concreto do precedente. Como inexistente norma sem interpretação, então o precedente judicial conta com a mesma ficção que existe a propósito do conhecimento da lei – todos o conhecem, já que ninguém pode se escusar de observar o Direito alegando o seu desconhecimento.<sup>337</sup>

A seu turno, existe exercício da confiança quando se praticam atos concretos em razão do precedente superado. Quanto mais dispendiosos, duradouros e de difícil reversão os atos praticados, maior a proteção que deve ser dispensada.<sup>338</sup>

Há frustração da confiança, finalmente, quando a aplicação do novo precedente é capaz de causar um resultado diverso e mais gravoso do que aquele

---

*new rule. As a result, courts have invented the practice of overruling in some cases only prospectively. That is, the new rule is to apply only after the overruling decision so that the old rule is still in effect, applied to all prior parties similarly situated except the litigants before the court (thereby preserving incentives to seek change)*" (SUMMERS, Robert S. "Precedent in the United States (New York State)", in MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (coords.) **Intpreting Precedents: a comparative study**. Dartmouth: Ashgate, 1997. p.397).

<sup>336</sup> MITIDIERO, **Cortes Superiores e Cortes Supremas**. 2. ed. em e-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Parte IV, p. 31.

<sup>337</sup> MITIDIERO, **Cortes Superiores e Cortes Supremas**. 2. ed. em e-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Parte IV, p. 31.

<sup>338</sup> MITIDIERO, **Cortes Superiores e Cortes Supremas**. 2. ed. em e-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Parte IV, p. 31.

esperado de acordo com o precedente superado.<sup>339</sup>

Dessa forma, superado o precedente, deve este ter eficácia tão somente para o futuro, em consideração à igualdade e à segurança jurídica de todos que se orientaram, em dado momento, de acordo com o texto normativo vigente.

Nesse sentido, inclusive, foi o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE 590.809/RS,<sup>340</sup> em outubro de 2014, que definiu a questão do cabimento de ação rescisória fundada em precedente do Supremo Tribunal Federal posterior à decisão rescindenda. Na oportunidade, decidiu-se acerca da aplicabilidade da Súmula 343, do Supremo Tribunal Federal, em ação rescisória fundada em literal violação de norma constitucional. Em outras palavras, discutiu-se se a admissão de ação rescisória baseada em posterior precedente do Supremo Tribunal Federal é compatível com a tutela da coisa julgada material.<sup>341</sup>

Do ponto de vista do direito material, durante anos, o Supremo Tribunal Federal decidiu no sentido de permitir o creditamento de Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI – devido à aquisição de insumos isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero. A decisão do caso concreto estava de acordo com essa orientação: assegurava o direito ao creditamento. Ocorre que, em 2007, apenas cinco anos depois das últimas decisões favoráveis aos contribuintes, o Supremo Tribunal Federal alterou o seu entendimento e passou a decidir em sentido contrário, isto é, no sentido de ser inviável a utilização de créditos tributários correspondentes à aquisição de insumos isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero no que concerne ao IPI. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região então rescindiu a decisão que reconhecia o direito do contribuinte, para conformá-la à nova orientação, de 2007. Contra esse pronunciamento do Tribunal Regional Federal, foi interposto o Recurso Extraordinário, no qual alegava-se, em síntese, ofensa à

---

<sup>339</sup> MITIDIERO, **Cortes Superiores e Cortes Supremas**. 2. ed. em e-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Parte IV, p. 31.

<sup>340</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 590.809/RS. Relator Min. Marco Aurélio Mello. Publicado em 24/11/2014.

<sup>341</sup> MARINONI, MITIDIERO. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. XV. Ed. em e-book. Capítulo VII Da Ação Rescisória PARTE B, artigo 966, p. 69; MARINONI, **Julgamento nas cortes supremas**, p. 46 e seguintes.

segurança jurídica e à estabilidade das decisões judiciais. Ao analisar a questão, o Supremo Tribunal Federal concluiu, mediante aplicação da Súmula 343, pelo não cabimento de ação rescisória contra decisão proferida em consonância com o entendimento da Corte. Assim, julgou improcedente o pedido rescisório, dando provimento ao recurso extraordinário.

O precedente firmado nesse Recurso Extraordinário 509.809 revogou o entendimento que até então prevalecia no Supremo Tribunal Federal,<sup>342</sup> declarando que decisão do Supremo Tribunal Federal, posterior ao trânsito em julgado da decisão, não pode servir de fundamento para a ação rescisória. Declarou-se, ainda, que (i) a Súmula 343 é aplicável em ação rescisória fundada em violação de norma constitucional, de modo que, quando há divergência interpretativa à época da prolação da decisão rescindenda, a ação rescisória não é viável; e que (ii) a invocação de precedente constitucional posterior à formação da coisa julgada, para o efeito de rescindi-la, é incompatível com a garantia constitucional da coisa julgada material. Dessa forma, o RE 890.509 não só ressalvou a coisa julgada diante de precedente constitucional em sentido diverso, como também afirmou que a coisa julgada é garantida pela Constituição Federal.<sup>343</sup>

O Relator Ministro Marco Aurélio Mello referiu que “a rescisória deve ser reservada a situações excepcionálíssimas, ante a natureza de cláusula pétrea conferida pelo constituinte ao instituto da coisa julgada. Disso decorre a necessária interpretação e aplicação estrita dos casos previstos no artigo 485 do Código de Processo Civil [de 1973], incluído o constante do inciso V, abordado neste processo. Diante da razão de ser do verbete [Súmula 343/STF], não se trata de defender o afastamento da medida instrumental – a rescisória – presente qualquer grau de divergência jurisprudencial, mas de prestigiar a coisa julgada se, quando formada, o teor da solução do litígio dividia a interpretação dos Tribunais pátrios ou, com maior

---

<sup>342</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário-Embargos de Declaração n. 328812, Relator: Min. Gilmar Mendes, 2008.

<sup>343</sup> V. MARINONI, MITIDIERO. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. XV. Ed. em e-book. Capítulo VII Da Ação Rescisória PARTE B, artigo 966, p. 69-71; MARINONI, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade**: art. 525, §§ 12, 13, 14 e 15, do CPC/2015. 2. ed. em e-book baseada na 4. ed. impressa. Capítulo 5, ponto 5.7, p. 11.

razão, se contava com óptica do próprio Supremo favorável à tese adotada. Assim deve ser, indiferentemente, quanto a ato legal ou constitucional, porque, em ambos, existe distinção ontológica entre texto normativo e norma jurídica.”<sup>344</sup>

Essa passagem demonstra a aplicabilidade da Súmula 343 em caso de interpretação constitucional. Com efeito, pouco importa, para efeito de rescindibilidade, se a norma é constitucional ou infraconstitucional, já que ambas podem gerar dúvida interpretativa e, nessa dimensão, excluir a ação rescisória.<sup>345</sup> Ademais, quando se pensa na possibilidade de rescindir a coisa julgada com base em ulterior pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, tampouco há razão para distinguir decisão proferida em controle principal de constitucionalidade de decisão proferida no controle incidental de constitucionalidade. Ambas são interpretações judiciais ulteriores à coisa julgada.

Não se pode ter como inválida uma decisão antecedente transitada em julgado porque, de um lado, a certeza do direito declarado judicialmente, ainda que inconstitucional, é uma das formas de que se reveste a certeza constitucional e, de outro, não é possível negar a coisa julgada sob a equivocada desculpa de se ter encontrado uma “norma verdadeira” ou uma “interpretação correta”.<sup>346</sup>

Por essa razão, quando em referência à tutela da coisa julgada, afirmou o Ministro Relator: “Não posso admitir, sob pena de desprezo à garantia constitucional da coisa julgada, a recusa apriorística do mencionado verbete, como se a rescisória

---

<sup>344</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 590.809/RS. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Publicado em 24/11/2014. p. 10.

<sup>345</sup> A diferenciação das decisões proferidas nos controles principal e incidental, para efeito de rescindibilidade da coisa julgada, faria supor que a decisão de inconstitucionalidade é algo distinto de uma decisão judicial ou de uma decisão interpretativa de questão constitucional. A decisão de inconstitucionalidade proferida em ação direta nada mais é do que um juízo sobre a constitucionalidade, que, por isso mesmo, não pode se sobrepor a um anterior juízo também legítimo sobre a constitucionalidade, tutelado pela coisa julgada. Não é possível negar a coisa julgada sob a equivocada desculpa de se ter encontrado uma “norma verdadeira” ou uma “interpretação correta”, que jamais poderia ter sido negada para não se violar a Constituição. Como já dito, a rescisão da coisa julgada fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional não constitui afirmação da constitucionalidade sobre a inconstitucionalidade, já que a certeza do direito declarado judicialmente, ainda que inconstitucional, é uma das formas de que se reveste a certeza constitucional. MARINONI, MITIDIERO. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. XV. Ed. em e-book. Capítulo VII Da Ação Rescisória PARTE B, artigo 966, p. 68-69.

<sup>346</sup> MARINONI, MITIDIERO. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. XV. Ed. em e-book. Capítulo VII Da Ação Rescisória PARTE B, artigo 966, p. 69-70.

pudesse “conformar” os pronunciamentos dos tribunais brasileiros com a jurisprudência de último momento do Supremo, mesmo considerada a interpretação da norma constitucional.”<sup>347</sup>

A decisão judicial, ainda que fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional, é manifestação legítima do Poder Judiciário. A coisa julgada que cobre essa decisão é imprescindível à tutela da segurança jurídica e à proteção do sistema de controle incidental de constitucionalidade. Se ulterior decisão de inconstitucionalidade, ainda que proferida em ação direta, tornar a coisa julgada rescindível, não haverá decisão, tomada em controle incidental de constitucionalidade, dotada de alguma utilidade; a coisa julgada sempre será provisória e sujeita a condição resolutiva, o que é uma contradição em termos.<sup>348</sup> Nesse sentido, afirmou o Ministro relator: “A verdade é que, diante do quadro decisório revelado até então, o acórdão rescindendo não pode ser visto como a violar a lei, mas como a resultar da interpretação possível segundo manifestações do próprio Plenário do Supremo Tribunal Federal.”<sup>349</sup>

Como explica Zavascki, a Súmula 343 consiste em uma “fórmula para fixar um critério objetivo apto a identificar um pressuposto negativo do fenômeno: o que *não* é violação literal”.<sup>350</sup> Se toma corpo nos tribunais entendimento divergente sobre o mesmo preceito normativo, é porque ele comporta mais de uma interpretação – o que é natural, em um sistema lógico-argumentativo –, a significar que não se pode qualificar, uma delas, como frontal ou gritantemente ofensiva ao teor literal da norma interpretada.<sup>351</sup> Assim, a Súmula 343 apenas reconhece a possibilidade de um determinado enunciado linguístico contar com duas ou mais interpretações possíveis e que, inexistindo precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal

---

<sup>347</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 590.809/RS. Relator: Min. Marco Aurélio Mello, Publicado em 10/06/2014. p. 12.

<sup>348</sup> MARINONI, MITIDIERO. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. XV. Ed. em e-book. Capítulo VII Da Ação Rescisória PARTE B, artigo 966, p. 71. Sobre o tema, v. MARINONI, **Coisa julgada inconstitucional**.

<sup>349</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 590.809/RS. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Publicado em 10/06/2014. p. 15.

<sup>350</sup> ZAVASCKI, **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**, p. 159.

<sup>351</sup> ZAVASCKI, **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**, p. 159.

de Justiça definindo qual é a interpretação que deve ser observada ao tempo da formação da coisa julgada, a proteção a esta deve prevalecer.<sup>352</sup>

Com efeito, o enunciado visa a proteger o espaço de desacordo interpretativo inerente a um sistema de precedentes.<sup>353</sup> Ao referir que “não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”, admite que não existe uma única resposta correta para os problemas interpretativos. Dessa forma, deve-se considerar legítima a decisão que confira determinada interpretação, na falta de precedente, ainda que mais tarde essa interpretação não seja confirmada pelas Cortes Supremas. Não há, na hipótese de controvérsia jurisprudencial à época da formação da coisa julgada, violação manifesta de ordem jurídica. Precisamente por essa razão a ação rescisória é incabível – não consiste em uma das hipóteses de cabimento (artigo 966, do Código de Processo Civil).

Tampouco importa se a questão é constitucional ou federal: em ambos os casos não cabe ação rescisória, como se verifica no julgamento do RE 590.809.<sup>354</sup> Um precedente do Supremo Tribunal Federal não declara a norma que sempre esteve contida na Constituição ou que sempre preexistiu à interpretação judicial. O precedente constitucional atribui sentido à Constituição ou desenvolve-a de acordo com a evolução da sociedade e dos seus valores. Apenas a crença de que há correspondência biunívoca entre Constituição e precedente constitucional autorizaria a invalidação de uma decisão legitimamente proferida por juiz incumbido de realizar controle de constitucionalidade.<sup>355</sup>

Por essa razão, não pode a interpretação do Supremo Tribunal Federal

---

<sup>352</sup> MITIDIERO, **Precedentes**, p. 138.

<sup>353</sup> Refere Mitidiero: “a ratio subjacente à súmula 343 opera no âmbito de proteção que deve ser dada à segurança jurídica em face da indeterminação inerente ao direito pela ausência de precedente” (MITIDIERO, **Precedentes**, p. 138).

<sup>354</sup> No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: Recurso Especial n. 1.458.607/SC. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Publicação em 03/11/2014.

<sup>355</sup> Trata-se de juízo legítimo resultado do dever-poder judicial de realizar o controle de constitucionalidade. MARINONI, MITIDIERO. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. XV. Ed. em e-book. Capítulo VII Da Ação Rescisória PARTE B, artigo 966, p. 65; V. GUASTINI, **Das fontes às normas**, p. 29. Favoráveis à possibilidade de ação rescisória da sentença inconstitucional, “lastreada no inciso V do art. 966 do CPC, mitigando o rigor da Súmula n. 343 da jurisprudência do STF”: DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2., p. 573.



dissolver a coisa julgada, por mais que este deva zelar pela uniformidade da interpretação da Constituição. A propósito, o fato de a decisão transitar em julgado, antes de a questão chegar à análise do Supremo Tribunal Federal, é mera consequência do sistema de controle da constitucionalidade brasileiro.<sup>356</sup> Ademais, se a interpretação do Supremo Tribunal Federal pudesse implicar descon sideração da coisa julgada, o mesmo deveria acontecer quando a interpretação da lei federal se consolidasse no Superior Tribunal de Justiça. Não admitir a rescisória a partir de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal não significa atribuir efeitos a uma lei inconstitucional: apenas ressalvam-se os efeitos de um juízo constitucional que aplicou uma lei posteriormente declarada inconstitucional.<sup>357</sup>

Portanto, se a ação rescisória é proposta com base em precedente do Supremo Tribunal Federal, o seu fundamento não é a violação de norma constitucional. É, na verdade, o *ius superveniens* – ainda que não expressamente revelado.<sup>358</sup> Contudo, o *ius superveniens* não pode ter efeito retroativo sobre a coisa julgada, e, por essa razão, a Súmula 343 também deve ser aplicada nos casos de

---

<sup>356</sup> MARINONI, MITIDIERO. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. XV. Ed. em e-book. Capítulo VII Da Ação Rescisória PARTE B, artigo 966, p. 65.

<sup>357</sup> Como explicam Marinoni e Mitidiero: “não há como aceitar o argumento de que a retroatividade do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a coisa julgada é imprescindível para fazer valer a plenitude da Constituição. Não se pense que a rescisão da coisa julgada fundada em lei declarada inconstitucional constitui a afirmação da constitucionalidade sobre a inconstitucionalidade. A decisão, ainda que fundada em lei inconstitucional, é constitucional. A decisão, mesmo que fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional, é manifestação legítima do Poder Judiciário. A coisa julgada que cobre essa decisão é imprescindível à tutela da segurança jurídica e à proteção do sistema de controle incidental de constitucionalidade. Assim, é equivocado relacionar afirmação da constitucionalidade com relativização da coisa julgada, uma vez que a coisa julgada é, inegavelmente, uma afirmação da Constituição. Na realidade, o problema não está na opção entre privilegiar a plenitude da Constituição ou, ao contrário, a certeza do direito declarado judicialmente, porquanto a certeza do direito declarado judicialmente (ainda que inconstitucional) é ela própria uma das formas de que se reveste a certeza constitucional.” MARINONI, MITIDIERO. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. XV. Ed. em e-book. Capítulo VII Da Ação Rescisória PARTE B, artigo 966, p. 66-68. V. a propósito, MARINONI, **Coisa julgada inconstitucional**, p. 33; em referência a um “poder geral de revisão da coisa julgada”, que daria margem a interpretações das mais diversas, em prejuízo da segurança jurídica, e concluindo que relativizar a coisa julgada por critério atípico é exterminá-la: DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2, p. 571-574; CABRAL, **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**, p. 176-178.

<sup>358</sup> A instituição de um “controle de constitucionalidade da decisão transitada em julgado” destituiu os juízes e tribunais do controle incidental de constitucionalidade. MARINONI, MITIDIERO. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. XV. Ed. em e-book. Capítulo VII Da Ação Rescisória PARTE B, artigo 966, p. 67-69. V. também MARINONI, **Coisa julgada inconstitucional**, p. 21-22.

resolução de questão constitucional, a exemplo do RE 590.809. A tentativa de eliminar a coisa julgada que resultou de uma dúvida de constitucionalidade não só elimina o mínimo que o cidadão pode esperar do Poder Judiciário – que é a estabilização da sua vida após o encerramento do processo –, como também desconsidera a já mencionada legitimidade dos juízes e tribunais para o controle incidental da constitucionalidade.<sup>359</sup>

A ementa do julgado refere que “O Verbete nº 343 da Súmula do Supremo deve de ser observado em situação jurídica na qual, inexistente controle concentrado de constitucionalidade, haja entendimentos diversos sobre o alcance da norma, mormente quando o Supremo tenha sinalizado, num primeiro passo, óptica coincidente com a revelada na decisão rescindenda”.<sup>360</sup> Ressalvou-se a possibilidade de a ação rescisória ser utilizada com base em decisão proferida em controle concentrado. Ocorre que essa questão não foi posta em julgamento, e o próprio Relator foi incisivo em referir que, caso “estivesse envolvida” no julgamento, a cogitação sobre ação rescisória deveria ser feita “com muitas reservas”.<sup>361</sup> Trata-se de *obiter dictum* – foi literalmente dita de passagem –, e, de qualquer forma, as mesmas razões que impedem a retroatividade da decisão proferida em recurso extraordinário sobre a coisa julgada impedem a retroatividade da decisão proferida em controle principal.

---

<sup>359</sup> MARINONI, MITIDIERO. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. XV. Ed. em e-book. Capítulo VII Da Ação Rescisória PARTE B, artigo 966, p. 66-68. V. a propósito, MARINONI, **Coisa julgada inconstitucional**, p. 66-67.

<sup>360</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 590.809/RS. Relator Min. Marco Aurélio Mello. Publicado em 24/11/2014.

<sup>361</sup> “Na origem, o acórdão foi rescindido para conformá-lo à decisão deste Tribunal no sentido de o alcance do princípio da não cumulatividade não autorizar o lançamento de créditos do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI em decorrência da aquisição de insumos isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero. Vê-se não se tratar de referência a ato por meio do qual o Supremo assentou, com eficácia maior, a inconstitucionalidade de norma. *Estivesse envolvida declaração da espécie, poderia até cogitar, com muitas reservas*, do afastamento do verbete em favor do manejo da rescisória apenas para evitar a vinda à balha indiscriminada de decisão judicial, transitada em julgado, fundada em norma proclamada inconstitucional, nula de pleno direito. Mas não é este o caso ora examinado. Pretende-se, na realidade, utilizar a ação rescisória como mecanismo de uniformização da interpretação da Carta, particularmente, do princípio constitucional da não cumulatividade no tocante ao Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, olvidando-se a garantia constitucional da coisa julgada material.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 590.809/RS. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Publicado em 10/06/2014. p. 11. (original sem grifos)

Como referido, a decisão judicial, mesmo fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional, é manifestação legítima do Poder Judiciário e que a coisa julgada que cobre essa decisão é imprescindível à tutela da segurança jurídica e à proteção do sistema de controle incidental de constitucionalidade. Isso porque a admissibilidade da rescisória leva à conclusão de que uma decisão que produz coisa julgada material e é legitimamente proferida pelo juiz, não gera nenhuma proteção à confiança nela depositada.<sup>362</sup>

Ademais, se ulterior decisão de inconstitucionalidade, ainda que proferida em ação direta, tornar a coisa julgada rescindível, não haverá decisão, tomada em controle incidental de constitucionalidade, dotada de alguma utilidade. Cria-se, em verdade, um discurso sob condição negativa imprevisível e temporalmente insuscetível de dimensionamento. Essa condição é precisamente a não declaração da inconstitucionalidade da lei aplicada, que é imprevisível e pode ocorrer a qualquer momento posterior ao trânsito em julgado da sentença – é mesmo uma condição atemporal.<sup>363</sup>

Em síntese, o RE 509.890 é importante na medida em que, a um só tempo,

---

<sup>362</sup>“O jurisdicionado é colocado na posição de alguém que pode ser “legitimamente” surpreendido depois de ter obtido decisão jurisdicional favorável transitada em julgado”. MARINONI, citando Miguel Galvão Teles, em **Julgamento nas cortes supremas**, p. 55-56, nota nº 35.

<sup>363</sup> MARINONI, **Coisa julgada inconstitucional**, p. 7, 57-58. Essa crítica se estende ao artigo 525, § 15º, do Código de Processo Civil, que permite a violação da coisa julgada pela retroação dos julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a pretexto de outorgar a máxima efetividade à determinada norma constitucional. A qualquer momento reconhecida ou declarada a inconstitucionalidade de certa norma (ou de certa interpretação da norma) pelo Supremo Tribunal Federal, passa daí a contar o prazo para uma ação rescisória contra qualquer julgado que tenha aplicado aquela norma ou aquela interpretação no passado. Não há falar, nessas circunstâncias, de estabilidade, imutabilidade nem indiscutibilidade da coisa julgada: esta se torna uma estabilidade provisória, no aguardo da confirmação – eterna – pelo Supremo Tribunal Federal, da legitimidade das regras e das interpretações jurídicas aplicadas por essa decisão – daí a inconstitucionalidade desse dispositivo. Ademais, a garantia da coisa julgada não resguarda os efeitos de *uma lei* inconstitucional, mas ressalva os efeitos de *um juízo* constitucional que aplicou uma lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Admitir a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada não é senão negar a autonomia da interpretação judicial em face da lei. Assim, a retroação do precedente, atingindo indistintamente decisões transitadas em julgado em momento anterior à formação de precedente e situações não transitadas em julgado ofende a segurança jurídica e a igualdade, porque ignora a existência da coisa julgada como critério que legitima a distinção entre casos. V. MARINONI, **A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade**; MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, **Novo Código de Processo Civil comentado**, 3. ed. em e-book, art. 525, ponto 13, p. 7-8; MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**. 2. ed. em e-book, Parte II, p. 27.

ressalva a coisa julgada diante de precedente constitucional em sentido diverso, admite a evolução do direito com caráter prospectivo e ratifica a coisa julgada como garantia constitucional.

A solução elaborada pelo Supremo Tribunal Federal nesse julgado bem ilustra o que se procurou defender neste trabalho, isto é, que nos casos de alteração retroativa e surpreendente do precedente, a estabilidade e a confiabilidade da ordem jurídica dependem da outorga de eficácia prospectiva à mudança do precedente. Dessa forma, protege-se não só a parte contra a sua superação inesperada, mas também todas as pessoas que se encontram em situação idêntica ou semelhante e que, até o momento da sua publicação, atuaram judicialmente para defesa de seus direitos com base no precedente superado. Assim agindo, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça confluem na vocação das Cortes Supremas para atuação proativa e com atenção para o futuro, assegurando a confiança no passado sem impedir, contudo, o adequado desenvolvimento do direito.<sup>364</sup>

Com isso, torna-se possível responder ao questionamento formulado inicialmente por este trabalho: em que medida a modificação de um precedente, no plano geral, pode afetar a norma jurídica que se tornou indiscutível, no plano particular? A tomada superveniente de posição do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça deve ter eficácia tão somente prospectiva, de forma a resguardar situação jurídica qualificada pela autoridade da coisa julgada. Como visto, essa solução visa a compatibilizar, de um lado, a necessidade de evolução do direito, e, de outro, a proteção das posições individuais estáveis. Mais amplamente, trata-se, em suma, de uma tentativa de promover a liberdade e a igualdade dos indivíduos mediante a segurança – cujas expressões são, cada uma à sua maneira, a coisa julgada e o precedente.

Não se ignora, ademais, a situação, normalmente particularizada pela doutrina, envolvendo relações jurídicas de trato continuado. A sentença, nesses casos, recai sobre situações futuras que estão vinculadas a uma situação presente. Contém, ademais, uma cláusula *rebus sic standibus*: havendo modificação

---

<sup>364</sup> MITIDIERO, **Cortes Superiores e Cortes Supremas**, p. 12; MITIDIERO, **Precedentes**, p. 144.

superveniente no estado de fato ou de direito, é lícito rever o quanto se decidiu (artigo 501, do Código de Processo Civil).<sup>365</sup> Também nessa hipótese pode haver frustração da confiança legítima diante de alteração do precedente. A alteração é tida como uma circunstância jurídica nova que autoriza a declaração de ineficácia da coisa julgada para os fatos futuros que ocorrem no âmbito da relação de trato continuado, de modo que o precedente superveniente passa a atingir apenas os fatos jurídicos posteriores à sua alteração.<sup>366</sup>

---

<sup>365</sup> DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2., p. 566-570.

<sup>366</sup> V. OLIVEIRA, **Coisa julgada e precedente**, p. 202; MITIDIERO, **Precedentes**, p. 144;

## Considerações finais

A partir da identificação do direito enquanto atividade argumentativa, dependente do processo de interpretação e aplicação; e da compreensão da segurança jurídica em uma perspectiva dinâmica, enquanto segurança do procedimento lógico-argumentativo que conduz ao significado normativo, percebe-se a insuficiência da legislação para guiar o comportamento humano, porque indeterminada.

Nesse contexto, as decisões judiciais deixam de ser vistas como meios de solução para determinados casos concretos, e adquirem, também, a função de promover a unidade do direito. Aponta-se, com efeito, que as decisões judiciais são vocacionadas a um duplo discurso: de um lado, voltado para a tutela dos direitos em dimensão particular, por meio da coisa julgada; de outro, voltado para a tutela dos direitos em dimensão geral, por meio dos precedentes judiciais.

No geral, coisa julgada e precedente são ambos institutos voltados à tutela da segurança jurídica e da liberdade. É possível distinguir a relação entre coisa julgada e precedente em uma perspectiva sincrônica e em uma perspectiva diacrônica.

Em relação à perspectiva sincrônica, o precedente deve estar à base da coisa julgada, sob pena, inclusive, de ser cabível ação rescisória por violação ao precedente. Em outras palavras, a decisão qualificada pela autoridade da coisa julgada deve se orientar conforme o precedente.

Em uma perspectiva diacrônica, verifica-se um conflito, que, no entanto, é aparente. Propõe-se, com efeito, a harmonização entre os dois institutos, por meio da não retroatividade do precedente. O precedente superveniente não pode retroagir, atingindo a coisa julgada: deve ter eficácia tão somente prospectiva.

Dessa forma, visa-se a compatibilizar, de um lado, a necessidade de evolução do direito, e, de outro, proteção das posições individuais estáveis. Trata-se, em suma, de uma tentativa de promover a liberdade e a igualdade dos indivíduos mediante a segurança – cujas expressões são, cada uma à sua maneira, a coisa julgada e o precedente.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Função da Ciência do Direito Tributário**: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. Revista Direito Tributário Atual. n. 29, p. 181-204. 2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** (2003). 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário (2011). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BLACKSTONE, William. **Commentaries on the laws of England**. Portland: Thomas B. Wait & Co., 1807.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 29 jun. 2017.

BRASIL. **Código de Processo Civil** (2015). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 29 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.452.996/RS. Relator Min. Sérgio Kukina. Primeira Turma. Publicado em 10/06/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: Recurso Especial n. 1.458.607/SC. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Publicação em 03/11/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 590.809/RS. Relator Min. Marco Aurélio Mello. Publicado em 24/11/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 343**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=343.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Suspensão em incidente de resolução de demandas repetitivas n. 7/PR. Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 21/06/2017.

CAENEGEM, R. C. Van. **Judges, legislators and professors**: chapters in

European legal history (1987). Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

CABRAL, Antonio do Passo. **A técnica de julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada**. Revista de Processo. v. 221. p. 13-48. jul. 2013.

CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis** (2013). 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição** (1941). 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

CHIASSONI, Pierluigi. **Tecnica dell'interpretazione giuridica**. Bologna: Il Mulino, 2007.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law** (1961). 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2004.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **"O regime do precedente judicial no novo CPC"** in: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril (coords.) Precedentes. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 445-457.

CRUZ E TUCCI, **"Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial"** in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.), Direito Jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 97-130.

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

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil** (2001). 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno** (1986). 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A ciência do direito** (1977). 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito** (1988). 3. ed. São



Paulo: Atlas, 2001.

FULLER, Lon. **The Morality of Law** (1964). Revised Edition. New Haven: Yale University Press, 1969.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito** (1979). 7. ed. Tradução António Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2013.

GOODHART, Arthur L. **Case Law in England and America**. Cornell Law Review. v. XV. n. 2. fev. 1930. p. 197

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica** (1990). 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito** (2002). 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Giuffrè: Milano, 2011.

HART, Herbert. **The Concept of Law** (1961). 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.

KELSEN, H. L. A. **A teoria pura do direito**. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MACCORMICK, Neil. **La philosophie du droit aujourd'hui**. In: Archives de philosophie du droit. v. 33. Paris: Sirey, 1998.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito** (1995). Tradução Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: art. 525, §§ 12, 13, 14 e 15, do CPC/2015**. 2. ed. em e-book baseada na 4. ed. impressa.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional** (2008). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios** (2010). 2. ed. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil** (2015). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v.2.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil** (2015). 2. ed. em e-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado** (2015). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado** (2015). 3. ed. em e-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. XV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Ed. em e-book.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Livraria dos Tribunais, 2000.

MITIDIERO, Daniel. **A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado Constitucional**. Revista de Processo. v. 229 p. 51-74, mar. 2014.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas** (2013). 2. ed. em e-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial**. Revista de Processo. v. 206. p. 61-78, abr. 2012.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Revista

dos Tribunais, 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Coisa Julgada e Declaração** in: Temas de direito processual, primeira série. São Paulo: Saraiva, 1977.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória**, em **Temas de Direito Processual**: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil** (2009). 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 1.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa julgada e precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PEIXOTO, Ravi. **“Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro”** In: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel (coords.) **Precedentes**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 537-565.

PESSOA, Fernando. **Livro do desassossego**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

POSTEMA, Gerald J. **Classic Common Law Jurisprudence** (Part II). In: Oxford University Commonwealth Law Journal, 2003, nº 3.

RAZ, Joseph. **The authority of Law**. Oxford: Oxford University Press, 1979.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito** (1953). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito** (1973). 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo. **A Eficácia do direito fundamental à segurança jurídica**: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 15, n. 57. p. 5-48. out-dez. 2006

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional** (2012). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SCHAUER, Frederick. **Precedent**. *Stanford Law Review*. v. 39. n. 571. 1987.

SCHAUER, SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

SILVA, Almiro do Couto e. **O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 237, p. 271-316, jan. 2015.

SUMMERS, Robert S. “**Precedent in the United States (New York State)**”, in MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (coords.) **Intpreting Precedents: a comparative study**. Darthmouth: Ashgate, 1997. p.355-406.

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Tradução Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Revista de processo. v. 199. set. 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Franco Melo; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TROPER, Michel. **A filosofia do direito**. Tradução Ana Deiró. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. “**Precedent in France**”, in: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (coords.). **Interpreting Precedents: a comparative study**. Dartmouth: Ashgate, 1997. p. 103-140.

TROPER, Michel. **La philosophie du droit** (2003), 3. ed. Paris: PUF, 2014.

TROPER, Michel. **La séparation des pouvoirs et l’histoire constitutionnelle française** (1973). Paris: LGDJ, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “**A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente**” In: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril (coords.) **Precedentes**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 264-274.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. Revista de Processo. v. 172. p. 121-174. jun. 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, “**Precedentes e evolução do direito**” in: Direito Jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 11-95.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **O cabimento de ação rescisória e a súmula 343.** Revista de Processo. v. 2. out. 2012. p. 281-386.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Sobre a súmula 343.** Revista de Processo. v. 86. abr.-jun. 1997. p. 148-157.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional** (2012). 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes.** Salvador: JusPodivm, 2015.

ZANETI JR., Hermes. **“Precedentes normativos e formalmente vinculantes”** in: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel (coords.) Precedentes. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 407-423.